

# ATIVISMO JUDICIAL E O NEOCONSTITUCIONALISMO. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE A ANÁLISE DOS CRITÉRIOS DE MISERABILIDADE PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL.

## *JUDICIAL ACTIVISM AND NEOCONSTITUTIONALISM. CRITICAL CONSIDERATIONS REGARDING THE ANALYSIS OF THE MISERABILITY CRITERIA FOR THE CONCESSION OF THE SOCIAL ASSISTANCE BENEFIT*

**Ricardo de Paula Alves**  
alvesricardo@hotmail.com

*Recebido em 29/07/2013  
Aprovado em 04/10/2013*

1. Introdução. 2. A Seguridade Social na Ordem Constitucional Brasileira. 3. O modelo de Assistência Social e o benefício de prestação continuada. 4. O Neoconstitucionalismo e o Ativismo Judicial. 5. A concessão do Benefício de Prestação Continuada: polêmica em relação ao critério para aferição da miserabilidade. 6. Conclusões

### Resumo

O presente artigo visa a analisar a Assistência Social como subsistema da Seguridade Social, aplicando-lhe todos os princípios constitucionais inerentes ao modelo proposto pela Constituição de 1988. Diante deste cenário, busca a interpretar o fenômeno do ativismo judicial e suas consequências para a implementação de direitos sociais. Para tanto, estuda o caso da interpretação do benefício de assistência continuada e tenta demonstrar que os critérios previstos legalmente para sua

### *Abstract*

*The article intends to analyse the Brazilian Social Assistance as subsystem of the Social Security. Therefore, is applicable to Social Assistance all the Constitutional principles related to the Social Security system. In this scenario, it searches to examine judicial activism and its consequences to implement social rights. In view of the above, it studies the interpretation of the Social Assistance benefits and try demonstrate that legal criteria for its concession must not have a wider interpretation having the risk to confront the equality among citizens and also the social security principles.*

concessão não poderiam ser interpretados de maneira ampliativa em afronta à isonomia e aos princípios da seguridade social, contrariamente ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

*Key words*

*Social Security. Social rights. Social Assistance. Judicial Activism*

Palavras-chave

Seguridade Social. Direitos Sociais. Assistência Social. Ativismo Judicial.

## 1. Introdução

A análise crítica dos fenômenos do neoconstitucionalismo, da judicialização e do ativismo judicial representa um dos maiores desafios atuais no campo da hermenêutica constitucional. Seus efeitos são percebidos não apenas no direito constitucional como também no mais variados ramos do direito. Pretendemos no presente artigo estudar tais fenômenos à luz de um caso específico, relacionado com decisões que interpretam os requisitos para a concessão do benefício de prestação continuada da Assistência Social por meio de critério diverso daquele previsto no artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/93.

Para o entendimento do caso proposto, abordaremos inicialmente a definição constitucional de seguridade social, bem como seus princípios específicos. Esta análise é importante, uma vez que os contornos de nosso sistema de Seguridade Social são amplamente delineados pelo legislador constitucional e devem ser utilizados como parâmetros para a interpretação das regras constitucionais e infraconstitucionais. Tais princípios específicos muitas vezes são renegados em detrimento de outros de caráter mais genérico, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, em interpretação que não leva em conta a integridade do sistema constitucional. Esquece-se que, por meio da Seguridade Social, buscou-se proteger a dignidade da pessoa humana, estabelecendo-se critérios próprios, visando a garantir de forma seletiva e universal a proteção de toda a coletividade, integrando-se, para tanto, os subsistemas Previdência, Assistência Social e Saúde.

Em seguida, passaremos a descrever as particularidades do subsistema Assistência Social demonstrando seu caráter subsidiário, suas espécies, o papel do Estado, seu delineamento constitucional, bem como os critérios para a concessão do benefício de prestação continuada, nos termos do artigo 203, da Constituição Federal, e o artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/93.

Após termos analisado os referidos aspectos, discorreremos sobre o fenômeno do Ativismo Judicial e suas implicações para hermenêutica constitucional, tendo como ponto de partida a abertura para uma interpretação principiológica do direito em detrimento das regras e o papel de preponderância da atuação do Judiciário diante de questões políticas, tradicionalmente adstritas aos poderes Legislativo e Executivo.

Por fim, conforme esclarecido, analisaremos dentro do contexto acima, a atuação ativista do Poder Judiciário diante dos critérios de renda e miserabilidade estipulados pelo legislador no artigo 20 § 3º, da lei 8.742/93, demonstrando de forma crítica os riscos de uma interpretação abusiva que não leve em conta os papéis de cada um dos poderes no delineamento de políticas públicas para a integração dos direitos sociais no Estado Democrático de Direito, segundo os princípios da Seguridade Social apresentados pelo legislador constitucional.

## **2. A Seguridade Social na Ordem Constitucional Brasileira**

O artigo 194 da Constituição Federal de 1988 preceitua a Seguridade Social como “um conjunto integrado de ações da iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. O parágrafo único do artigo 194 da Constituição Federal estabelece os princípios da Seguridade Social e o artigo 195 aduz as formas de seu financiamento.

A Constituição Federal, neste sentido, de modo inovador e seguindo os critérios previstos pelo relatório de Willian Beveridge, estabeleceu três direitos sociais fundamentais dentro da universalidade de proteção da seguridade social. Segundo os princípios norteadores do referido relatório, sua ideia central seria a liberação das necessidades por meio de adequada e justa distribuição de renda. Neste sentido, não poderia a seguridade social ser reduzida ao conjunto de seguros sociais, uma vez que abarcaria também a assistência nacional, um serviço nacional de saúde, ajuda familiar, além de seguros voluntários (PIERDONÁ, 2012, pp.328-329).

O conceito de Seguridade Social é estabelecido em torno da ideia de universalidade da proteção prevista constitucionalmente, que deve ser realizada por meios dos seus três subsistemas: saúde, previdência e assistência social. Tal conceito é norteado pelo ideal de justiça social. Conforme esclarece Wagner Balera, “a seguridade social, combinação de igualdade com a solidariedade- é o sistema jurídico apto a conferir equivalente quantidade de saúde, de previdência e de assistência social a todos quantos necessitem de proteção. O respectivo objetivo, a justiça social se tornará realidade quanto a promoção do bem de todos deixar de ser mero programa” (BALERA, 2012, p.23).

Com efeito, a “Seguridade Social constitui-se em um conjunto harmônico de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. Dentro deste sistema, temos vias específicas de acesso: a previdenciária (seguro social) e assistenciária (saúde e assistência social). A saúde fundamenta-se no princípio da universalidade e do tratamento igualitário. A previdência tem como foco a proteção do trabalhador contra os riscos sociais. Já a assistência social, preocupa-se com o hipossuficiente, isto é, aquele que se encontra impedido de integrar o mercado de trabalho.

A contemporaneidade do estado de necessidade é o que distingue o subsistema Previdência do subsistema Assistência. Enquanto este cuida de situações atuais de necessidade, aquele visa a atender situações futuras (MARQUES, 2009, p.23).

A ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivos a justiça social e bem estar, nos termos do artigo 193, da Constituição Federal. Tais objetivos estão relacionados aos fundamentos do Estado brasileiro, elencados nos incisos II e IV do artigo 1º, da Constituição Federal (dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho), bem como com seus objetivos previstos nos incisos I e III do artigo 3º (construção de uma sociedade livre, justa e solidária e redução das desigualdades sociais e regionais) (MARQUES, 2009, p.23).

Tais conceitos, assim como a própria Seguridade Social, baseiam-se na solidariedade social, conceito que abarca todas as esferas da sociedade e, portanto, não pode ser entendido sob a ótica individualista. Neste sentido, podem ser considerados princípios gerais de toda a Seguridade Social (PIERDONÁ, 2003, pp.49-52). Deste modo, conforme veremos a seguir, decisões que baseiam a concessão de direitos fundamentais sob a ótica individual estariam em contradição com fundamentos de nosso sistema de Seguridade Social. Por tal razão, importa analisar, ainda que de forma sucinta, os princípios constitucionais específicos de Seguridade Social.

### ***2.1. Princípio da universalidade da cobertura e do atendimento***

Segundo Wagner Balera (BALERA, 2012, p.31), trata-se de princípio motor do sistema de Seguridade Social, verdadeira pedra fundamental. Busca-se a adoção de um sistema protetivo amplo, capaz de atingir o bem estar e a justiça social. Amplia a ideia de seguro social que seria dirigido a apenas trabalhadores. Os objetivos de bem estar e justiça social somente serão atingidos quando todos tiverem acesso a um padrão mínimo necessário.

A universalidade da cobertura corresponde a situações de risco e indenizações predefinidas. A universalidade de atendimento corresponde à dimensão subjetiva do princípio, vinculada aos destinatários. Assim, a Seguridade Social deve ser entendida

em um sistema completo, englobando a saúde, previdência e assistência social. É o primeiro princípio e a partir dele devem ser entendidos os outros princípios (SANTOS, 2004, p.175).

## ***2.2. Princípio da uniformidade e equivalência de prestações às populações urbanas e rurais***

Trata-se de princípio articulado diretamente com o princípio da universalidade. Historicamente, o tratamento dado ao trabalhador rural foi inferior ao dispensado ao urbano, razão pela qual este princípio é a garantia da uniformidade. Referido princípio também estabelece a equivalência de benefícios e serviços.

As regras infraconstitucionais que não atendam a este princípio não encontram fundamento de validade na Constituição. Porém, esta relação deve ser isonômica, se o segurado contribuiu de forma diversa, o benefício será relacionado com a forma de custeio (PIERDONÁ, 2008, p.6).

## ***2.3. Princípio da seletividade e distributividade na prestação de serviços***

No caminho da universalidade, o legislador deverá escolher etapas, selecionando os riscos sociais que serão cobertos (PIERDONÁ, 2003, p. 6). Trata-se de uma escolha do legislador em face da escassez dos recursos existentes. Porém esta seletividade não é total, dado os vetores definidos constitucionalmente, além da distributividade que estabelece que a escolha dos riscos deve recair sobre as prestações que concretizam os objetivos da ordem social. Assim, este princípio tem por escopo o estabelecimento do quadro das prestações da seguridade social e os indivíduos por elas amparados (PANCOTTI, 2009, p.99).

Conforme esclarece Marisa Ferreira dos Santos, “a seletividade e a distributividade desempenham com autorização constitucional, um papel redutor da universalidade. Ao selecionar e distribuir as prestações de seguridade, o legislador acode aos mais necessitados de determinada proteção, com o que lhes proporciona um mínimo de bem-estar e reduz a desigualdade que se lhes apresentava diante dos demais membros do corpo social” (SANTOS, 2004, p.175). Assim, diante da escassez de recursos existentes, o princípio da seletividade estabelece critérios para a progressiva integração e efetivação dos direitos sociais, sem negar-lhes, porém, aplicabilidade imediata como direitos fundamentais.

#### ***2.4. Irredutibilidade do valor dos benefícios***

Este princípio busca a manutenção da relação existente com a pessoa protegida. Visa a manter ordem social estabelecida, proibindo o retrocesso de proteção social. Está relacionado ao valor nominal. Outra questão é a manutenção do valor real dos benefícios. A manutenção do valor real é dirigida apenas à previdência social, enquanto que a irredutibilidade do valor dos benefícios destina-se a toda a Seguridade Social.

#### ***2.5. Equidade na forma de participação e custeio***

Na equidade deve ser considerada a capacidade contributiva do sujeito passivo da obrigação. Por meio deste princípio, busca-se o “ponto de equilíbrio entre a capacidade econômica dos contribuintes e o esforço financeiro que, dele e dos poderes públicos, será cobrado para a constituição do fundo comum de proteção social” (BALERA, 2012, p.37) .

Diferentemente dos impostos, nos quais se leva em consideração apenas a capacidade contributiva do contribuinte, para a seguridade social, o grau de geração de riscos é critério fundamental para o estabelecimento de regra de equidade na forma de participação e custeio.

#### ***2.6. Diversidade da base de financiamento***

Do ponto de vista objetivo, este princípio relaciona-se com a diversificação de fatos que gerarão as contribuições para o sistema de seguridade social. No sentido subjetivo, leva em consideração as mais diversas pessoas que serão chamadas a contribuir (BALERA, 2012, p.39).

Este princípio relaciona-se com a história da Seguridade Social. Inicialmente vinculado à proteção apenas dos trabalhadores, a Seguridade Social passou, por meio do modelo adotado pela Constituição Federal de 1988, à universalidade da proteção contemplando a assistência e a saúde. Diante disto, a própria Constituição buscou a diversificação de sua base de custeio (PIERDONÁ, 2012, p.338).

#### ***2.7. Princípio da gestão democrática e descentralizada da seguridade social***

Por sua vez, o inciso VII, do parágrafo único do artigo 194 da Constituição Federal de 1988 estabelece o caráter democrático e descentralizado na administração,

mediante gestão quadripartite (trabalhadores, empregadores, aposentados e governo). Deve abranger a arrecadação das receitas e sua aplicação.

Referido princípio é de fundamental importância uma vez que estabelece regras democráticas para o auxílio na gestão dos escassos recursos e para a implementação das políticas públicas para o estabelecimento dos direitos sociais por meio da seguridade social.

Muitas vezes olvidado em face de outros princípios gerais ou específicos, tal princípio é norteador da forma social pela qual a gestão da seguridade social deve ser realizada, servindo inclusive como limitador de perspectivas ativistas que levam em consideração apenas critérios individuais, olvidando-se da necessidade de implementação coletiva dos direitos sociais.

## **2.8. *Princípio do custeio prévio***

O § 5º, do artigo 195 da Constituição Federal estabelece o princípio do custeio prévio dos benefícios ou serviços prestados pela seguridade social. Trata-se de outro benefício bastante esquecido e revela, conforme Zelia Pierdoná, a capacidade de financiamento da sociedade e concretiza um dos aspectos da reserva do possível (PIERDONÁ, 2012, p.340).

## **2.9. *Princípio da solidariedade***

Finalmente, os artigos 194 e 195 revelam que as ações de seguridade social são um encargo de toda a sociedade, que o efetivará de forma direta e indireta, o que demonstra a solidariedade do sistema. Toda a sociedade financia a seguridade social (PIERDONÁ, 2012, p 340).

## **3. O modelo de Assistência Social e o benefício de prestação continuada.**

Após analisarmos os princípios que norteiam todo o sistema de Seguridade Social, estudaremos, em linhas gerais, especificamente o subsistema de assistência social proposto pela Constituição Federal.

### ***3.1. A Assistência Social no Brasil***

A Assistência Social no Brasil busca a proteção de indivíduos em situações de penúria ou necessidade, considerados dentro de circunstâncias de indigência. A indigência sendo considerada como o estado privação e sofrimento para a satisfação das necessidades mais básicas do indivíduo ou sua família (MARQUES, 2009, p.25).

A Assistência no Brasil, inicialmente era prestada no âmbito privado. Durante muito tempo as busca pela resolução das questões sociais no Brasil foi efetuada por meio de instituições beneméritas. Aos poucos vai se articulando a assistência estatal por meio de práticas descontínuas (CARDOSO, 2007, p. 3). A partir de 1931, instituem-se as Caixas de Subvenções. Cronologicamente observa-se a transformação gradativa da atuação estatal no campo assistencial, caminhando da execução subsidiária para a execução direta. Com a Constituição de 1988, a Assistência ganha novo relevo. Passa de instrumento de caridade para mecanismo de efetivação de direitos sociais fundamentais, integrando-se à Seguridade Social (MARQUES, 2009, pp.33-35).

Com a caracterização da Assistência como direito social, sua implementação passa a ser considerada como uma política pública dentro da Seguridade Social. Neste sentido, muito embora seja um objetivo de toda a sociedade, houve a expansão da responsabilidade do Estado (BICCA, 2011, p.29). A Lei 8.742/93, chamada de Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) estabeleceu os princípios e diretrizes da Assistência Social no Brasil, além de instituir os critérios para a concessão do Benefício de Prestação Continuada, previsto no inciso V, do artigo 203, da Constituição Federal.

A Assistência Social pública no Brasil apresenta um caráter duplamente subsidiário. Sua necessidade se justifica quando não se fizerem presentes os demais subsistemas de Seguridade Social. Além disto, deverá o Estado intervir quando não ocorrer as demais formas privadas de Assistência Social, incluindo a família e a sociedade. Passa-se então a falar em verdadeiro direito subjetivo à proteção, respeitando-se, porém, a autonomia do interessado (MARQUES, 2009, p.43). Dentre outras ações estabelecidas para o desenvolvimento da assistência pública no Brasil, encontra-se previsto o benefício de prestação continuada, pago a idoso ou pessoa com deficiência que não possua meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

Conforme veremos, a definição dos critérios estabelecidos legalmente para sua concessão representa uma das maiores controvérsias existentes ante o Poder Judiciário no que se refere à assistência social. Referida controvérsia é substancialmente decorrente do ativismo judicial, fenômeno recente que trouxe a judicialização de questões relacionadas com políticas públicas. Por tal razão,



antes de analisarmos de forma específica a controvérsia sobre a interpretação dos critérios para a definição de miserabilidade e conseqüente concessão do benefício de prestação continuada, importa estudar os contornos gerais do fenômeno do ativismo judicial.

#### **4. O Neoconstitucionalismo e o Ativismo Judicial**

A Constituição de 1988, na qualidade de Constituição dirigente, apresenta um projeto de desenvolvimento que exige a realização da democracia e do Estado de Direito. Estas transformações partem da esfera política para as esferas econômicas e sociais. A economia deixa de ser um espectro da vida privada e passar a ser compreendida dentro de um contexto público de limitação do poder econômico e efetivação da igualdade concreta entre os cidadãos (BERCOVICI, 2007, p.467). Sua estrutura teleológica é baseada na transformação de fins econômicos e sociais em jurídicos, atuando como motor de mudança social, sendo tais princípios a matriz hermenêutica de todo ordenamento constitucional (BERCOVICI, 2011, pp.208-209). Na questão dos fins do Estado, o conceito chave do Estado Social é a distribuição (BERCOVICI; MASSONETO 2011, p.77).

Diante deste cenário, surgem no Brasil, novas perspectivas relacionadas com o chamado neoconstitucionalismo e o ativismo judicial. Este fenômeno não é particularidade nossa, mas assumiu matizes específicos em nosso país diante do próprio contexto de redemocratização, da abrangência da Constituição de 1988 e do amplo papel desempenhado pelo Poder Judiciário no controle de constitucionalidade. Busca-se uma norma hermenêutica distinta das premissas positivistas da subsunção. Neste contexto, temos valorização da razão prática e de visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais. Em lugar de concepções meramente majoritárias do princípio democrático, temos teorias mais substantivas da democracia, que legitimam amplas restrições ao legislador e possibilitam a sua fiscalização aos juizes não eleitos. E ao invés de uma teoria do direito focada no código ou na lei formal, enfatiza-se a centralidade da Constituição.

Percebe-se uma nova abertura da hermenêutica constitucional aos princípios, fundada em métodos advindos da interpretação das cortes constitucionais europeias. Como nestes países a natureza principiológica da Constituição foi cada vez mais enfatizada, desenvolveram diversos métodos e técnicas relacionados com a ponderação de princípios e aplicação da proporcionalidade e razoabilidade. Neste contexto, inserido na chamada hermenêutica pós-positivista, o Poder Judiciário assume um novo papel na democratização e implementação do projeto político constitucional (SARMENTO, 2011, p.78).

Vale lembrar, porém, que este processo não é isento de críticas, notadamente em face do risco de uma banalização da utilização da Constituição e da utilização excessiva dos princípios em detrimento das regras. Ademais, há o risco de estabelecimento de efetiva *judiocracia*, culminando com quebra do princípio de separação dos poderes (FRANCISCO, 2012, pp. 47-88). Elival da Silva Ramos considera que “ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa” (RAMOS, 2010, p.129). Revela-se assim um afastamento do âmbito de atuação tradicional do judiciário, sendo que alguns autores inclusive chegam a falar em quebra do princípio de separação dos poderes em detrimento do Estado Democrático de Direito (BRANCO, 2011, p.394).

Segundo Humberto Ávila (ÁVILA, 2012, pp.1-3), embora existam muitas teorias sobre a conceituação do neoconstitucionalismo, o ponto fundamental seria a positivação e aplicação exclusiva ou preponderante dos princípios no lugar das regras. Deste fenômeno decorreria um método diferente de aplicação do direito (ponderação) e a preponderância de avaliação individual e concreta. Tal hermenêutica conduziria à dominância do Judiciário, especialmente, fundamentado na Constituição. Ora, segundo o referido autor, as regras tanto constitucionais como infraconstitucionais têm um papel de extrema relevância dentro do ordenamento, ao estabelecer mandamentos específicos, inclusive para implementação de políticas públicas visando o projeto político constitucional (ÁVILA, 2012, p.6).

Neste sentido, critica-se o excessivo papel dos princípios genéricos em detrimento das regras ou ainda a escolha de alguns princípios genéricos, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana, sem considerar a necessária integração com os princípios específicos aplicáveis ao caso. Neste sentido, princípios são pinçados conforme a escolha do aplicador, esquecendo-se da necessidade de interpretação sistemática da Constituição como um todo.

Ademais, juntamente com o debate hermenêutico constitucional sobre a efetividade dos princípios, devemos discutir também a possibilidade de realização do projeto constitucional de Estado social em face da escassez dos recursos existentes. A teoria dos custos do direito tem chegado ao nosso País e ganhado ampla aceitação, principalmente visando a nortear a implementação de uma política de gastos públicos razoáveis diante de tal escassez.

É certo que, suas conclusões devem ser interpretadas como parcimônia, não podendo nos levar à institucionalização da chamada análise “constitucional invertida” ou àquilo que Ana Carolina Lopes Olsen chamou de “apedrejamento da Constituição dirigente”, tendo em vista a normatividade constitucional como diretriz fundamental para a alocação de recursos públicos (OLSEN, 2012, pp.249-

267). A realização dos direitos sociais considerada como um dos objetivos constitucionais para a consolidação do Estado brasileiro de direito implica no reconhecimento da posição privilegiada dos direitos sociais na alocação dos recursos orçamentários (OLIVEIRA, 2010, p.371-380). Neste sentido, o fenômeno do neoconstitucionalismo nos parece extremamente importante no sentido de fomentar o debate para existência de um substrato principiológico constitucional, baseado em um projeto político. A abertura de ação ao Poder Judiciário e ao Ministério Público é de extrema relevância e diversos mecanismos foram instituídos para que o Poder Judiciário seja parte ativa neste processo político, por meio de mecanismos específicos.

No entanto, em que pesem as considerações acima, não se pode perder o norte da impossibilidade de se desvincular a implementação dos direitos fundamentais, notadamente aqueles de natureza prestacional, da existência de políticas públicas baseadas no princípio da seletividade. O que se observa atualmente é o desvirtuamento do Papel do Judiciário, com a excessiva judicialização da sociedade, por meio de uma aplicação individualizada de direitos fundamentais, em detrimento de políticas públicas, sem que exista, inclusive, fonte de custeio.

A Seguridade Social é um exemplo esclarecedor, tendo em vista, por exemplo, diversas decisões que concedem medicamentos ou ainda pagamento de benefícios previdenciários em condições mais vantajosas àquelas previstas em regras constitucionais ou infraconstitucionais. Conforme esclarece Zelia Luiza Pierdoná: “as decisões generosas são justificadas (apenas) na finalidade “social” do direito social. Assim, a proteção individual é garantida, muitas vezes em detrimento de toda coletividade” (PIERDONÁ, 2012, pp.330-351). Assim, apesar da importância de se discutir de maneira séria a efetivação dos direitos sociais, estes não podem perder sua essência, devendo sua implementação estar inserida em um debate amplo de toda a sociedade, por meio de políticas públicas, inclusive controladas pelo Judiciário. O que não se pode admitir, no entanto, é o governo incondicional dos juízes.

Mais ainda, devemos nos lembrar que o esquecido princípio do custeio prévio norteia a concessão de benefícios no seio da Seguridade Social, razão pela qual nos parece de extrema importância o debate sobre os efeitos do ativismo judicial para a concessão individual de benefícios, muitas vezes em detrimento da existência de previsão orçamentária prévia. Não há que se negar que o neoconstitucionalismo trouxe perspectivas hermenêuticas novas dando aos direitos fundamentais um arcabouço teórico e prático nunca antes alcançado. Porém, não pode representar uma sociedade descontrolada, desvinculada de regras claras, às quais a sociedade se pautará. Do mesmo modo, a implementação dos direitos sociais fundamentais se pauta na coletividade, em sua pluralidade e conflito. Por meio da participação de amplos setores da sociedade, preferencialmente em decorrência da democracia participativa.

## 5. A concessão do Benefício de Prestação Continuada: polêmica em relação ao critério para aferição da miserabilidade

A LOAS estabeleceu os critérios para a concessão do benefício de prestação continuada, que já havia sido previsto de forma genérica pela constituição. Segundo a LOAS, o benefício seria devido a idoso ou a pessoa com deficiência que não possua meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

Ademais, nos termos do § 3º, artigo 20, da LOAS, considera-se incapaz de prover a manutenção de pessoa idosa ou com deficiência, a família cuja renda per capita seja inferior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo. Diante desta definição legal, muita polêmica foi criada em torno da postura ativista do judiciário diante dos critérios legais para sua concessão. Basicamente o ativismo se evidenciou em relação (i) a definição de pessoa idosa; (ii) aos critérios para definição da incapacidade da pessoa com definição e (iii) a critérios de definição de miserabilidade diferenciados daqueles definidos pelo § 3º, artigo 20, da LOAS. Para efeitos deste trabalho, apenas analisaremos este último caso.

O critério de miserabilidade foi contestado inicialmente como não taxativo, sendo objeto de diversas decisões. Diante disto foi editada a Súmula 11 da Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais. Segundo referida Súmula:

“A renda mensal per capita familiar superior a  $\frac{1}{4}$  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”.

Referida Súmula, no entanto, foi cancelada em 24 de abril de 2006. Anteriormente, este critério do § 3º, artigo 20, da LOAS já teve sua constitucionalidade contestada por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade de iniciativa do Procurador Geral da República, sob a alegação que a disposição da norma legal restringiria de maneira indevida o direito constitucional ao benefício assistencial. Em decisão do STF, a ação foi julgada improcedente, tendo em vista que caberia a lei estabelecer referido critério, não havendo impedimento ou óbice para o exercício do direito constitucional. Tal questão restou ementada da seguinte forma:

“Ementa: Constitucional. Impugna dispositivo de lei federal que estabelece o critério para receber o benefício do inciso v do art. 203, da CF. Inexiste a restrição alegada em face ao próprio dispositivo constitucional que reporta à lei para fixar os critérios de garantia do benefício de salário mínimo à pessoa portadora de deficiência física e ao idoso. Esta lei traz hipótese objetiva de prestação assistencial do Estado. Ação julgada improcedente.”

Interessante notar que no presente caso, o ministro relator Ilmar Galvão entendeu que a regra do § 3º, artigo 20, da LOAS não seria absoluta permitindo interpretá-la consoante o caso concreto. Segundo tal interpretação, de fato não haveria inconstitucionalidade da regra por prever uma presunção absoluta. No entanto, poderiam existir outras situações de miserabilidade ainda que não incluídas em critérios distintos daquela prevista pela LOAS. Segundo o acórdão:

“A questão que resta é saber se com a hipótese prevista pela norma é a única suscetível de caracterizar a situação de incapacidade econômica da família do portador de deficiência ou do idoso inválido. Revelando-se manifesta a impossibilidade da resposta positiva, que afastaria grande parte dos destinatários do benefício assistencial previsto na Constituição, outra alternativa não resta senão emprestar ao texto impugnado interpretação segundo a qual não limita ele os meios de prova da condição de miserabilidade da família do necessitado deficiente ou idoso.

Prevaleceu, porém, o entendimento do ministro Nelson Jobim no sentido de que “compete à lei dispor a forma de comprovação. Se a lei resolver criar outros mecanismos de comprovação, é problema da própria lei.”

A despeito da interpretação do Supremo Tribunal Federal, a questão não encontrava-se pacífica na jurisprudência pátria. Diversos eram os julgados, inclusive do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais. Neste sentido, podemos citar:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. LOAS. ASSISTÊNCIA SOCIAL. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. AFERIÇÃO DA CONDIÇÃO ECONÔMICA POR OUTROS MEIOS LEGÍTIMOS. VIABILIDADE. PRECEDENTES. PROVA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 7/STJ. INCIDÊNCIA. REPERCUSSÃO GERAL. RECONHECIMENTO. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SOBRESTAMENTO. NÃO APLICAÇÃO.

1. Este Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que o critério de aferição da renda mensal previsto no § 3.º do art. 20 da Lei n.º 8.742/93 deverá ser observado como um mínimo, não excluindo a possibilidade de o julgador, ao analisar o caso concreto, lançar mão de outros elementos probatórios que afirmem a condição de miserabilidade da parte e de sua família.

2. “A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo.” (REsp 1.112.557/MG, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 20/11/2009).

3. Assentando a Corte Regional estarem demonstrados os requisitos à concessão do benefício assistencial, verificar se a renda mensal da família supera ou não um quarto de um salário-mínimo encontra óbice no Enunciado n.º 7 da Súmula da Jurisprudência deste Tribunal.
4. O reconhecimento de repercussão geral pelo colendo Supremo Tribunal Federal, com fulcro no art. 543-B do CPC, não tem o condão de sobrestar o julgamento dos recursos especiais em tramitação nesta Corte.
5. Agravo regimental a que se nega provimento.  
(AgRg no REsp 1267161/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 28/09/2011)

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE PROVER A SUA PRÓPRIA MANUTENÇÃO OU TÊ-LA PROVIDA POR SUA FAMÍLIA. HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA. CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE. LEIS Nº 9.533/97 E 10.689/2003. CRITÉRIO MAIS VANTAJOSO. PROVA TESTEMUNHAL. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. AGRAVO PROVIDO.

[...]

3. As Leis nº 9.533/97 e nº 10.689/2003, cujos beneficiários devem possuir renda mensal familiar inferior a ½ salário mínimo, estabeleceram critério mais vantajoso para análise objetiva da miserabilidade.

4. Deve ser estabelecido igual tratamento jurídico no que concerne à verificação da miserabilidade, a fim de se evitar distorções que conduzam a situações desprovidas de razoabilidade. Assim, deve ser considerada incapaz de prover a manutenção de pessoa portadora de deficiência ou idosa à família cuja renda mensal per capita seja inferior a ½ salário mínimo.

5. A renda per capita do núcleo familiar da agravante se situa em patamar de ½ salário mínimo, ao se levar em consideração o benefício previdenciário auferido pelo esposo dela, circunstância que, por si só, não afasta a pertinência da fruição do benefício.

6. [...]

7. Agravo a que se dá provimento para determinar o prosseguimento do feito com a produção da prova testemunhal.

(AG 0004162-68.2003.4.01.0000/MG, Rel. Desembargador Federal Francisco De Assis Betti, Segunda Turma, e-DJF1 p.1383 de 07/10/2010)

Diante da divergência jurisprudencial e até da alteração da composição do Supremo Tribunal Federal, uma vez que o julgamento da ADI 1232/DF ocorrera em 1998, o STF declarou a repercussão geral da questão no Recurso Extraordinário 567.985/MT. Em seu voto, o relator ministro Marco Aurélio, negou provimento ao recurso do INSS. “Destacou dentre outros pontos que o benefício previsto no art. 203, V, da CF, seria especialização dos princípios maiores da solidariedade social e da erradicação da pobreza, versados no art. 3º, I e III, da CF. Ademais, concretizaria a assistência aos desamparados, estampada no art. 6º, caput, do mesmo diploma”.

No mesmo sentido, o ministro Gilmar Mendes, relator de outro recurso similar (RE 590963/PR), na mesma oportunidade entendeu pela existência de “esvaziamento da decisão tomada na ADI 1232/DF, especialmente por verificar que inúmeras reclamações ajuizadas teriam sido indeferidas a partir de circunstâncias específicas. Chamou atenção para possibilidade de inconstitucionalização do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93...” “Assinalou que a jurisprudência atual superaria, em diversos aspectos, os entendimentos naquela época adotados...”

Em 18 de abril de 2013, o plenário do STF finalmente confirmou por maioria de votos a inconstitucionalidade do §3º, do artigo 20, da LOAS.

No entanto, a recente decisão da Corte Suprema abre amplo espaço para o ativismo judicial, sendo criticável para parte da doutrina. Carlos Gustavo Moimaz Marques sugere a análise dos princípios da seguridade em face do caráter coletivo e isonômico dos direitos sociais para entender a problemática. Segundo o autor:

“Nunca é demais observar que os direitos sociais remetem a um conceito de liberdade configurado a partir da igualdade. Quebrar o espírito isonômico é quebrar toda sistemática defendida pelo sistema de seguridade social. E não é só: adotando esta postura o intérprete/aplicador trasmuda-se dessa função para a de legislador. Assim, seguindo este caminho, acaba-se majorando ou estendendo o benefício assistencial sem a correspondente fonte de custeio...” (MARQUES, 2009, p.125-126)

Ora, conforme vimos, em que pese de aplicação e efetivação dos direitos sociais previstos na Constituição, nos parece bastante temerosa a postura do poder judiciário no caso concreto, com inclusive a possibilidade de chancela da mais alta corte do País. Ao se buscar a aplicação exclusiva de alguns princípios constitucionais, notadamente o da dignidade da pessoa humana, em detrimento do próprio sistema de seguridade social, corre-se o risco de uma interpretação individualista em oposição à lógica do sistema previsto constitucionalmente. Mais ainda. A necessária segurança jurídica resta inelutavelmente abalada, passando a perigosa mensagem ao cidadão de alto grau de imprevisibilidade das decisões judiciais, em clara afronta à isonomia inerente ao Estado Democrático de Direito.

## **6. Considerações finais**

Conforme acima exposto, a Assistência Social encontra-se integrada como subsistema da seguridade social, razão pela qual obedece aos seus princípios específicos, que deverão juntamente com os princípios gerais constitucionais nortear a ação do intérprete/aplicador do direito. Referidos princípios evidenciam o caráter coletivo e isonômico dos direitos sociais previstos constitucionalmente e

a necessidade de adequação de sua implementação de forma seletiva e consoante a necessidade de custeio prévio. Esta última regra nada mais é do que a materialização do reconhecimento da escassez do orçamento público.

Diante deste cenário, em que pesem os avanços na hermenêutica constitucional esboçados pelo neoconstitucionalismo, entendemos que a excessiva judicialização da política e o ativismo judicial podem representar um risco para a separação de poderes, na medida em que o Poder Judiciário passará a exercer o papel de individualmente afastar a aplicação de regra de política pública estabelecida pelo legislador infraconstitucional e/ou pelo Poder Executivo.

## 7. Referências Bibliográficas

AVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”**. Revista Eletônica de Direito Público, nº 17, Janeiro/fevereiro/março 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/neoconstitucionalismo-entre-a-ciencia-do-direito-e-o-direito-da-ciencia>, acesso em 31 de outubro de 2012.

BALERA, Wágener. **Sistema de Seguridade Social**, São Paulo: LTr, 2012, 6ª edição, 212p.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em : [http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf). Acesso em 30/10/2012.

BERCOVICI, Gilberto. **“Constituição Econômica e Dignidade da Pessoa Humana”**, in Revista da Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, v. 102, 2007, p. 467.

\_\_\_\_\_, MASSONETTO, Luis. Fernando. **“A Constituição Dirigente Invertida: A blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica”**, Boletim de Ciências Econômicas, vol. XLIX, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2006, pp. 57-77.

BICCA, Carolina Scherer. **O “ativismo judicial” no Controle das Políticas Públicas: O Caso da Assistência Social no Brasil**, dissertação de mestrado, Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP), Brasília, 2011, p.172.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Em busca de um conceito fugidio- o ativismo judicial”, in FELLETT, André Luiz Fernandes; GIOTTI DE PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo (org), **As Novas Faces do Ativismo Judicial**, Editora JusPodivm, 2011, p.394.

CARDOSO, Luzia Magalhães et al., **Proteção Social No Brasil: O impasse entre a garantia de direitos e a visão de benefícios**. Revista Augustus, Rio de Janeiro, v. 1, p. 24, 2007

FRANCISCO, Jose Carlos. “(Neo) Constitucionalismo na Pós-modernidade. Princípios Fundamentais e Justiça no caso concreto”, in FRANCISCO, José Carlos (org). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p.47-88.

MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. **O benefício assistencial de prestação continuada: reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à seguridade social**. São Paulo: LTr, 2009, 141p.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**. Curitiba: Juruá, 2012.



OLIVEIRA, Christiana D'arc Damasceno Oliveira. **O direito do Trabalho Contemporâneo. Efetividade dos Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana no Mundo do Trabalho**, São Paulo: Ltr, 2010, pp 371-380.

PANCOTTI, Luiz Gustavo Boiam. **Conflitos de Princípios constitucionais na tutela de benefícios previdenciários**. São Paulo: Ltr, 2009, p.189.

PIERDONÁ, Zelia Luiza Pierdoná. **Contribuições para a Seguridade Social**, São Paulo: LTr, 2003, p.112.

\_\_\_\_\_. **A Proteção Social na Constituição de 1988**. Revista Internacional de Direito e Cidadania, v. 1, n. 1, Junho 2008, São Paulo: Habilis, 2008, p. 237-254. Disponível em [http://www.reid.org.br/arquivos/00000028-001\\_Zelia.pdf](http://www.reid.org.br/arquivos/00000028-001_Zelia.pdf), acesso em 6 de novembro de 2012..

\_\_\_\_\_. “Os princípios constitucionais de Seguridade Social como limitadores do ativismo judicial na proteção social”, in FRANCISCO, José Carlos (org). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p.327-354.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Marisa Ferreira. **O princípio da seletividade das prestações de seguridade social**, São Paulo, Ltr, 2004, p.321.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 11ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 504p.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades, in FELLETT, André Luiz Fernandes; GIOTTI DE PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo (org), **As Novas Faces do Ativismo Judicial**, Editora JusPodivm, 2011, p.73-114.

SPLICIDO, Christiane. **A Assistência social e o ativismo judicial na perspectiva da dignidade humana**. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/8333/8448>, Acesso em 8 de novembro de 2012.

---

**Ricardo de Paula Alves**  
alvesricardo@hotmail.com

Advogado. Mestre em Direito Social pela Universidade de Paris-X, Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.