

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITOS FUNDAMENTAIS

JONATHAN BARROS VITA

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Lucas Gonçalves Da Silva, Jonathan Barros Vita, Valéria Silva Galdino Cardin– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-051-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito fundamentais. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apresentação

O XXIV Encontro Nacional do CONPEDI Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito em parceria com o Programa Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe UFS, ocorreu em Aracaju entre os dias 03 e 06 de junho de 2015 e teve como tema central DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção e estabelecendo um fio condutor evolutivo para os mesmos.

No caso concreto, assim aconteceu com o GT DIREITOS FUNDAMENTAIS. Coordenado pelos professores Jonathan Barros Vita, Lucas Gonçalves da Silva e Valéria Galdino Cardin, o referido GT foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados no presente e-book, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido também a maior atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Como o ato de classificar depende apenas da forma de olhar o objeto, a partir da ordem de apresentação dos trabalhos no GT (critério de ordenação utilizado na lista que segue), vários grupos de artigos poderiam ser criados, como aqueles que lidam com: questões de raça,

religião e gênero (8, 10, 12, 13, 15, 24 e 27), concretização de direitos fundamentais (1, 5, 9, 11, 16, 18, 19 e 22), liberdade de expressão e reunião (3, 6, 17 e 25), teoria geral dos direitos fundamentais (7, 14) e temas multidisciplinares que ligam os direitos fundamentais a outros direitos (2, 4, 20, 21, 23, 26 e 28)

1. A inclusão nos mecanismos de produção de riqueza face à relativização do princípio da igualdade pelos programas de transferência de renda, de Rogério Piccino Braga

2. Benefícios da clonagem terapêutica e as células-tronco embrionárias frente ao princípio da dignidade humana no ordenamento jurídico brasileiro, de Janaína Reckziegel e Luiz Henrique Maisonnnet

3. As teses revisionistas e os limites à restrição da liberdade de expressão, de Rodrigo De Souza Costa e Raisia Duarte Da Silva Ribeiro

4. A inviolabilidade do domicílio no curso da fiscalização tributária, de Pedro Cesar Ivo Trindade Mello

5. Acessibilidade: um direito fundamental da pessoa com deficiência e um dever do poder público, de Flavia Piva Almeida Leite e Jeferson Moreira de Carvalho

6. Biografias não autorizadas e o direito à privacidade na sociedade da informação, de Narciso Leandro Xavier Baez e Eraldo Concenço

7. O princípio da igualdade e suas dimensões: a igualdade formal e material à luz da obra de Pérez Luño, de Giovanna Paola Batista de Britto Lyra Moura

8. Intolerância contra as religiões de matriz africana: uma análise sobre colisão de direitos através de casos judiciais emblemáticos, de Ilzver de Matos Oliveira e Kellen Josephine Muniz De Lima

9. A criança e o adolescente e os direitos fundamentais - o papel das mídias sociais e das TICs sob o prisma do princípio da proteção integral e da fraternidade, de Bruno Mello Corrêa de Barros e Daniela Richter

10. Laicidade e símbolos religiosos no brasil: em defesa da liberdade religiosa e do estado democrático de direito, de Eder Bomfim Rodrigues

11. O serviço público adequado e a cláusula de proibição de retrocesso social, de Paulo Ricardo Schier e Adriana da Costa Ricardo Schier
12. Sobre a dominação masculina (re)produzida na publicidade: reações da sociedade vistas a partir de denúncias ao CONAR, de Helio Feltes Filho e Taysa Schiocchet
13. É para rir? A atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos casos envolvendo liberdade de expressão e racismo nos discursos humorísticos, de Caitlin Mulholland e Thula Rafaela de Oliveira Pires
14. O poder judiciário, a constituição e os direitos fundamentais: ativismo judicial no STF pela crítica de Antônio José Avelãs Nunes, de Tassiana Moura de Oliveira e Ana Paula Da Silva Azevêdo
15. Mudança de sexo e a proteção dos interesses de terceiros, de Kelly Cristina Presotto e Riva Sobrado De Freitas
16. Os custos dos direitos fundamentais e o direito prestacional/fundamental à saúde, de Rubia Carla Goedert
17. Democracia na era da internet, tática black bloc e direito de reunião, de Gilton Batista Brito e Lucas Gonçalves Da Silva
18. A pessoa com espectro autista e o direito à educação inclusiva, de Carolina Valença Ferraz e Glauber Salomao Leite
19. A problemática dos custos no campo de execução dos direitos fundamentais: alternativas e soluções para o cumprimento do mínimo existencial, de Diogo Oliveira Muniz Caldas
20. Direitos fundamentais: questões de princípios entre o viver e o morrer, de Robson Antão De Medeiros e Gilvânklim Marques De Lima
21. A Amazônia e o paradoxo das águas: (re)pensando a gestão hídrica urbana, de Jefferson Rodrigues de Quadros e Silvia Helena Antunes dos Santos
22. Benefício constitucional de prestação continuada: o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o critério da renda per capita à luz da efetividade, de Benedito Cerezzo Pereira Filho e Luiz Fernando Molan Gaban

23. Os "mortos" civilmente: aspectos políticos e jurídicos acerca da invisibilidade do preso provisório em um estado democrático de direito, de Samyle Regina Matos Oliveira e Edinilson Donisete Machado

24. As mulheres no mercado de trabalho: desmistificando a igualdade entre os gêneros, de Deisemara Turatti Langoski e Olga Maria B Aguiar De Oliveira

25. Os limites entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio: uma análise sobre o caso dos supostos justiceiros , de Rafael Santos de Oliveira e Claudete Magda Calderan Caldas

26. Tráfico de pessoas para retirada ilegal de órgãos: um crime degradante contra o ser humano, de Fernando Baleira Leão De Oliveira Queiroz e Meire Marcia Paiva

27. O desafio da igualdade: casos de intolerância religiosa na contemporaneidade e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, de Jose Lucas Santos Carvalho

28. O cadastro ambiental rural como direito à informação e o sigilo de dados, de Luciana Costa da Fonseca e Danielle Fonseca Silva

Finalmente, deixa-se claro que os trabalhos apresentados no GT DIREITOS FUNDAMENTAIS, acima relatados, foram contemplados na presente publicação, uma verdadeira contribuição para a promoção e o incentivo da pesquisa jurídica no Brasil, consolidando o CONPEDI, cada vez mais, como um ótimo espaço para discussão e apresentação das pesquisas desenvolvidas nos ambientes acadêmicos das pós-graduações.

Desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita - Unimar

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Profa. Dra. Valéria Galdino Cardin - Unicesumar

BENEFICIO CONSTITUCIONAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA: O RECENTE POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O CRITÉRIO DA RENDA PER CAPITA À LUZ DA EFETIVIDADE

CONSTITUTIONAL BENEFIT FOR CONTINUOUS SUPPORT: THE RECENT CASE LAW OF THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT ABOUT PER CAPITA INCOME RULE IN LIGHT OF THE EFFECTIVENESS OF THE RIGHTS

**Luiz Fernando Molan Gaban
Benedito Cerezzo Pereira Filho**

Resumo

Este estudo busca analisar as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação 4734 e nos Recursos Extraordinários 567.958 e 580.693 sob o ponto de vista da efetividade da concretização do direito fundamental social ao benefício assistencial de prestação continuada previsto no artigo 203, V, da Constituição Federal. Tece também considerações sobre possíveis implicações práticas desses precedentes.

Palavras-chave: Direito fundamental, Benefício de prestação continuada, Renda per capita, Recentes decisões do supremo tribunal federal, Máxima efetividade, Implicações práticas.

Abstract/Resumen/Résumé

This research aims at analyzing the Federal Supreme Court decisions on the Complaint 4734 and Extraordinary Appeals 567.958 and 580.693, focusing the effectiveness of the application of the fundamental social right for continuous supportive benefit (or social aid) according to the provisions of article 203(v), of the 1988 Brazilian Federal Constitution. It will also cover some possible and practical implications derived from these rulings.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental right, Supportive benefit, Per capita income, Supreme federal court recent decisions, Maximum effectiveness, Practical implications.

1 Introdução

O art. 203, V, da Constituição Federal de 1988 – CF/88¹, que prevê o direito do idoso ou da pessoa com deficiência que não possuam condições de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família ao benefício assistencial de um salário mínimo (benefício de prestação continuada), foi regulado pela Lei 8.742/93 (Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS) e, posteriormente, pela Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

Em seu artigo 20, § 3^o, a Lei 8.742/93 considerou como incapaz de prover o sustento do idoso ou da pessoa com deficiência a família³ cuja renda *per capita* seja inferior a um quarto do salário mínimo. A Lei 10.741/03, no artigo 34⁴, parágrafo único, previu que, para efeito de cálculo da renda *per capita* a que faz referência a Lei 8.742/93, não será levado em conta o valor de benefício de prestação continuada já recebido por idoso membro da família de outro idoso requerente.

Desde que surgiram, tanto o artigo 20, §3^o, da Lei 8.742/93, quanto o artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, vêm intensamente sendo discutidos no Poder Judiciário, que tem atribuído especial relevância ao tema. O primeiro dispositivo atraiu sobre si questionamentos sobre a insuficiência na regulamentação do direito ao benefício constitucional de prestação continuada, o que excluiria do universo de contemplados pessoas em situação de vulnerabilidade. Recebeu, comumente, interpretações no sentido de não ser um parâmetro absoluto, e, por isso, admitir exceções. Já o segundo agregou-se à discussão existente para servir de fundamento a teses destinadas a ampliar, em última análise, o valor do limite *per capita*.

Em 18/04/2013, o Supremo Tribunal Federal – STF, concluiu o julgamento, pelo mecanismo da repercussão geral, da Reclamação 4734 e dos Recursos Extraordinários

¹ Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...] V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

²Artigo 20, § 3^o: Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal **per capita** seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.

³Atualmente, segundo artigo 20, § 1^o, da Lei 8.742/93, a família é composta pelo requerente do benefício e, desde que vivam sob o mesmo teto, por seu cônjuge ou companheiro, seus pais e, na ausência de um deles, pela madrasta ou o padrasto, por seus irmãos solteiros, seus filhos e enteados solteiros e os menores tutelados.

⁴Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas.

Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do **caput** não será computado para os fins do cálculo da renda familiar **per capita** a que se refere a Loas.

567.958 e 580.693. Por maioria, revendo a decisão proferida na ADI 1232 (julgada em 27 de agosto de 1998), entendeu que ambos os dispositivos legais estampam omissão inconstitucional por regularem de forma insuficiente o artigo 203, V, da CF/88, e declarou, assim, sua “inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade”.

A apreciação da matéria pela sistemática de julgamento dos artigos 543-B, do Código de Processo Civil – CPC, demonstra a relevância que o STF atribuiu ao tema. No caso, evidencia ainda que é grande o volume de ações ajuizadas nas quais se questiona o critério da renda *per capita* da Lei 8.742/93 e a amplitude com que a decisão da Suprema Corte atinge os jurisdicionados.

Os dispositivos declarados inconstitucionais por omissão, por outro lado, regulamentam um direito humano, fundamental e social, destinado a garantir condições existenciais mínimas à categoria de desamparados que contempla. Não à toa, radica-se na dignidade da pessoa humana, princípio fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro (art. 1º, III, da CF/88) e liga-se diretamente aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, principalmente aos de construir uma sociedade livre, justa e igualitária e de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, I e III, da CF/88). É merecedor, portanto, da máxima efetividade em sua concretização.

Impõe-se, assim, debruçar-se sobre esses precedentes. Para tanto, serão analisados os inteiros teores dos acórdãos correspondentes acessados pela *internet*. Norteando-se pelas concepções de Godoy⁵ (1995), sem perder de vista as peculiaridades do campo do Direito, classifica-se essa análise como qualitativa documental. Nessa perspectiva, a pesquisa documental pode trazer contribuições importantes ao estudo de alguns temas. Sob essa orientação, especifica a autora:

O exame de materiais de natureza diversa, que ainda não receberam um tratamento analítico, ou que podem ser reexaminados, buscando-se novas e/ou interpretações complementares, constitui o que estamos denominando pesquisa documental (GODOY, 1995, p. 21).

Godoy (1995) entende que à palavra “documentos” deve ser conferida uma acepção ampla, incluindo os materiais escritos, como, por exemplo, jornais, revistas, diários, obras

⁵ Para autora, os estudos qualitativos possuem algumas características básicas: comumente, estão associados à pesquisa de campo, a uma captação *in loco* do fenômeno em estudo, no contexto em que ocorre e do qual é parte, a partir da perspectiva das pessoas nele envolvidas. Contudo, ela enquadra a investigação sobre documentos como uma das espécies de estudo qualitativo, muito embora essa forma de investigação não se revista de todos os aspectos básicos que identificam os trabalhos qualitativos. Isso, segundo a autora, se deve ao fato de a abordagem qualitativa não se apresentar como uma proposta rigidamente estruturada, permitindo que a imaginação e a criatividade levem os investigadores a propor trabalhos que explorem novos enfoques.

literárias, científicas e técnicas, cartas memorandos e relatórios. Ressalta, também, que merecem especial atenção na pesquisa documental a escolha dos documentos, o acesso a ele e sua análise. Esclarece que a escolha do documento não pode ser um processo aleatório, mas deve se dar em função de alguns propósitos, ideias ou hipóteses.

A análise dos precedentes sob esse viés metodológico permite estudar o debate judicial de uma perspectiva mais profunda, situar de maneira precisa o problema posto em exame e extrair considerações que permitam fomentar o debate em torno do tema. Por exemplo, dentre outras informações úteis ao objetivo proposto (adiante especificado), as decisões analisadas fornecem um panorama do tratamento dado ao critério da renda *per capita* pelo Judiciário brasileiro, que pode ser utilizado para demonstrar, de forma mais percuciente que a mera leitura do resultado do julgamento, uma regulamentação legal insuficiente da norma constitucional que prevê o benefício de prestação continuada.

As informações extraídas dos acórdãos serão avaliadas sob o enfoque teórico do dever estatal de conferir máxima efetividade na concretização do direito ao benefício de prestação continuada, com o objetivo de iniciar reflexões sobre as implicações práticas dessas decisões e de responder neste artigo à pergunta se elas trouxeram uma solução efetiva para a controvérsia que circunda o critério da renda *per capita*.

Por tal razão, precederá à análise dos julgados selecionados uma breve abordagem teórica estruturada em pesquisa bibliográfica, que trabalhará a ideia de efetividade considerando-se a característica de direito humano, fundamental e social do direito ao benefício de prestação continuada, bem como a estrutura e o conteúdo da norma que o assegura. Nesse ponto, tratando-se de estudo voltado à dogmática jurídica, prevalecerá o raciocínio dedutivo, que, segundo Fonseca (2009), é o processo que parte de premissas gerais para constatações particulares, de sorte que, validadas as premissas, serão também válidas as conclusões.

2 Breve abordagem teórica

Este trabalho se ocupará da análise de decisões do STF. Portanto, sem ignorar-se a amplitude e profundidade do tratamento dispensado pela doutrina aos direitos sociais, para os fins propostos, será feita breve abordagem teórica com enfoque no dever do Estado de concretizar tais direitos com máxima efetividade.

Como observa Sarlet (2009), o estudo dos direitos fundamentais requer uma tomada de posição no tocante ao enfoque adotado, ante a multiplicidade de abordagens que se

oferecem aos que pretendem se dedicar ao enfrentamento de tão vasto e relevante tema. O direito ao benefício de prestação continuada previsto no artigo 203, V, da CF/88, portanto, será aqui enxergado como um direito humano, fundamental e social.

A ênfase na condição de direito humano⁶ deve-se ao fato de existir uma clara identidade entre os valores eleitos pelos documentos internacionais de proteção aos direitos humanos e os albergados pela Constituição Federal. Esta confluência será utilizada para destacar o grau de relevância, sob o prisma axiológico, do direito em questão.

Nessa perspectiva, a característica de direito humano deve ser apreendida lançando-se o olhar para além do ordenamento positivo doméstico. No curso da história, tem-se atribuído uma pluralidade de significados ao termo direitos humanos. Contudo, para tratar desse caractere, adota-se, com Piovesan (2009), a denominada concepção contemporânea de direitos humanos. Valendo-se da doutrina de Norberto Bobbio e Hannah Arendt, Piovesan parte da premissa de que os direitos humanos não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas, de que são uma invenção humana constantemente em construção e reconstrução.

Essa concepção contemporânea surgiu, assim, com o movimento de internacionalização iniciado a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades cometidas sob o cetro do regime nazista, e que tem como marco a Declaração de Direitos de 1948, posteriormente reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993. Culminou em um processo de universalização e um correspondente sistema de proteção de direitos composto por tratados internacionais, os quais, em última análise, espelham o consenso internacional sobre parâmetros protetivos mínimos ou, nos dizeres da autora, o “mínimo ético irreduzível” (PIOVESAN, 2009).

Não se adentra, aqui, no mérito da mui fértil discussão acerca da normatividade e do grau e âmbito de aplicação dos tratados internacionais. Como adiantado, apenas busca-se sublinhar que eles carregam consigo fundamentos axiológicos dos direitos humanos a que fazem referência. E, dentre os fundamentos axiológicos elegidos nesses tratados, destaca-se o

⁶ Entende-se pertinente a exposição de Sarlet, ao fundamentar a relevância de se distinguir, ainda que para fins didáticos, os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Salienta o jurista que, embora sejam comumente utilizados como sinônimos, a explicação mais usual para diferenciá-los é que o termo “direitos fundamentais” se aplica aos direitos do ser humano reconhecidos e positivados na constituição de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” diria respeito aos documentos de direito internacional, por abarcar aquelas posições jurídicas de inequívoco caráter supranacional, que aspiram à validade universal para todos os povos e tempos e cujo reconhecimento decorre da simples condição de ser humano, independentemente da vinculação de seu titular a determinada ordem constitucional. Entretanto, afirma Sarlet que reconhecer a diferença não implica desconsiderar a íntima relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, uma vez que a maior parte das constituições posteriores à Segunda Guerra Mundial foi inspirada tanto na Declaração Universal de 1948, quanto nos diversos documentos internacionais e regionais que as sucederam. É justamente o que se destaca neste ponto do estudo.

predicado de que os direitos sociais indispensáveis à dignidade humana e ao livre desenvolvimento da personalidade impõem ao Estado o dever de concretizá-los progressiva e efetivamente, utilizando ao máximo os recursos de que dispõe (vide artigo XXII da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, artigo 2º, § 1º, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966⁷ e artigos 1º e 2º Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁸ – Protocolo de San Salvador, de 1998⁹).

Admite-se a ideia de que a Carta da República Brasileira foi promulgada sob os ares dessa concepção contemporânea sobre direitos humanos. Seu catálogo de direitos fundamentais recebeu forte influência da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Como bem colocou Piovesan (2004), a Constituição de 1988 é o marco jurídico do processo de transição democrática e da institucionalização de direitos humanos no país. Um exemplo de tal adesão, que se soma ao fato de o Brasil ser signatário de diversos tratados internacionais de direitos humanos, é a disposição do § 3º do artigo 5º da CF/88, no sentido de que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, pela maioria de três quintos, equivalem às emendas constitucionais.

Já a característica de direito fundamental e social do benefício de prestação continuada pode ser intuitivamente depreendida do texto constitucional. O artigo 6º, da CF/88, discrimina como direito social a assistência aos desamparados e está inserto no Título II – “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” e no capítulo II – “Dos Direitos Sociais”. Ao seu turno, o artigo 203, V, da CF/88, situa-se no Título VIII – “Da Ordem Social” –, Capítulo II – “Da Seguridade Social” –, Seção IV – “Da Assistência Social”. Conforme Sarlet (2009), o artigo 6º, da CF/88, exerce a função precípua de explicitar o conteúdo do direito previsto no artigo 203, V, da CF/88.

Nesse ponto, perfilha-se, com Olsen e Sarlet, à tese que admite a existência de direitos fundamentais dispersos no texto na CF/88, isto é, fora do catálogo formalmente descrito no Título II. Em linhas bem gerais, segundo essa concepção, tais direitos podem ser identificados a partir de uma conceituação material que toma em conta os valores levados em consideração pelo constituinte para sua previsão, em especial, mas não só, os que defluem da

⁷Promulgado pelo Decreto n. 591, de 06.07.1992.

⁸A Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, foi promulgada pelo Decreto n. 678, de 06.11.1992.

⁹Promulgado pelo Decreto nº 3.321, de 30.12.1999.

dignidade da pessoa humana (OLSEN, 2008). É dizer, serão também fundamentais os direitos cujo conteúdo disser respeito à estrutura do Estado e da sociedade (e em especial à posição ocupada pela pessoa humana nestes), sendo a relevância do bem jurídico tutelado pela norma aferida na perspectiva das opções do Constituinte, bem como da hierarquia normativa e do regime jurídico-constitucional próprios dos direitos fundamentais¹⁰ (SARLET, 2009).

Da perspectiva da teoria dos direitos fundamentais de Alexy (2002), é possível classificar o direito previsto no artigo 203, V, da CF/88, como direito a prestação em sentido estrito, vale dizer, como um direito social fundamental que o indivíduo possui frente ao Estado, o qual poderia obter por si, de particulares, caso dispusesse de meios financeiros suficientes para tanto.

Sob esse modo de ver, entende-se factível enquadrar a norma que dispôs sobre tal direito, quanto ao aspecto estrutural, como vinculante (pois a lesão é passível de verificação por uma Corte Constitucional¹¹), que veicula direito subjetivo (e não apenas obrigação objetiva ao Estado) e que fundamenta direito e dever definitivo (isso é, externado por uma regra jurídica: garantir um salário mínimo ao idoso e ao deficiente) e não um direito e dever *prima facie* (ou seja, expresso por um princípio, que, sob esse viés teórico, admite um juízo de ponderação frente ao conflito com outras regras e princípios de direitos fundamentais colidentes – por exemplo, dependendo da situação concreta, garantir valor menor que um salário mínimo ou até mesmo não garantir valor algum) (ALEXY, 1999; 2002).

Abre-se um parêntese para colocar que, à luz dessa tão propagada teoria, é extremamente relevante a diferenciação feita, a partir da análise da estrutura da norma, entre regras e princípios. Tal diferença é de qualidade e não de grau. Ambos são espécies normativas. Os princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, ante as possibilidades jurídicas e de fato do caso concreto. São, por isso, chamados de mandatos de otimização e, nessa condição, sua realização completa pode ser limitada por um princípio oposto (daí falar-se em direitos e deveres *prima facie*), sem que isso implique sua invalidez no sistema jurídico. As regras, por sua vez, são normas que só podem

¹⁰ Não se ignora as dificuldades que circundam a tarefa de delimitar como fundamentais certos direitos situados fora do catálogo constitucional, a exemplo do que se menciona o elevado subjetivismo por vezes presente em uma conceituação material. Todavia, essa atividade é tranquila no que diz respeito ao direito previsto no artigo 203, V, da CF/88, como se verá na presente exposição. Cabe colocar, no mais, que essa teoria admite também a existência de direitos fundamentais implícitos e dos decorrentes de tratados internacionais. O permissivo constitucional para abertura conceitualmente material dos direitos fundamentais, no ordenamento pátrio, é o artigo 5º, §2º, da CF/88.

¹¹ Alexy especifica que a aferição de lesão por uma Corte Constitucional é o adequado, mas que basta para definir uma norma de direito fundamental como vinculativa a possibilidade de ser a existência de lesão verificável pelo Poder Judiciário, a exemplo do que mencionou os “tribunais profissionais”.

ser cumpridas ou não na medida de sua exigência; nem mais, nem menos, igualmente dentro das possibilidades fáticas e jurídicas (daí falar-se em direitos e deveres definitivos). O conflito entre duas regras postas sob exame implica num juízo de validade de uma delas e de invalidez da outra ou, ainda, de não aplicação de uma delas por força da introdução de uma cláusula de exceção (ALEXY, 2002).

Pois bem, o que importa para a presente abordagem é o fato que, das normas de prestação em sentido estrito, as vinculantes que garantem direitos sociais subjetivos são as que outorgam uma proteção mais forte (ALEXY, 2002).

Agrega-se à exposição acerca da estrutura da norma de direito à prestação em sentido estrito a consideração quanto ao seu conteúdo. Sob esse enfoque, o artigo 203, V, da CF/88, pode ser classificado como destinado à proteção de um conteúdo mínimo, assim entendido por Alexy (2002) como aquele destinado a assegurar ao indivíduo o domínio de um espaço vital e um *status* social mínimo.

No que toca ao conteúdo normativo, ainda, a título de contextualização do que diz Alexy para o nosso ordenamento constitucional positivo, toma-se em consideração dois pontos extraídos do pensamento de Sarlet e de Barcellos acerca da ideia de mínimo existencial. Novamente, está-se diante de conceito que tem sido objeto de ampla e profunda dedicação doutrinária. Destarte, será feita breve abordagem voltada aos propósitos do presente artigo, lúcida, portanto, quanto à circunstância de que não se aprofundará no assunto.

Em termos gerais, o direito brasileiro tem seguido a tradição alemã quanto à ideia do mínimo existencial e, ressalvadas as peculiaridades de cada sistema, a tem fundamentado tanto no direito a vida quanto na dignidade da pessoa humana, vinculando-a ao livre desenvolvimento da personalidade, de modo que o mínimo existencial abranja não somente a garantia da sobrevivência física (mínimo vital) mas também de um mínimo sociocultural que inclua o direito a educação e, em certa medida, o próprio acesso a bens culturais (SARLET, 2009).

Prossegue o autor mencionando registrar-se um amplo consenso, inclusive na jurisprudência constitucional, acerca de possuir o mínimo existencial uma dimensão negativa (tutela do mínimo contra intervenções do Estado e de particulares) e uma dimensão positiva (como direito a prestações), aspectos que assumem particular relevância para exigibilidade e proteção dos direitos fundamentais. Nesse contexto, em uma de suas perspectivas, o direito e garantia ao mínimo existencial funciona como uma “cláusula de barreira” contra qualquer ação ou omissão do Estado ou por este induzida que impeça adequada concretização dos direitos fundamentais e de seu conteúdo mínimo. De igual modo, implica para os órgãos do

Estado e, em alguns casos, para os particulares, a obrigação de caráter positivo de assegurar prestações inerentes ao mínimo existencial (SARLET, 2009).

Da doutrina de Barcellos (2002) destaca-se que o mínimo existencial representa um essencial elemento constitucional através do qual se deve assegurar um conjunto de necessidades básicas do indivíduo. Este elemento relaciona-se com um núcleo irreduzível do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual compreenderia um mínimo atrelado aos direitos individuais de liberdade e a quatro direitos a prestações, a saber, assistência aos desamparados, saúde básica, educação e acesso ao judiciário. Destaca-se que, para a autora, a assistência aos desamparados representa o recurso derradeiro na preservação da dignidade humana.

Ante tais considerações, mostra-se claro que o direito ao benefício de prestação continuada, situado que está no sistema constitucional positivo de seguridade social, radica-se no fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88) e corresponde a um dos meios para se atingir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, principalmente o de construir uma sociedade livre, justa e solidária e o de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, I e III, da CF/88).

No que concerne ao conteúdo, portanto, o artigo 203, V, da CF/88, representa uma das formas, conquanto parcial e limitada, de o Estado garantir a preservação de um mínimo existencial à classe de vulneráveis que contempla.

O que se pretendeu demonstrar, nesta breve abordagem, foi que os valores que motivaram a confecção da norma e que direcionam atualmente a leitura desta (e do sistema normativo positivo em que está inserta), bem como a sua estrutura (que confere um alto grau de proteção) e seu conteúdo (destinado à garantia do mínimo existencial), revelam consistentemente o imperativo de dever do Estado de concretizar o direito previsto no artigo 203, V, da CF/88, com máxima efetividade.

3 A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o critério da renda *per capita*: Análise das decisões proferidas na ADI 1232, na Reclamação 4734 e nos Recursos Extraordinários 567.958 e 580.693

As decisões ora analisadas dizem respeito ao critério da renda *per capita* previsto no artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, também chamado de critério financeiro (STF, 2013) ou critério econômico (DUARTE e BAGGENSTOSS, 2010).

Em 18 de abril de 2013, o Pleno do STF concluiu¹² julgamento conjunto, sob o mecanismo da repercussão geral, da Reclamação 4734 e dos Recursos Extraordinários 567.958 e 580.693, declarando, por maioria, a inconstitucionalidade, sem a pronúncia de nulidade, dos artigos 20, § 3º, da Lei Federal 8.742/93 e 34, parágrafo único, da Lei Federal 10.741/03. Anteriormente, em 27 de agosto de 1998, o STF julgara, por maioria, improcedente a ADI 1232, decidindo assim que o artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/93, era constitucional.

Sintetizam-se brevemente as hipóteses versadas nesses precedentes, assim entendidas como as principais (para os fins do presente trabalho) teses aduzidas nos votos analisados e as situações concretas correspondentes aos precedentes submetidos ao regime de repercussão geral. Para melhor organização das ideias, será feito, num primeiro momento, um resumo da ADI 1232, seguindo-se de uma exposição das hipóteses submetidas à apreciação na Reclamação 4734 e nos Recursos Extraordinários 567.958 e 580.693, extraídas dos votos dos ministros relatores. Em seguida, serão analisados os argumentos dos votos e o resultado final do julgamento.

3.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade 1232

Proposta em 24 de fevereiro de 1995 pelo Procurador Geral da República com pedido de declaração da inconstitucionalidade do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, fora defendida a tese, em parecer da Procuradoria Geral da República, de uma interpretação constitucional no sentido haver uma presunção absoluta (*iure et de iure*) de miserabilidade nos casos em que a renda familiar se enquadrasse no patamar de um quarto do salário mínimo e uma presunção relativa (*iuris tantum*) nos casos em que superasse esse limite, de sorte que artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/93 não limitava os meios de prova da situação de necessidade nos casos concretos. Entender o referido limite como um critério exclusivo implicaria excluir parte dos destinatários contemplados pela Constituição Federal.

Essa tese foi acolhida pelo Ministro Ilmar Galvão, relator, que julgava parcialmente procedente a ação. Contudo, constituiu voto vencido. Prevaleceu a tese do Ministro Nelson Jobim, segundo a qual não haveria inconstitucionalidade e não caberia uma interpretação conforme a Constituição, uma vez que o texto constitucional remetera ao legislador a tarefa de

¹² O julgamento fora iniciado e suspenso, em 06 de junho de 2012, em virtude de pedido de vista do Ministro Luiz Fux. Foi retomado em 17 de abril de 2013 e concluído no dia seguinte.

estabelecer um critério e este assim o fizera. Eventuais outros critérios de aferição de situações de necessidade deveriam ser criados, sob essa ótica, exclusivamente pelo legislador.

Merece destaque o voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence. Nele, considerou perfeita a inteligência atribuída pelo relator ao dispositivo impugnado, e pelo parecer que acolhera em seu voto, no sentido de que caberia ao legislador estabelecer outras situações que caracterizassem a absoluta incapacidade de manter-se o idoso ou a pessoa com deficiência, para a fim de completar a efetivação do artigo 203, V, da CF/88. Isso, no seu sentir, certamente caracterizaria inconstitucionalidade por omissão, o que, todavia, “*não encontraria remédio*” naquela ADI (ou, em outras palavras, a ação direta não era a via adequada para reconhecer aquela espécie de inconstitucionalidade). Votou, portanto, acompanhando o voto vencedor.

Sublinhe-se que houve pedido de concessão de liminar na ADI 1232. O pleito foi afastado, à unanimidade, em 22 de março de 1995, sob o argumento de que retirar a eficácia do dispositivo impugnado implicaria um mal maior que mantê-lo com potencial inconstitucionalidade. Em 27 de agosto de 1998, como dito, o STF julgou, por maioria, improcedente a ADI 1232, decidindo que o artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/93, era constitucional.

3.2 Hipóteses submetidas à apreciação na Reclamação 4374

A reclamação 4734 foi ajuizada em 22 de maio de 2006 pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, sob fundamento de violação da decisão proferida na ADI 1232, contra decisão da Turma Recursal dos Juizados Especiais do Estado de Pernambuco nos autos do processo 2005.83.20.009801-7, que negara provimento a recurso de apelação da autarquia previdenciária. Teve como relator o Ministro Gilmar Mendes.

Em linhas gerais, o caso concreto versava sobre pedido de benefício de prestação continuada para deficiente. A decisão atacada dispôs que, embora tivesse sido comprovada, em juízo, que a renda mensal *per capita* familiar do requerente fosse inferior a um quarto salário mínimo, o limite legal não é absoluto.

Entendeu válida a tese de que a renda enquadrada dentro desse valor implicaria numa presunção absoluta de necessidade, de sorte que uma renda familiar superior não obstaría a demonstração da falta de condições por outros meios de prova. Nesse particular, mencionou o

enunciado da Súmula 11 da Turma Nacional de Unificação - TNU¹³. Acresceu, ainda, o argumento de que o legislador já teria reconhecido hipótese de renda superior ao referido limite para análise da miserabilidade, ao editar a Lei 9.533/97 (que autoriza o Poder Executivo conceder apoio financeiro aos municípios que instituem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas), que elegeu o limite de metade do salário mínimo.

O INSS, portanto, requeria a cassação da decisão, argumentando que, na ADI 1232, fora decidido que o artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, consistia em critério absoluto para definição falta de condições familiares, e, nessa condição, inadmitia o reconhecimento de miserabilidade, por outros meios de prova, em hipóteses que ultrapassado o valor *per capita* de um quarto do salário mínimo.

3.3 Hipóteses submetidas à apreciação no Recurso Extraordinário 567.958

O Recurso Extraordinário 567.958, distribuído à relatoria do Ministro Marco Aurélio, foi interposto pelo INSS contra decisão da Turma Recursal da Subseção Judiciária do Mato Grosso, que, ao negar provimento a recurso da autarquia previdenciária, assentou existir direito ao benefício de prestação continuada mesmo nos casos em que ultrapassado o valor da renda *per capita* familiar do art. 20, §3º, da Lei 8.742/93. Considerou que esse parâmetro não é absoluto, cabendo ao Judiciário adequá-lo à diretriz constitucional da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF/88), levando em consideração as peculiaridades do caso concreto para dar cumprimento ao artigo 203, V, da CF/88. Entendeu aplicável, também, a tese de que as Leis 9.533/97 e 10.689/03¹⁴ alteraram para metade do salário mínimo o valor estatuído no artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93.

A condição de miserabilidade, na situação de fato, fora comprovada por perícia socioeconômica realizada nos autos. A postulante era idosa, integrante de núcleo familiar composto por ela, o marido e um filho deficiente. A renda familiar correspondia unicamente ao benefício de seu cônjuge, pago pela previdência do Estado do Mato Grosso no valor, à época, de R\$ 400,00 (quatrocentos reais), que resultava no valor *per capita* de R\$ 133,00

¹³ Dispunha a Súmula 11 da TNU: “A renda mensal, ‘per capita’, familiar, superior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º, da Lei 8.742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante.” (Data da decisão: 05/04/2004, publicada no DJU em 14/04/04). Este verbete sumular foi cancelado, contudo, em 15/05/2006.

¹⁴ Lei 10.689, de 13 de junho de 2003, que criou o Programa Nacional de Acesso à Alimentação - PNAA.

(cento e trinta e três reais). Um quarto do salário mínimo, na ocasião¹⁵, equivalia R\$ 116,00 (cento e dezesseis reais), de sorte que a renda *per capita* familiar da requerente superava em R\$ 17,00 (dezessete reais) o limite legal.

O INSS sustentou em seu recurso a impossibilidade do Judiciário adotar, para a aferição do estado de pobreza, critério diverso daquele previsto na lei de regência, uma vez que a norma constitucional que instituiu o benefício de prestação continuada possui eficácia limitada. Alegou, também, que a decisão proferida na ADI 1232 impossibilita o alargamento do âmbito de incidência da Lei 8.742/93 e, logo, obsta a tese da comprovação da miserabilidade por outros meios de prova. Arguiu ainda que não poderiam ter sido aplicadas as Leis 9.533/97 e 10.689/03 e que, ao afastar a aplicação do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, a Turma Recursal de origem acabou por declará-lo inconstitucional.

Foram admitidos como terceiros (*amicus curiae*) o Defensor Público-Geral da União, a União e o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS. Apontam-se, brevemente, a descrição feita no voto do ministro relator dos argumentos correspondentes às respectivas manifestações.

O Defensor Público-Geral da União pronunciou-se pela necessidade de revisão da decisão proferida na ADI 1232. Ante a nova realidade socioeconômica do país, mais favorável, um quarto do salário mínimo não se mostra um critério adequado para aferição de miserabilidade de que trata o art. 203, V, da CF/88. Para tal fim, defendeu a possibilidade de utilizarem-se outros critérios, a exemplo dos constantes nas Leis 9.533/97 e 10.689/03, e do Decreto 3.997/01¹⁶, o qual trata do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

Pelo ANIS, nas palavras do relator, foi requerida a edição de “verbete vinculante” que estabelecesse renda *per capita* de meio salário mínimo como critério econômico de concessão do benefício. Para tanto, argumentou que, quanto maior o valor fixado como parâmetro financeiro, mais fácil se evitaria a inclusão indevida de beneficiários do benefício

¹⁵ Na página 16 do voto em questão, é feita menção de que o valor do salário mínimo, em 2006, esteve fixado em R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais) pela Lei 11.321, de 7 de julho de 2006. Contudo, se considerado esse valor, um quarto do salário mínimo equivaleria a R\$ 87,50 (oitenta e sete reais e cinquenta centavo) e não a R\$ 116,00 (cento e dezesseis reais). O valor *per capita* referido aproxima-se mais do valor do salário mínimo fixado em 01/02/2009 pela Lei 11.944/2009, qual seja, 465,00 (quatrocentos e sessenta e cinco reais).

¹⁶ Decreto 3.997, de 1º de novembro de 2001, expedido pelo Presidente da República (publicado no Diário Oficial da União de 05/11/2001), com ementa: “Define o órgão gestor do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, regulamenta a composição e o funcionamento do seu Conselho Consultivo e de Acompanhamento e de outras providências.”. Esse Decreto foi revogado pelo Decreto 4.564, de 1º de janeiro de 2003 (publicado no Diário Oficial da União, na edição especial de 01/01/2003), cuja ementa assim dispõe: “Define o órgão gestor do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza e o funcionamento do seu Conselho Consultivo e de Acompanhamento, dispõe sobre doações de pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, para o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, e dá outras providências.”.

de prestação continuada. Defendeu, ainda, que o aumento da população destinatária do benefício através da alteração do critério de renda *per capita* de um quarto para meio salário mínimo, implicaria custo adicional de oito bilhões e novecentos milhões de reais, quantia que não atingiria sequer três por cento do orçamento previdenciário total e que, portanto, consistiria gasto absorvível pela capacidade financeira da União.

A Procuradoria Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do recurso e, caso conhecido fosse, pelo seu desprovimento, isso porque o julgamento implicaria análise de matéria fático-probatória. No mérito, referiu que a decisão da ADI 1232 não assentara que o estado de pobre possa ser aferido, por outros meios, no caso concreto, pelo juiz.

3.4 Hipóteses submetidas à apreciação no Recurso Extraordinário 580.693

Tratou-se de Recurso Extraordinário de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, interposto pelo INSS contra decisão da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Paraná, que negou provimento a recurso da autarquia previdenciária no qual se buscava a reforma de sentença proferida pelo Juizado Especial Federal de Apucarana/PR. Em primeira instância, fora reconhecido direito ao benefício de prestação continuada a idosa, excluindo-se do cálculo da renda *per capita* familiar o valor recebido por seu marido a título de aposentadoria, R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), única fonte de renda. Assim considerada, a renda da família enquadrou-se no requisito do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93 (*per capita* inferior a um quarto do salário mínimo).

A tese acolhida na sentença foi a de que o artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, que dispõe que o valor de benefício de prestação continuada recebido por idoso membro do núcleo familiar integrado por outro idoso postulante do mesmo benefício não comporá o cálculo da renda *per capita*, comporta interpretação teleológica, de modo a integrar o âmbito dessa exclusão, não apenas o valor mencionado no dispositivo legal, mas também outros valores de um salário mínimo, independente de sua natureza (aposentadoria, pensão, dentre outros, etc.).

O INSS fundou seu recurso nas teses de que houvera criação de norma pelo Judiciário, que invadira a competência do Legislativo, incorrendo, assim, em ofensa aos princípios da legalidade, independência entre Poderes e reserva legal; desrespeito à autoridade da decisão proferida na ADI 1232, e concessão de benefício sem a correspondente fonte de custeio.

A União requereu o ingresso na ação como terceiro interessado e, nessa condição, argumentou pela impossibilidade de se estender benefício assistencial sem a correspondente fonte de custeio e, logo, pela inviabilidade da interpretação levada a efeito na sentença. A Defensoria Pública da União atuou como *amicus curiae*, contudo, sua manifestação não foi sintetizada no relatório do voto do ministro relator.

3.5 O julgamento da Reclamação 4374 e dos Recursos Extraordinários 567.985 e 580.983

Tendo em vista o objetivo desse estudo, a diversidade de premissas que deflui da complexidade inerente aos julgamentos do STF e o espaço de discussão de um artigo, não serão expostos todos os argumentos que deram sustentação às conclusões dos ministros. Entretanto, deixa-se claro que muitos deles divergem dos marcos teóricos do presente trabalho. Nada obstante, embora não haja identidade completa entre alguns argumentos dos votos e as premissas teóricas aqui adotadas, haverá coincidência em relação a algumas das conclusões a que uns e outros conduzem.

Para melhor estruturação das ideias articula, passa-se à análise dos pontos considerados relevantes para abordagem ora proposta, iniciando-se pelo do voto vencido do Ministro Marco Aurélio, relator no Recurso Extraordinário 567.985, seguindo-se dos votos vencedores do Ministro Gilmar Mendes, relator da Reclamação 4734 e do Recurso Extraordinário 580.983.

3.5.1 Recurso Extraordinário 567.985. Voto do Relator.

O Ministro Marco Aurélio, relator do caso, reputou o artigo 203, V, da CF/88, cuja natureza de direito reside no fato de concretizar a assistência aos desamparados (prevista no artigo 6º, *caput*, da CF/88), como especialização dos princípios maiores da dignidade humana, da solidariedade social e da erradicação da pobreza, versados no artigo 3º, incisos I e III, do Diploma Maior (STF, 2013, p. 8). Tais princípios, assim, devem fornecer para uma interpretação adequada da norma constitucional.

O direito constitucional ao benefício de prestação continuada autoriza a prevalência, em sua interpretação, do conteúdo do princípio da dignidade humana, sem embargo das legítimas críticas contrárias à preponderância desse princípio na atividade hermenêutica, fundadas na controvérsia, verificada na doutrina e na jurisprudência, sobre a existência das inúmeras possibilidades de utilizá-lo para justificar os mais variados interesses.

Argumentou que, se existe algum consenso no âmbito da filosofia moral, este é no sentido da existência do dever do Estado de entregar ao indivíduo um conjunto de prestações básicas necessárias a sua sobrevivência. Nesse ponto acordariam correntes doutrinárias opostas. Ponderou, também, que, independentemente da posição adotada pelo intérprete quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, há, no Direito Brasileiro, consenso básico e essencial quando a necessidade de proteger e dignificar o indivíduo.

Partindo dessas premissas, concluiu pela insuficiência do critério estabelecido no artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93. Admitiu ser outra a realidade socioeconômica presente, diferente da que se deu o julgamento da ADI 1232, em que declarada a constitucionalidade do referido dispositivo legal. Dessa forma, entendeu ser possível, com o avanço da inflação e com os reajustes do salário mínimo, ter-se desenhado novo cenário fático que se apresente absolutamente discrepante com os objetivos constitucionais. O critério legal, embora objetivo, não dá concretude à Constituição.

A tese a que perfilhou o Ministro Marco Aurélio foi a de que o artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93 não é inconstitucional por si, mas acaba por gerar situações concretas de inconstitucionalidade. Isso decorreria da circunstância temporal apontada acima e também do fato de o Legislativo ter optado apenas pelo critério renda para averiguação da miserabilidade, desconsiderando outros. Por conseguinte, falhou no dever de conferir plena e efetiva proteção dos direitos fundamentais. Nesse dever direcionado ao Estado, radica-se o princípio – pouco utilizado pela jurisprudência do STF, mas utilizável no caso – da proibição da concretização deficitária, parâmetro de aferição da constitucionalidade da intermediação legislativa dos direitos fundamentais.

Uma vez considerado constitucional o artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, a solução proposta pelo Ministro Marco Aurélio foi a de manter a regra do referido dispositivo legal, permitindo sua superação excepcional quando demonstrada, no caso concreto, a situação de miserabilidade. Expressamente, em seu voto, afastou a tese de majoração do limite *per capita* para metade do salário mínimo mediante aplicação das Leis 9.553/97 e 10.689/03.

Cabe ainda colocar que o argumento da reserva do possível, comumente utilizado no debate judicial acerca do critério econômico como tese contrária às que ampliam a concessão do benefício de prestação continuada, foi afastado por três razões.

A primeira delas pelo fato de os destinatários do direito previsto no artigo 203, V, da CF/88, por opção constitucional, gozarem de prioridade nas ações Estatais, justamente pela situação de vulnerabilidade. A segunda, porque se pode presumir a atuação judicial de boa-fé dos juízes: estando o limite legal muito além dos padrões para fixação da pobreza

internacionalmente adotados¹⁷, há de crer-se que a desconsideração do limite legal nos casos concretos será realmente excepcional. A terceira porque o orçamento, embora essencial, não possui valor absoluto. Sua natureza multifária comportaria a priorização da veiculação do benefício, ao qual a Constituição atribuía relevância, sendo possível falar-se em prioridade orçamentária dos direitos fundamentais, que deve ser entendida como o dever de destinar-se aos direitos sociais dotação de recursos e gastos na maior dimensão possível.

Não integraram as razões do voto considerações sobre a informação fornecida pelo ANIS acerca do impacto financeiro da ampliação do critério legal para metade do salário mínimo.

O ministro, assim, negava provimento ao recurso interposto pelo INSS.

3.5.2 Reclamação 4374 e Recurso Extraordinário 580.963. Votos do Relator.

Por uma questão de dinâmica dos trabalhos na sessão de julgamento, houve antecipação de voto no Recurso Extraordinário 580.963, de forma que as razões respectivas foram expostas ao Pleno de maneira mais sucinta. Todavia, o voto apresentado no recurso extraordinário coincide em estrutura com o da reclamação. Por essa razão, a maior parte dos fundamentos será extraída do voto proferido na Reclamação 4374.

O Ministro Gilmar Mendes, considerou inicialmente o histórico de concessão judicial do benefício de prestação continuada e sua repercussão na jurisprudência do STF. Ponderou que, há alguns anos, tem aportado naquela corte “impressionante quantidade de processos, em sua maioria recursos extraordinários e reclamações, cujo tema principal é a concessão judicial do benefício assistencial previsto no art. 203, inciso V, da Constituição de 1988.” (STF, 2013, p. 8). Desse universo de precedentes, foi possível construir uma análise da história judicial da concessão do benefício, que revelou um comportamento comum da magistratura de primeiro grau no curso do tempo.

Narrou que, desde que surgiu, a Lei 8.742/93 deu ensejo a diversos questionamentos no Judiciário, dentre os quais o mais importante revelou ser o da insuficiência do parâmetro financeiro do artigo 20, §3º, da referida lei, cuja constitucionalidade fora constantemente contestada, culminando no ajuizamento da ADI 1232. O pronunciamento do STF no sentido da constitucionalidade desse dispositivo legal não colocou fim à controvérsia. Desde então, as

¹⁷ Fez-se menção, na página 16 do voto, ao valor estipulado pelo Banco Mundial, referente à época em que se deu o julgamento, para definir a linha da pobreza, qual seja, US\$ 1,25 (um dólar americano e vinte e cinco cents) por dia, que correspondia na ocasião a aproximadamente R\$ 75,00 (setenta e cinco reais) por mês.

decisões judiciais buscaram adotar outras maneiras de contornar a aplicação da letra fria do dispositivo legal. A TNU, por exemplo, chegou a editar a Súmula 11¹⁸, que admitia a tese de possibilidade de concessão do benefício em hipóteses de renda *per capita* familiar superior a um quarto do salário mínimo, se demonstrada a miserabilidade no caso concreto por outros meios de prova.

A adoção, no Judiciário, da tese da não exclusividade do critério financeiro do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, abriu espaço para uma “enxurrada” de reclamações, nas quais se questionava desrespeito à decisão proferida na ADI 1232. Num primeiro momento, a maioria no STF formara-se no sentido de que deveria ser levado em conta, exclusivamente, o critério financeiro da lei para aferição da miserabilidade, não sendo admitida prova dessa situação por outros meios.

No ínterim dessa discussão, foram editadas leis que estabeleceram critérios econômicos mais favoráveis para concessão de outros benefícios assistenciais (por exemplo, Lei 10.836/04, que criou o Bolsa Família, Lei 10.689/03, que instituiu o Programa Nacional de Alimentação, Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola, Lei 9.533/97, relativa a programas municipais de renda mínima e a Lei 10.741/03, o Estatuto do Idoso) o que deu origem a novas teses destinadas a ampliar o valor *per capita* de um quarto para metade do salário mínimo, calcadas na ideia de uma reinterpretção do artigo 203, da CF/88, levada a efeito pelo Poder Legislativo.

Esse movimento deu origem à Súmula 6¹⁹ da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 4ª Região, que acolhia a tese de que o critério de um quarto do salário mínimo previsto no artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93 fora modificado para metade do salário mínimo pelo artigo 5º, I, da Lei 9.533/97²⁰ e pelo artigo 2º, §2º, da Lei 10.689/03²¹. Mesmo diante dessa nova leitura, o STF manteve seu entendimento acerca da exclusividade do critério financeiro do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93.

¹⁸ Essa súmula foi cancelada. Vide nota 4.

¹⁹ Súmula 6: “O critério de verificação objetiva da miserabilidade correspondente a ¼ (um quarto) do salário mínimo, previsto no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, restou modificado para ½ (meio) salário mínimo, a teor do disposto no art. 5º, I, da Lei nº 9.533/97, que autorizava o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos Municípios que instituísem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas, e art. 2º, § 2º, da Lei nº 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA.” (Publicada no Diário de Justiça, Seção 2, em 16/11/04, p. 378, em 18/11/04, p. 540 e 23/11/04, p. 392). Esse verbete sumular foi cancelado (IUJEF nº 2004.70.95.000790-7, sessão de 07-07-2006).

²⁰ Art. 5º 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;

²¹ Art. 2º [...]. § 2º Os benefícios do PNAA serão concedidos, na forma desta Lei, para unidade familiar com renda mensal **per capita** inferior a meio salário mínimo.

No intento de escapar à jurisprudência do STF, surgiram nas instâncias inferiores diversas teses que veiculavam critérios financeiros ampliativos da concessão do benefício de prestação continuada mediante a exclusão, da composição da renda familiar, por exemplo, de: (a) benefício previdenciário ou assistencial recebido por idoso (Súmula 20 das Turmas Recursais de Santa Catarina²² e precedentes da Turma Regional de Uniformização); (b) indivíduos maiores de 21 (vinte e um anos); (c) benefício assistencial recebido por qualquer membro da família; (d) gastos inerentes à condição do beneficiário, tais como remédios.

Nesse contexto, enfatizou o relator que “[...] as reclamações ajuizadas pelo INSS, além dos milhares de recursos extraordinários também interpostos pela autarquia previdenciária, continuaram aportando na Corte.” (STF, 2013, p. 14).

A partir de 2006, os Ministros do STF, por decisões monocráticas, passaram a rever posicionamentos anteriores. Ante a impossibilidade imediata de modificação do entendimento fixado em jurisprudência, principalmente na ADI 1232, muitas vezes solucionavam o caso através do não conhecimento das reclamações, ora pelo argumento de inadequação da via, ora pelo fundamento de que as decisões que decidiram com base em legislação superveniente (a qual não fora objeto da ADI 1232) não implicavam na declaração de inconstitucionalidade do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93 (entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence), ora ainda expressamente consignando que a verificação, no caso concreto, da situação de miséria pelo juiz não implicava em desrespeito à autoridade da ADI 1232 (entendimento da Ministra Carmem Lúcia).

Após assentada a perspectiva histórica do debate judicial acerca do critério financeiro, foi apresentada a tese da possibilidade de revisão, em sede de reclamação, da decisão proferida na ADI 1232 e, por conseguinte, o exercício de um novo juízo sobre a constitucionalidade do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93. Nesse particular, observou o relator que a recente Lei 12.435/11 não alterou a redação do referido dispositivo legal.

O Ministro Gilmar, assim, apresentou como razões de superação da decisão da ADI 1232 a omissão inconstitucional parcial em relação ao dever constitucional de efetivar a norma do art. 203, V, da CF/88 e o processo de inconstitucionalização do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93.

Para demonstrar a omissão inconstitucional parcial aduziu que a insuficiência do critério do art. 20, §3º, da Lei 8.742/93 já era clara no entendimento de todos os ministros que

²² Súmula 20: "O benefício previdenciário de valor mínimo percebido por idoso é excluído da composição da renda familiar, apurada para o fim de concessão de benefício assistencial." (Aprovada em Sessão Administrativa de 14.08.2008).

participaram do julgamento da ADI 1232. Todavia, conforme observara na ocasião o Ministro Sepúlveda Pertence, referiu que não era possível, segundo a jurisprudência do STF na época, apreciar inconstitucionalidade por omissão em sede de ação direta de inconstitucionalidade, sendo que a omissão inconstitucional constata pela Corte apenas deveria ser comunicada ao Poder Legislativo. Teria sido justamente a insolubilidade dessa omissão inconstitucional o pano de fundo para o constante questionamento judicial descrito na abordagem histórica.

Enquadrou o direito previsto no artigo 203, V, da CF/88, como um verdadeiro direito fundamental exigível perante o Estado, resultado de um modelo constitucional fortemente dirigente. Em sua dimensão subjetiva, é um direito público subjetivo à prestação normativa e fática em face do Estado, que está obrigado a assegurar as condições normativas e fáticas necessárias à sua efetividade. Na sua dimensão objetiva, é norma constitucional vinculante para o Estado, especificamente para os três Poderes da República, que impõe ao Poder Legislativo o dever constitucional de legislar adequadamente (ou, no caso, a proibição de proporcionar proteção insuficiente). A insuficiência do critério do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, portanto, reflete uma proteção legislativa insuficiente e, portanto, gera um estado de omissão inconstitucional.

Já a tese do processo de inconstitucionalização do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93 fundou-se no argumento de que ocorrera completa alteração do panorama socioeconômico dos últimos vinte anos. Essa mudança estaria evidenciada em reformas constitucionais e administrativas que repercutiram no âmbito econômico, financeiro e administrativo, no controle da alta inflação, o que teria proporcionado significativa melhoria da distribuição de renda.

Esse contexto propiciara a confecção de leis que trouxeram consigo critérios econômicos mais generosos para concessão de benefícios assistenciais, a exemplo dos programas que fixaram valor padrão de meio salário mínimo, indicando uma releitura do artigo 203, da CF/88, por parte do Poder Legislativo, com base em parâmetros econômico-sociais distintos dos levados em consideração na edição da Lei 8.742/93. A partir dele estaria demonstrada, também, a defasagem e inadequação do critério do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93 para aferição de situações de miserabilidade.

Portanto, o voto fundou-se na existência de um estado de omissão inconstitucional parcial originário, isto é, desde a edição do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93 e de uma inconstitucionalidade superveniente que lhe foi acrescida – processo de inconstitucionalização – oriunda de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais).

Porém ressaltou que não cabe ao STF avaliar a conveniência política e econômica de valores destinados a aferição de pobreza, uma vez que eles devem ser o resultado de complexas equações econômico-financeiras que devam levar em conta, sobretudo, seus reflexos orçamentários e macroeconômicos, o que deve ficar a cargo dos setores competentes dos Poderes Executivo e Legislativo na implementação das políticas assistenciais.

Nesse particular, o ministro ressaltou ter realizado diversas reuniões com autoridades competentes do Ministério do Desenvolvimento Social - MDS, do INSS e da Advocacia-Geral da União – AGU, tendo constatado uma constante preocupação com o impacto orçamentário de eventual elevação do atual critério de um quarto para metade do salário mínimo.

Fez menção a estudos realizados, em janeiro de 2010, pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA e pelo MDS, que apontaram que tal aumento demandaria acréscimo de 129,72% (cento e vinte e nove centésimo e setenta e dois décimos por cento) nos recursos para viabilização do benefício de prestação continuada, é dizer, de uma projeção de aproximadamente vinte bilhões e seiscentos mil reais se saltaria para aproximados quarenta e seis bilhões de reais. Copiou no voto tabela demonstrativa do resultado do estudo citado.

Considerou, também, ser relevante que houvera crescimento da quantidade de benefícios de prestação continuada deferidos desde sua regulamentação legal e que, ao que tudo indicava, o custo do benefício seria superior a vinte e quatro bilhões de reais em 2012. A isso deveria acrescer-se a perspectiva econômica de aumento do valor real do salário mínimo ao longo dos anos.

A diferença substancial do voto apresentado no Recurso Extraordinário 580.963 foi a tese de que o artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, ao prever a exclusão, do cálculo da renda *per capita* familiar de valor de benefício de prestação continuada recebido por idoso que integre a família de outro idoso postulante do mesmo benefício, instituiu discriminação injustificada (desrespeito à isonomia) em relação aos deficientes, bem como em relação àqueles idosos cujos membros idosos da família recebam benefício previdenciário no valor de um salário mínimo.

Essa incoerência do sistema caracterizaria omissão inconstitucional. Sustentou que, tal como no caso do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, a apresentação de critério adequado é tarefa complexa que deve ficar a cargo do Poder Legislativo, a quem compete a elaboração de critério com auxílio dos órgãos de apoio especializados próprios e do Poder Executivo. Por essas razões, o artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, não comportaria uma

interpretação que lhe conferisse caráter de parâmetro econômico complementar ampliativo ao artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93.

Propôs assim, com base na jurisprudência atual do STF (que evoluiu para contemplar uma diversidade de novas técnicas de decisão), o julgamento de improcedência da Reclamação 4374, com a declaração parcial de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, e o julgamento de improcedência do Recurso Extraordinário 580.963, com a declaração parcial de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03.

Conforme fundamentação do voto e transcrição dos debates no Pleno, a opção desta técnica de decisão deveu-se à compreensão que retirar do ordenamento jurídico os dispositivos nos quais se vislumbrara inconstitucionalidade por omissão acarretaria danos muito maiores que os advindos de sua manutenção.

Em ambos os casos, propôs a fixação de prazo de vigência até 31 de dezembro de 2014, para que o Poder Legislativo editasse novos critérios mais adequados. Esse prazo foi ajustado para 31 de dezembro de 2015, durante a retomada do julgamento após apresentação de voto vista do ministro Luiz Fux.

Como dito, esses votos sagraram-se vencedores. Todavia, a fixação de prazo de vigência da norma inconstitucional durante o qual o Poder Legislativo deveria editar nova deveria dar-se através da técnica da modulação de efeitos e, para tal fim, não fora obtido o número de votos necessários no Plenário.

3.5.3 O voto do Ministro Teori Zavascki

Em brevíssimas linhas, sintetiza-se o voto do Ministro Teori Zavascki. Nele, foi defendida a tese de impossibilidade de revisão, em sede de recurso extraordinário ou de reclamação, da decisão proferida da ADI 1232. Sustentou, também, não haver inconstitucionalidade superveniente e tampouco revogação do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93 por legislação superveniente (as leis assistenciais que instituíram renda *per capita* como critério econômico disciplinam benefícios diversos do de prestação continuada).

3.5.4 O resultado do julgamento da Reclamação 4374 e dos Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963

Prevaleceram os votos do ministro Gilmar Mendes. A proposta de prazo de vigência dos artigos de lei declarados inconstitucionais, todavia, não foi acolhida, por não ter sido atingido o quórum de dois terços necessário para modulação dos efeitos da decisão.

Do debate acerca da modulação de efeitos, destacam-se duas colocações. A primeira delas é a do Ministro Joaquim Barbosa, então presidente. Ele não aderiu a modulação pois, no seu entender, isso traria conflito com o Poder Legislativo e, num certo sentido, desmoralizaria o STF, pois eventual descumprimento do prazo traria a questão de volta à Corte. A segunda, mais ou menos coincidente, é a do Ministro Teori Zavascki, que argumentou não haver sentido em fixar um prazo para o Legislativo se de seu descumprimento não adviesse alguma consequência.

O STF, assim, por maioria, pronunciou-se pela declaração parcial de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade dos artigos 20, §3º, da Lei 8.742/93 (LOAS), e 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso), sem fixar prazo de vigência dos dispositivos reputados inconstitucionais. Isso, na prática, significa dizer que eles continuarão a vigor até que o Legislativo edite outras normas que estabeleçam critérios “mais adequados”.

4 O entendimento do STF e algumas ponderações sobre julgamento conjunto da Reclamação 4374 e dos Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963

Neste tópico, destacam-se as premissas que caracterizam o entendimento do STF sobre a classificação do direito previsto no artigo 203, V, da CF/88, extraem-se conclusões dos votos estudados e formulam-se algumas indagações com o intuito de contribuir para o prosseguimento das reflexões sobre o problema da insuficiência do critério econômico a partir do resultado do julgamento conjunto da Reclamação 4374 e dos Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963, sem a pretensão, contudo, de respondê-las no espaço de um artigo.

Dos precedentes analisados, extrai-se que, para o STF, o direito ao benefício de prestação continuada previsto no artigo 203, V, da CF/88, é um direito social e fundamental, exigível subjetivamente do Estado, e que a este impõe o dever de concretizá-lo da maneira mais efetiva possível, visto tratar-se de norma destinada a garantir condições mínimas existências de subsistência. Como dito anteriormente (tópico 3.5), embora percorrendo trilhas diversas, o entendimento do STF e a abordagem teórica adotada neste trabalho coincidem nesse aspecto quanto ao resultado.

Tanto no julgamento do pedido de liminar na ADI 1232, quanto no julgamento conjunto da Reclamação 4734 e dos Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963 prevaleceu o entendimento de que retirar a vigência dos dispositivos que regulamentam o artigo 203, V, da CF/88 implicaria em maior prejuízo do que sua manutenção com reconhecimento de inconstitucionalidade.

A partir dos referidos precedentes, também, é possível demonstrar, através das lentes institucionais do STF, a história do intenso debate judicial que se desenvolve sem a esperança de resolução próxima em torno do critério econômico previsto no artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/93. Nesse cenário, evidencia-se a preponderância, no Judiciário brasileiro, de um entendimento no sentido de que o referido critério legal é insuficiente para dar concretude de maneira efetiva ao artigo 203, V, da CF/88, e que acabou, ao final, sendo reconhecido pelo STF.

Esse entendimento foi externado ao longo da história por um comportamento constante, verificado principalmente na magistratura de primeira e segunda instância: o de buscar-se contornar as limitações impostas à veiculação do benefício de prestação continuada (seja pela incompletude da lei, seja por anteriores precedentes restritivos do STF) mediante o acolhimento de diferentes teses jurídicas que conferem um tratamento ampliativo ao critério da renda *per capita*.

Pode-se destacar, também, que, embora nos votos vencedores tenham sido feitas considerações sobre o impacto financeiro no orçamento da Administração advindo de uma ampliação em tese na concessão do benefício de prestação continuada, não foram fornecidos muitos elementos que permitam adentrar a fundo neste aspecto da discussão, pela análise, por exemplo, das premissas que embasaram conclusões do gênero.

Considere-se, por exemplo, a tabela transcrita nos votos do Ministro Gilmar Mendes, representativa dos resultados do estudo confeccionado pelo IPEA em conjunto com o MDS para demonstrar o impacto financeiro, em 2010, de um possível aumento do critério da renda *per capita*. Na decisão, não ficou claro qual a metodologia de pesquisa adotada, é dizer, de quais fontes foram colhidos os dados, de que forma eles foram extraídos e sob quais critérios foram trabalhados. O mesmo pode ser dito para a projeção de gastos com o benefício de prestação continuada feita para o ano de 2012, citada no mesmo voto.

Igualmente, no voto vencido do Ministro Marco Aurélio, não há considerações sobre os dados referentes ao impacto financeiro do aumento da renda *per capita* de um quarto para meio salário mínimo, apresentado pelo ANIS (talvez – e compreensivelmente –, em virtude da

solução proposta, que não implicava direta e literalmente aumento do universo de beneficiários).

Cabe aqui a indagação: não seriam esses dados de natureza empírica relevantes na discussão judicial e até mesmo para o conhecimento mais profundo das razões de decidir pela sociedade? As conclusões admitidas como válidas no julgamento parecem direcionar reflexões mais aprofundadas para uma resposta afirmativa.

Com efeito, se está-se diante de um direito social fundamental relacionado à garantia material de condições existenciais mínimas, que impõe ao Estado um dever de concretizá-lo com máxima efetividade, inclusive destinando com primazia orçamentária recursos para sua viabilização, então é razoável concluir que os possíveis impedimentos que confirmam peso à restritiva tese da reserva do possível estejam muito bem demonstrados, sobretudo quando há reconhecida negligência no dever de legislar que perdura há mais de 20 (vinte) anos.

Da perspectiva das implicações práticas da decisão, paira a impressão de que o embate judicial permanece no estado em que já se encontrava. Embora declarados parcialmente inconstitucionais por omissão sem pronúncia de nulidade o artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, e o artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, não fora alcançado *quórum* mínimo para estipulação de um período de validade (modulação de efeitos), de sorte que ainda se encontram em vigor.

Porém, ele avançou em um sentido negativo. Os únicos dispositivos de lei que dispunham diretamente sobre o critério econômico de concessão receberam a negativa pecha de inconstitucionais. Se a omissão inconstitucional representada pela insuficiência do critério da renda *per capita*, na linha adotada nos votos vencedores, rendeu ensejo a um sem número de teses que, na tentativa de concretizar o direito ao benefício de prestação continuada, oscilaram grandemente na definição acerca de um critério objetivo adequado, há agora uma concreta possibilidade elevar-se ainda mais a imprecisão do entendimento judicial sobre o que caracterizará o estado de miserabilidade, em virtude da solução adotada pelo STF para os critérios existentes.

Nesse particular, os julgados trazem ainda um elemento complicador. Ao expor-se o entendimento de que não era tarefa do STF avaliar a conveniência política e econômica de valores destinados a aferição de pobreza, foi externada uma preocupação acerca do impacto financeiro advindo do aumento do valor *per capita* para metade do salário mínimo. Dessa forma, têm-se as seguintes balizas: a constante do dispositivo das decisões, de que o limite atual de um quarto do salário mínimo é insuficiente, e a constante das razões de decidir (que, embora não componha a parte dispositiva dos precedentes, certamente possui peso suficiente

para influenciar a discussão), de que a sua elevação para metade do salário mínimo é “preocupante”.

Deverá o Legislativo posicionar-se em uma “zona intermediária”? Pelo histórico do tratamento legislativo dispensado à matéria, crê-se que o posicionamento do STF possa desestimular o estabelecimento de um limite maior ou igual a metade do salário mínimo.

E mais, afirmar que é complexa a tarefa de estabelecer um critério objetivo de constatação de miserabilidade (mais complexa que a tarefa de proferir, como base em considerações sobre a conjuntura socioeconômica, um juízo de inadequação dos critérios existentes), não equivale implicitamente a reconhecer que a análise de um eventual posterior critério legal seria também intangível à Suprema Corte?

Indaga-se, ainda: o que leva a crer que o Poder Legislativo, após praticamente 20 (vinte) anos de inércia (regulamentação insuficiente), trabalharia na confecção de novos critérios econômicos, no prazo de dois exercícios financeiros, sem que fosse possível impor-lhe uma consequência pelo desrespeito da decisão? Nesse sentido, o comportamento judicial majoritário, persistente ao longo da história, em prol de uma concessão mais ampla do benefício de prestação continuada, não seria um indicador de insucesso da medida proposta? Ora, é relevante para o debate em torno da matéria o fato de que o Legislativo tem estado inerte mesmo diante de um histórico de intenso ativismo judicial.

Por fim, questiona-se: o artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, realmente estampa inconstitucionalidade por omissão? Se da leitura de seu texto salta evidente a instituição de uma discriminação que fere a isonomia, não seria possível cogitar atribuir-lhe uma interpretação conforme a constituição para evitar esse resultado prático? Sim, isso implicaria aumento de gastos.

E não seria um estímulo maior à atividade do Legislativo a adoção, pelo STF, de uma posição que enfrentasse o estado de omissão inconstitucional estabelecendo uma leitura ampliativa (e, por se tratar da Corte Suprema, potencialmente uniforme) do critério econômico, com impacto no orçamento? As inúmeras teses existentes a respeito no Judiciário são um indicativo de que isso era possível. Talvez com relação a um aumento dos gastos públicos mostrar-se-ia mais fértil a discussão sobre a modulação de efeitos da decisão.

5 Considerações finais

Como dito, não se pretende obter resposta a todos os questionamentos elaborados no tópico anterior, mas com eles contribuir para o aprofundamento do debate existente acerca do critério econômico do benefício de prestação continuada.

A pergunta que se responde aqui é se, do ponto de vista do dever estatal de concretizar com máxima efetividade o benefício do artigo 203, V, da CF/88, o julgamento conjunto da Reclamação 4374 e dos Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963 trouxe uma solução efetiva para o problema da insuficiência do critério econômico previsto no artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93. Crê-se que não.

Poderia o STF ter avançado em seu tratamento? Certamente sim, pois não lhe faltava um amplo universo de possibilidades reais de fazê-lo. Todavia, não foi dessa vez que a sociedade viu a efetividade vencer uma das muitas batalhas travadas em prol da concretização desse direito, cuja omissão estatal na regulamentação resulta tão cara ao ser humano.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, jul./set. 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>>. Acesso em: 27 mar. 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto nº 3.997, de 01 de novembro de 2001. Define o órgão gestor do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, regulamenta a composição e o funcionamento do seu Conselho Consultivo e de Acompanhamento e de outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 05 nov. 2001.

BRASIL. Decreto nº 4.564, de 01 de janeiro de 2003. Define o órgão gestor do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza e o funcionamento do seu Conselho Consultivo e de Acompanhamento, dispõe sobre doações de pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou

estrangeiras, para o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: edição especial. Brasília, DF, 01 jan. 2003.

BRASIL. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 08 dez. 1993. p. 18769.

BRASIL. Lei nº 9.533, de 10 de outubro de 1997. Autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 11 dez. 1997.

BRASIL. Lei nº 10.689, de 13 de junho de 2003. Cria o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 16 jun. 2003.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 out. 2003, p. 1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1232/DF, requerente: Procurador-Geral da República, requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional, relator Ministro Ilmar Galvão, relator para acórdão Ministro Nelson Jobim, pleno, Brasília, DF, 27 ago. 1998, **Diário de Justiça** 01 jun. 2001, p. 75. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 567.985/MT, pleno, recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social, recorrida: Alzira Maria de Oliveira Souza, relator Ministro Marco Aurélio, relator para acórdão Ministro Gilmar Mendes, Brasília, DF, 18 abr. 2013, **Diário de Justiça Eletrônico**. 03 out. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 580.963/PR, pleno, recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social, recorrida: Blandina Pereira Dias, relator Ministro Gilmar Mendes, Brasília, DF, 18 abr. 2013, **Diário de Justiça Eletrônico**. 14 nov. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4864062>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4374/PE, pleno, reclamante: Instituto Nacional do Seguro Social, reclamado: Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado de Pernambuco, interessado: José Severino do Nascimento, relator Ministro Gilmar Mendes, Brasília, DF, 18 abr. 2013, **Diário de Justiça Eletrônico**. 04 set. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

BRASIL. Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Santa Catarina. Súmula nº 20. **Diário Eletrônico**: Judicial 2. Porto Alegre, RS, 28 de ago. de 2008. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=sumulas_tr>. Acesso em 10 jan. 2015.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. Súmula nº 11. Brasília, DF, 05 de abril de 2004. **Diário de Justiça**. Brasília, 14 abr. 2004. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/>>. Acesso em 09 jan. 2015.

BRASIL. Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 4ª Região. Súmula nº 06. **Diário de Justiça**: Seção 2. Porto Alegre, RS, 23 de nov. de 2004. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=cojef_sumulas_TRU>. Acesso em 10 jan. 2015.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível na Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo: www.direitoshumanos.usp.br, acesso em 05.01.2015.

DUARTE, Francisco Carlos; BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. A concretização da concepção de igualdade de Robert Alexy no critério econômico do benefício assistencial previsto no art. 203, V, da CRFB/88. In: CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart et al. (Coords). **Hermenêutica aplicada. O benefício assistencial de prestação continuada à luz das teorias neoconstitucionais**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 87-105.

FONSECA, Maria Hemília. **Curso de Metodologia na Elaboração de Trabalhos Acadêmicos**. Rio de Janeiro: Ciência Moderna, 2009.

GODOY, Arilda Schmidt. Pesquisa qualitativa: tipos fundamentais. **Revista de Administração de Empresas**. São Paulo, v. 35. n. 3, p. 20-29, mai./jun., 1995. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rae/v35n3/a04v35n3.pdf>>. Acesso em 07.dez.2014.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade Frente à Reserva do Possível**. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 6ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

_____. **Temas de Direitos Humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. Adotado pela XXI Sessão da Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>, acesso em 05.01.2015.

PROTOCOLO ADICIONAL À CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS, "PROTOCOLO DE SAN SALVADOR", Adotado em 17 de novembro de 1998, no 18º período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral. Disponível na Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo: www.direitoshumanos.usp.br, acesso em 05.01.2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais:** Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.