

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

LUIZ FERNANDO MOLAN GABAN

Benefício de prestação continuada: a aplicação do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003, como parâmetro complementar do critério da renda *per capita* e os caminhos para um novo critério econômico

Ribeirão Preto

2016

LUIZ FERNANDO MOLAN GABAN

Benefício de prestação continuada: a aplicação do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003, como parâmetro complementar do critério da renda *per capita* e os caminhos para um novo critério econômico

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências (Versão Corrigida. A original encontra-se disponível no Serviço de Pós-Graduação da FDRP/USP.).

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Orientador: Prof. Dr. Benedito Cerezzo Pereira Filho

Ribeirão Preto

2016

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

G112b Gaban, Luiz Fernando Molan
Benefício de prestação continuada: a aplicação do artigo 34, parágrafo único, da lei 10.741/2003, como parâmetro complementar do critério da renda per capita e os caminhos para um novo critério econômico / Luiz Fernando Molan Gaban; orientador Benedito Cerezzo Pereira Filho. -- Ribeirão Preto, 2016.
191 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2016.

1. DIREITOS SOCIAIS. 2. BENEFICIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. 3. CRITÉRIO DA RENDA PER CAPITA. I. Pereira Filho, Benedito Cerezzo, orient. II. Título

Nome: GABAN, Luiz Fernando Molan

Título: Benefício de prestação continuada: a aplicação do artigo 34, parágrafo único, da lei 10.741/2003, como parâmetro complementar do critério da renda *per capita* e os caminhos para um novo critério econômico

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestres em Ciências.

Aprovado em: ___/___/_____

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Dedico este trabalho a minha esposa,
Fabiane, e ao meu filho, Lucas.

From life's first cry to final breath,
Jesus commands my destiny
(Do hino: In Christ Alone)

RESUMO

GABAN, L. F. M. **Benefício de prestação continuada:** a aplicação do artigo 34, parágrafo único, da lei 10.741/2003, como parâmetro complementar do critério da renda *per capita* e os caminhos para um novo critério econômico. 2016. 191 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2016.

Esta dissertação trata da regulamentação legal insuficiente do direito social fundamental ao benefício de prestação continuada – BPC (artigo 203, V, da Constituição Federal de 1988), estampada na regra do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93 (critério da renda *per capita* familiar ou critério econômico de concessão). Estuda a viabilidade, sob o aspecto jurídico, da aplicação da regra do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, como parâmetro objetivo complementar e propõe a extensão possível de aplicação desse dispositivo legal. Indica, também, considerando como necessário o diálogo do direito com outros ramos científicos, alguns caminhos possíveis para futuros estudos que tenham como objeto a atividade de criação de um novo critério de concessão do BPC. O presente estudo se desenvolveu, preponderantemente, mediante exame bibliográfico, com prevalência do raciocínio dedutivo. Compreendeu, também, análise de decisões judiciais, a qual foi enquadrada como qualitativa documental (tida como modalidade metodologicamente mais flexível de pesquisa empírica). Partiu-se de uma abordagem metodológica que compreende a dogmática jurídica como constituída por três dimensões: analítica, empírica e normativa.

Palavras-chave: Benefício constitucional de prestação continuada; regulamentação legal deficitária; critério da renda *per capita*; artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03; caminhos para elaboração de novos critérios.

ABSTRACT

GABAN, L. F. M. **Benefit (Aid) of continued support:** the application of Article 34, sole paragraph, of Law 10,741/2003, as a complementary parameter of the *per capita* income standard and the paths towards a new economic criteria. 2016. 192 p. Thesis (Master in Law) – Faculty of Law of Ribeirão Preto, São Paulo University, Ribeirão Preto, 2016.

This thesis discusses the insufficient legal regulation in the context of the fundamental social right to the benefit of continued support – CBC (Article 203, V, of the Federal Constitution of 1988), set forth in the rule provided by Article 20, §3º, of Law 8,742/93 (*per capita* income standard or economic criteria of concession). It also seeks to study the legal aspects related to the viability of the application of the rule set forth in Article 34, sole paragraph, of Law 10,741/03, as a complementary objective parameter, as well as proposes a possible extension of the enforcement of such legal provision. In addition, and considering as necessary the dialog between law and the other scientific fields, it also indicates possible paths for future studies that target the creation of a new concession criteria for the CBC. The study was developed based on the review of bibliographic material, with prevalence of the deductive reasoning. It also comprehends the review of court precedents, which were classified as documental qualitative (considered as a more flexible methodological modality of empirical research). The methodological approach used comprehends the legal dogmatic as formed by three dimensions: analytical, empirical and normative.

Key-words: Constitutional benefit or aid of continued support; insufficient legal regulation; per capita income standard; Article 34, sole paragraph, of Law 10,741/03; paths towards new criteria.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
1.2	CONSIDERAÇÕES SOBRE OS MODELOS TEÓRICOS ADOTADOS	12
1.2.1	A força normativa da Constituição	13
1.2.2	Breve contextualização histórica	16
1.3	MÉTODO	21
1.3.1	Abordagem metodológica e desenvolvimento do trabalho	22
2	ABORDAGEM CONSTITUCIONAL DO DIREITO AO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA PELOS MODELOS TEÓRICOS DE VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA E ROBERT ALEXY	27
2.1	A TEORIA DOS PRINCÍPIOS	28
2.1.1	Regras e princípios	29
2.1.2	Conflito entre regras	30
2.1.3	Colisão entre princípios	31
2.1.4	Colisão entre regras e princípios	32
2.1.5	Síntese e esclarecimentos sobre a posição adotada acerca de regras e princípios	36
2.1.5.1	<i>Sobre as críticas ao sopesamento: racionalidade e segurança jurídica</i>	39
2.2	A ESTRUTURA DA NORMA PREVISTA NO INCISO V DO ARTIGO 203 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	42
2.3	SUPORTE FÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS, CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	43
2.3.1	Suporte fático dos direitos fundamentais: liberdades públicas negativas e direitos sociais	44
2.3.1.1	<i>Suporte fático amplo e suporte fático restrito</i>	48

2.3.2	Restrições a direitos fundamentais	52
2.3.2.1	<i>Restrições por meio de regras e restrições baseadas em princípios</i>	54
2.3.2.2	<i>A regra da proporcionalidade</i>	55
2.3.3	Conteúdo essencial relativo dos direitos fundamentais	58
2.3.4	Eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais	60
3	A REGULAMENTAÇÃO LEGAL INSUFICIENTE DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA	65
3.1	REGRAS PARA CONCESSÃO DO BPC.....	66
3.2	BREVE EXPOSIÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS QUE DEFINEM A GESTÃO DO BPC E AS INSTITUIÇÕES RESPONSÁVEIS PELA SUA OPERACIONALIZAÇÃO.....	76
3.3	A REGULAMENTAÇÃO LEGAL INSUFICIENTE DO BPC VISTA PELA ATIVIDADE DO PODER JUDICIÁRIO.....	79
3.3.1	O tratamento dispensado pelo STF	83
3.3.1.1	<i>Ação Direta de Inconstitucionalidade 1232</i>	84
3.3.1.2	<i>Hipóteses submetidas à apreciação na Reclamação 4374</i>	85
3.3.1.3	<i>Hipóteses submetidas à apreciação no Recurso Extraordinário 567.985</i>	86
3.3.1.4	<i>Hipóteses submetidas à apreciação no Recurso Extraordinário 580.963</i>	87
3.3.1.5	<i>O julgamento da Reclamação 4374 e dos Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963</i>	88
3.3.1.5.1	<i>Recurso Extraordinário 567.985. Voto do relator, ministro Marco Aurélio</i>	89
3.3.1.5.2	<i>Reclamação 4374 e Recurso Extraordinário 580.963. Votos do relator, ministro Gilmar Mendes</i>	93
3.3.1.5.3	<i>Voto divergente do ministro Teori Zavascki no Recurso Extraordinário 567.985</i>	100
3.3.1.5.4	<i>O resultado do julgamento da Reclamação 4374 e dos Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963</i>	102

3.3.1.6	<i>O que se pode extrair do posicionamento do STF</i>	106
3.3.1.6.1	<i>Vigência dos artigos 20, §3º, da Lei 8.742/93 e do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03</i>	107
3.3.1.6.2	<i>O BPC como um direito fundamental para o STF</i>	108
3.3.1.6.3	<i>A insuficiência do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93 e a criação judicial da regra que que excepciona o limite de ¼ do salário mínimo (regra limitadora prevista na LOAS)</i>	110
3.3.1.6.4	<i>A atual importância do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, no cenário de regulamentação legal insuficiente do BPC</i>	112
3.3.1.6.5	<i>O custo do BPC para o STF</i>	114
3.3.2	O tratamento dispensado pelo STJ	119
3.3.2.1	<i>Hipóteses submetidas à apreciação no Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.112.557/MG, voto do relator e resultado do julgamento</i>	120
3.3.2.2	<i>Hipóteses submetidas à apreciação na Petição 7.203/PE, voto da relatora e resultado do julgamento</i>	122
3.3.2.3	<i>O que se pode extrair do posicionamento do STJ</i>	124
3.3.2.3.1	<i>A atualidade dos entendimentos firmados no Recurso Especial 1.112.557 e na Petição 7.203, o BPC como um direito fundamental, a insuficiência do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93 e a criação judicial da regra que que excepciona o limite de ¼ do salário mínimo (regra limitadora prevista na LOAS)</i>	124
3.3.2.3.2	<i>A criação da regra judicial que amplia o alcance do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03 e a atual importância desse dispositivo legal</i>	126
3.3.2.3.3	<i>O custo do BPC para o STJ e as razões de decidir da Petição 7.203</i>	127
3.4	BREVE EXAME DAS ATIVIDADES DO PODER LEGISLATIVO E DO PODER EXECUTIVO NA REGULAMENTAÇÃO DO BPC.....	128
3.5	OMISSÃO LEGISLATIVA NA REGULAMENTAÇÃO DO BPC: O PAPEL DAS REGRAS JUDICIALMENTE CRIADAS E AS CONSEQUÊNCIAS DE SEU RECONHECIMENTO.....	138
3.5.1	A possibilidade de se utilizar o artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03 como parâmetro objetivo complementar	142

4	EFETIVIDADE DO BPC: DA VEICULAÇÃO PRIORITÁRIA AO CUSTO.....	145
4.1	O BPC COMO UM DIREITO HUMANO: O CONSENSO INTERNACIONAL ACERCA DOS VALORES PROTEGIDOS	146
4.2	O BPC E O MÍNIMO EXISTENCIAL: O CONSENSO INTERNO ACERCA DOS VALORES PROTEGIDOS	150
4.3	O BPC E O CUSTO DOS DIREITOS	157
4.3.1	Situando a abordagem sobre o custo	158
4.3.2	O incômodo custo dos direitos e o diálogo constitucional entre os poderes constituídos: necessária busca por clareza e transparência na argumentação	163
5	CONCLUSÃO: A EXTENSÃO DO ARTIGO 34, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 10.741/03, COMO PARÂMETRO OBJETIVO COMPLEMENTAR AO CRITÉRIO DA RENDA <i>PER CAPITA</i> E ALGUNS CAMINHOS PARA FUTUROS ESTUDOS QUE SE DEDIQUEM À CRIAÇÃO DE UM NOVO CRITÉRIO.....	169
	REFERÊNCIAS	183

INTRODUÇÃO

O artigo 203, V, da Constituição Federal de 1988 – CF/88¹, que dispõe sobre o direito do idoso e 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 - BPC), prevê um direito humano, fundamental e social, voltado a garantir condições existenciais mínimas à classe de desamparados que tutela.

Afirma-se que esse direito está radicado na dignidade da pessoa humana, princípio fundamento do Estado Democrático do Direito (artigo 1º, III, da CF/88) e intimamente relacionado aos objetivos da República Federativa do Brasil, máxime aos de construir uma sociedade livre, justa e igualitária e de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, I e III, da CF/88).

O artigo 203, V, da CF/88, foi regulamentado pela Lei 8.742/93 (Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS) e, posteriormente, pela Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso). A Lei 8.742/93, em seu artigo 20, § 3º², 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. Ao seu turno, a Lei 10.741/03, no artigo 34⁴, parágrafo único, dispôs 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 BPC já recebido por idoso membro da família de outro idoso requerente.

Desde que passaram a existir no mundo jurídico, ambos os dispositivos têm sido intensamente discutidos no Poder Judiciário, que se revelou arena dinâmica de luta para uma veiculação efetiva do BPC. Em verdade, já em momento anterior, o Judiciário atuara ativamente

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, § 3º: 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, § 1º, 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.

no sentido de ver regulamentado o texto constitucional e, por conseguinte, implementado o benefício.

Em linhas bem gerais, o artigo 20, § 3º da Lei 8.742/93 atraiu sobre si questionamentos sobre a insuficiência na regulamentação do referido direito, 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 artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, agregou-se à discussão existente para servir de fundamento a teses destinadas a ampliar, em última análise, o valor do limite *per capita*.

As crescentes demandas ecoaram nas cortes de cúpula brasileiras. No Superior Tribunal de Justiça – STJ e no Supremo Tribunal Federal – STF, selecionaram-se ações que foram julgadas pelas sistemáticas dos artigos 543-B⁵ e 543-C⁶, ambos do Código de Processo Civil de 1973 – CPC. No STJ, ainda, julgou-se incidente de uniformização de jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, reconhecido nos termos do artigo 14, §4º, da Lei 10.259/01⁷. Tais fatos, ao mesmo tempo, atestam a relevância do tema no Judiciário brasileiro e tornam evidente a necessidade de pesquisá-lo.

Com efeito, o STF, em 18/04/2013, por maioria, revendo a decisão proferida na ADI 1232 (julgada em 27 de agosto de 1998), entendeu que os artigos 20, § 3º, da Lei 8.742/93, e 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, 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” (Reclamação 4734 e Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963).

O resultado desse conturbado julgamento foi a manutenção da vigência dos dispositivos legais julgados inconstitucionais, porque, para o que importa adiantar a título introdutório, os expurgar do ordenamento jurídico implicaria prejuízo muito maior do que o verificado na inconstitucional omissão (ou regulação insuficiente de comando constitucional). Ao Legislativo, portanto, foi enviado o recado de readequar os critérios de concessão do benefício mediante a edição de novas leis que viessem substituir, no ponto, as já existentes.

⁵Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

⁶Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

⁷Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei. (...) § 4º Quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça - STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência.

Anteriormente ao julgamento do STF, a jurisprudência do STJ estabeleceu-se majoritariamente em dois pontos: O primeiro deles no sentido de que a renda *per capita* limite prevista no artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/93, não é critério exclusivo para demonstração do estado de miserabilidade, de forma que se admitem, para tanto, nos casos concretos, outros meios de prova (Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.112.557/MG, julgado em 28/10/2009). O segundo consistiu em adotar a interpretação do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, que admite a exclusão, no cálculo da renda *per capita*, de benefício previdenciário de aposentadoria equivalente a um salário mínimo percebido por idoso que integre o núcleo familiar de outro idoso que postule o BPC (Petição 7.203/PE, Incidente de Uniformização de Jurisprudência, julgado em 10/08/2011).

Esses julgados do STF e do STJ, dos quais se ocupará o capítulo 3 do presente estudo, dentre outras coisas permitem comprovar que há um reconhecimento pelo Judiciário (não só nas cortes de cúpula, mas, principalmente, nas instâncias inferiores) acerca da regulamentação legal insuficiente de um direito fundamental social de inquestionável importância para o Estado Democrático de Direito Brasileiro. Todavia, não há ainda uma orientação sólida sobre qual critério se prestaria a pautar, suficientemente e de maneira objetiva, a constatação da falta de condições da família para prover o sustento do idoso ou da pessoa com deficiência, ou, ainda, sobre qual seria um critério de concessão adequado para, em lugar do atual critério da renda *per capita*, operacionalizar-se o BPC.

Contribuições teóricas específicas foram direcionadas à problemática do critério *per capita*. Entendimentos no sentido de ser superável a regra do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, e, portanto, possível a comprovação de pobreza judicialmente por outras formas de prova, foram construídos com base no princípio da dignidade da pessoa humana como cânone hermenêutico (RAMMÊ, 2012, p. 27-49), na aplicação da teoria da argumentação Klaus Günther (BOM FILHO; 2012, p. 147-173), da teoria estruturante de Friedrich Müller (CADEMAROTI, SANTOS, 2012, p. 107-122), da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, com destaque para a concepção de igualdade que dela decorre (BAGGENSTOS, DUARTE, 2012, p. 87-105) e da teoria de Ronald Dworkin, com exploração do enfoque da igualdade como exigência de se tratar todos com igual consideração e respeito, bem como do conceito de integridade (BENITEZ, STRINGARI, 2012, p. 123-145). Voz dissonante se ergueu pela impossibilidade de superação do referido critério legal, por meio de uma leitura da teoria garantista de Ferrajoli, inserta em uma visão mais rígida de separação dos poderes (BORTOLI, 2012, p. 51-86).

O presente estudo vai além do questionamento sobre a possibilidade de se superar a regra do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93. Trabalhando a premissa de que essa regra representa uma regulamentação legal deficitária do artigo 203, V, da CF/88, ele se desenvolve, primeiramente, em torno da indagação sobre a possibilidade de se utilizar o artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, como parâmetro objetivo complementar ao critério da renda *per capita* e a responde afirmativamente. Após, o desenvolvimento direciona-se a resposta de um segundo questionamento, qual seja, acerca da extensão possível da utilização de dito parâmetro complementar, que constitui uma primeira parte da conclusão deste trabalho.

Longe de simplesmente reproduzir-se uma tese verificada no âmbito forense, neste estudo se buscou oferecer uma contribuição acadêmica adequada, do ponto de vista jurídico, a um problema atual que acomete a dogmática do direito ao BPC: há uma reconhecida regulamentação legal insuficiente deste direito fundamental, ao qual a Constituição atribui prioridade em termos de efetivação, porém, como dito acima, não há ainda uma orientação sólida acerca de um critério objetivo que, se não bastante a sanar, ao menos se preste a remediar essa lacuna legislativa, com os olhos atentos a uma maior previsibilidade na aplicação do direito.

Em um segundo momento, como resultado de seu desenvolvimento, este estudo indica alguns caminhos possíveis para futuros estudos que tenham como objetivo a atividade de criação de um novo critério econômico de concessão do BPC. Para tanto, considerada necessário o diálogo do direito com outros ramos científicos.

1.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS MODELOS TEÓRICOS ADOTADOS

O objeto do presente trabalho, a saber, a análise, para concessão do BPC, da possibilidade da utilização do artigo 34, parágrafo único, da Lei Federal 10.741/03, como um parâmetro objetivo e complementar ao parâmetro (renda *per capita*) fornecido pelo artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/93, bem como a busca por estabelecer as premissas iniciais para um estudo posterior sobre os caminhos para criação de um novo critério objetivo destinado a uma veiculação efetiva do direito estudado, requer a tomada de posições em algumas das inúmeras e infundáveis questões que permeiam as discussões travadas sobre os direitos fundamentais.

Para chegar ao objetivo pretendido, assim, mostrou-se imprescindível esclarecer a linha teórica a ser seguida em relação a construções como norma de direito fundamental, suporte fático, restrições e conteúdo essencial dos direitos fundamentais e eficácia das normas garantidoras de direitos fundamentais. Para essas questões, o modelo teórico adotado, sobre o

qual se alicerçará em boa parte a construção teórica proposta neste trabalho, será o proposto por Virgílio Afonso da Silva (2011a). Conjuntamente a este modelo, darão suporte ao que aqui será erigido a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy (2011).

Tratando-se de construção teórica partida de modelos teóricos previamente estabelecidos, as considerações que serão feitas sobre os modelos adotados se destinarão apenas a justificar a sua adoção ou a esclarecer algum ponto que seja relevante ao objeto proposto ou que facilite a compreensão. Adentrar as inúmeras discussões que circundam os modelos em si e as teorias que lhes serviram de suporte faria desviar, de maneira claramente prejudicial, o foco da pesquisa, tornando-a inexequível.

Assim sendo, o presente trabalho não se destina a uma análise crítica das teorias que compõem os modelos teóricos adotados para, ao final, dizer que elas são melhores ou mais adequadas que outras existentes e que com elas concorram. Ao contrário, ele parte do pressuposto que, embora passíveis de críticas e destituídas de um caráter absoluto que lhes recomende como “única solução para todos os males”, elas são suficientemente adequadas para embasar a construção teórica que se quer propor.

Contudo, a adoção de tais modelos reclama uma exposição prévia de uma ideia que lhes é pressuposta, qual seja, que uma constituição deve ser dotada de força normativa, e demanda também uma consideração de caráter histórico, mesmo que muito breve, do contexto que lhes antecedeu e no qual foram concebidas, no Brasil, algumas das teorias que lhes podem ser declaradamente incompatíveis.

1.2.1 A força normativa da Constituição

Para fornecer a noção do que aqui se entenderá por força normativa de uma constituição, no caso, da Constituição Federal Brasileira de 1988, será utilizada a clássica lição de Hesse (1991), exposta no trabalho apresentado em sua aula inaugural na Universidade de Freiburg, Alemanha, em 1959. Nele Hesse combateu a tese que Ferdinand Lassalle expôs, no dia 16 de abril de 1862, em uma conferência sobre a essência da Constituição, proferida em uma associação liberal-progressista de Berlim. Com pequenas variações, a tese de Lassalle exercia ainda influência no meio jurídico alemão. Segundo sua visão, questões constitucionais seriam políticas e não jurídicas. A Constituição de um país seria a denominada de Constituição real, que era expressada pelas relações de poder nele preponderantes⁸. A Constituição jurídica não

⁸ Para Lassalle, o poder militar, representado pelas Forças Armadas, o poder social, representado pelos latifundiários, o poder econômico, representado pela grande indústria e pelo grande capital e, por fim, ainda que

passaria de um mero pedaço de papel, cuja existência condicionava-se à sua compatibilidade com a Constituição real. Considerada em suas consequências, essa tese significava que a Constituição jurídica sucumbiria diuturnamente em face da Constituição real.

Sob esse pano de fundo, Hesse então buscou demonstrar que a Constituição jurídica contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado para, no final de sua exposição, discorrer sobre a relevância de sua tese para a ordem constitucional alemã então vigente.⁹ Evidentemente, fornecido o contexto para melhor compreensão da ideia – e sem perder de vista o objeto do presente trabalho –, interessará aqui o que da contribuição do autor transcendeu as especificidades como local e tempo da exposição e serviu de influência para se pensar o direito em terras brasileiras.

O ponto de partida de Hesse é a admissão do fato de que ordenação jurídica e realidade coexistem em um contexto inseparável e condicionam-se reciprocamente; nem uma, nem outra, devem ser consideradas, de forma radical, isoladamente. Nas palavras do autor: “Faz-se mister encontrar, portanto, um caminho entre o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, de um lado, e a normatividade despida de qualquer elemento da realidade, de outro.” (HESSE, 1991, p. 14).

A Constituição, para o autor, detém uma pretensão de eficácia, que significa que as situações por ela reguladas pretendem ser concretizadas na realidade. Essa pretensão, embora deva necessariamente levar em conta as condições históricas de sua realização – manifestadas pelas relações de interdependência de condições naturais, técnicas, econômicas e sociais –, bem como as concepções sociais concretas e os valores fundamentais para cada povo, é a eles autônoma e com eles não se confunde. Isso implica dizer que a Constituição não é apenas a expressão de um ser – reflexo das condições fáticas de sua vigência – mas também de um dever ser, pois, em virtude da pretensão de eficácia, procura imprimir ordem e conformação à realidade social e política. Nas palavras de Hesse:

Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas (HESSE, 1991, p. 15).

não equiparado ao significado dos outros, o poder intelectual, expressado pela consciência e pela cultura gerais (HESSE, 1991, p. 9). Hesse (1991, p. 10), no tempo de sua exposição, anota que o pensamento de Lassalle, embora permanecesse influente, apresentava-se de forma mais simplificada e imprecisa e nele já não eram considerados como fatores reais de poder a consciência e a cultura gerais.

⁹ Por exemplo, em conclusão de suas ideias, Hesse aponta como um fator negativo, a revelar uma antecipada capitulação do Direito Constitucional diante do poder dos fatos, não dispor a Lei Fundamental Alemã, na ocasião, de uma disciplina sobre o estado de necessidade.

A Constituição, portanto, segundo essa linha de pensamento, adquire força normativa na medida em que consegue realizar a pretensão de eficácia e só conseguirá realizá-la na medida em que não ignore por completo as condições históricas de sua realização e as condições sociais concretas e os valores considerados fundamentais para cada povo.

É certo que não há como reivindicar exatidão rígida nem consenso absoluto sobre o que, em uma sociedade, possam ser valores considerados fundamentais¹⁰, sendo aceitável que haja polêmica também sobre o que dela sejam “as condições sociais concretas”. Isso, contudo, não invalida a tese de Hesse, que nada mais quis mostrar, com tais assertivas, que a força normativa da Constituição encontra limites na realidade social em que está inserida, é dizer, que a despeito de possuir poder de conformar, ordenar e em dada medida, transformar a vida no Estado, não cria, a partir de si, pelo poder exclusivo de seu texto, uma nova sociedade. Como a intenção aqui é apenas fornecer a ideia pressuposta aos modelos teóricos que serão adotados nesse estudo, não convém alongar-se mais nesse ponto.

Prossegue Hesse mencionando que admitir a força normativa da Constituição implica compreendê-la (a Constituição jurídica) como força ativa, isso é, como capaz de impor tarefas e, efetivamente, realiza-las, cabendo identificar, para tanto, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, a vontade de concretizar a ordem que estabelece, o que denomina o autor “vontade de Constituição”.

Essa vontade da “vontade de Constituição” tem sua base na compreensão do valor e da necessidade de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme; de que essa ordem constituída é uma ordem que precisa estar em constante legitimação, pois não se resume à ordem legitimada pelos fatos e, por fim, de que essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana (ela adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade, sobretudo dos principais responsáveis pela ordem constitucional) (HESSE, 1991, p. 19-20).

Evidentemente, um olhar analítico, isto é, aquele voltado à análise, dentre outras coisas, de um conceito, exigiria maior aprofundamento sobre os elementos que integrariam a “vontade

¹⁰ Vide, por exemplo, as discussões travadas no âmbito da filosofia política, a exemplo do que se faz remissão a CAMPBELL, Tom D. *Justice as Fairness: Contractual Approach*. In: CAMPBELL, Tom D. **Justice (Issues in Political Theory)**, 3. ed. London: Palgrave Macmillan, 2010, p. 91-115 e a KYMLICKA, Will. A igualdade liberal. In: KYMLICKA, Will. **Filosofia Política Contemporânea**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 63-98. É possível, contudo, como se verá, no âmbito da dogmática jurídica, buscar extrair valores fundamentais a partir do texto constitucional positivo. Quais seriam eles e qual o peso que teriam em cada abordagem relativa aos direitos fundamentais, por exemplo, é algo que, a partir dos modelos adotados nesse estudo, deve ser resultado de uma argumentação jurídica racional.

de Constituição”, e, por conseguinte, um detalhamento mais preciso de seu significado. Nada obstante, acredita-se ter aqui o necessário¹¹ da exposição de Hesse para estabelecer o que se entende, no presente estudo, por uma constituição dotada de força normativa: é aquela capaz de conformar, ordenar e, em dada medida, transformar a realidade em que está inserida, embora o faça de forma limitada por estar condicionada aos elementos de fato dessa mesma realidade. É aquela que, mesmo ostentando essa característica, é capaz de estabelecer tarefas e fazê-las cumprir.

Como dito, entende-se que uma constituição dotada de força normativa é um pressuposto para leitura dos modelos teóricos ora adotados e, por conseguinte, para tornar possível a construção teórica que sobre eles se erigirá. E, nesse passo, parte-se da aceitação da premissa de que a atual Constituição brasileira possui, nesses moldes, força normativa, e que ela é o lugar imprescindível para uma efetiva discussão acerca do fortalecimento e da concretização de direitos fundamentais sociais.

1.2.2 Breve contextualização histórica

Dizer que a Constituição de 1988 é dotada de força normativa tornam necessárias algumas notas de caráter histórico para situar os modelos teóricos utilizados. O modelo proposto por Silva, V. (2011a), e a possibilidade de utilização do de Alexy (2011), são evidências de um momento mais recente no debate travado, no Brasil, no âmbito da dogmática¹² dos direitos fundamentais, no qual se conta com uma aceitação mais ampla, seja na atividade doutrinária, seja na prática dos tribunais - sobretudo de nossa Corte Constitucional e de nossos tribunais

¹¹ Hesse trabalha ainda, de forma resumida, com o que denomina pressupostos que permitem à Constituição desenvolver de forma ótima sua força normativa, os quais se relacionariam tanto com o conteúdo de uma constituição como com a prática constitucional. No que diz respeito à prática constitucional, o autor menciona possuir a interpretação um significado decisivo para consolidação e preservação da força normativa da constituição (HESSE, 1991, p. 25). Sobre esses pressupostos não se tratará aqui. Contudo, deixa-se claro que, nada obstante ocupe, sob a ótica dos modelos teóricos adotados, a interpretação das normas constitucionais um papel fundamental no presente trabalho, haverá um distanciamento, nesse ponto, do que defende Hesse – ao menos quanto ao desenvolvimento mais detalhado que o autor faz da ideia em outra publicação (Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, 1998). Isso porque Hesse concebe a interpretação constitucional admitindo como válido o conceito de norma previsto na teoria Friedrich Müller. Além de ser um crítico declarado ao método do sopesamento, utilizado nas teorias de Alexy (2011) e de Silva, V. (2011a), Müller enquadra-se, segundo Silva, V. (2011a, p. 82-89), entre os autores que, à proteção dos direitos fundamentais, comungam da aceitação de um suporte fático restrito. Como se verá no capítulo 2, tais posicionamentos são antagônicos aos tomados no presente estudo, que aceita um suporte fático amplo dos direitos fundamentais e perfilha-se à teoria externa. O reconhecimento desse antagonismo, neste trabalho, é resultado de uma mudança do posicionamento teórico adotado em monografia de conclusão de curso.

¹² Sobre o conceito de dogmática jurídica adotado neste trabalho, conferir 1.3.

superiores –, da ideia de que as normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia.

Para projetar a figura que se quer formar, serão utilizadas, preponderantemente, considerações iniciais contidas em dois trabalhos: o de Silva, V. (2011a), “Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia¹³”, e de Ana Paula de Barcellos (2011), “A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana”. Serão utilizadas, também, as considerações finais de José Afonso da Silva (2012), na edição atual do célebre estudo “A aplicabilidade das normas constitucionais”.

Parte-se do trabalho de Silva, V. (2011a), pelo qual o autor obteve em 2006, por concurso, a titularidade da cátedra de Direito Constitucional e Direitos Fundamentais da Universidade de São Paulo-USP. Há, no primeiro capítulo, destinado à introdução, um tópico denominado “*Esclarecimento quase desnecessário*” (SILVA, V., 2011a, p. 28-30), no qual o autor explicita que colocar em questão ou tentar superar uma tese não significa qualquer desrespeito à tese que se procura questionar ou superar. Explica que, no mais das vezes, ocorre o contrário, uma vez que a própria existência de uma teoria cria as condições para futuros desenvolvimentos, questionamentos ou tentativas de superação.

Para ilustrar o que quis dizer, menciona ainda dois exemplos: uma famosa frase utilizada por Isaac Newton: “[...] *enxergar mais longe só é possível quando se pode estar nos ombros de gigantes.*”¹⁴. (SILVA, V., 2011a, p. 29), assim como, a título de um exemplo contemporâneo, a relação entre H. L. A. Hart e Ronald Dworkin. Sucessor de Hart em cátedra da Universidade

¹³ Como dito no tópico anterior 1.2, é o que foi adotado como modelo de análise preponderante neste estudo.

¹⁴ Esclareceu Silva, V., (2011a, p. 29) em nota de rodapé, fornecendo o contexto de utilização e valendo-se de citações textuais, que, embora Newton tenha usado essa expressão em carta endereçada a Robert Hooke, em 06.02.1676, essa ideia costuma a ser atribuída a John of Salisbury, em *The Metalogicon*, em 1159. A menção a Isaac Newton, contudo, talvez não causasse o efeito desejado se destinada a físicos. Stephen Hawking, físico contemporâneo que ocupou, por trinta anos, a cátedra de professor lucasiano da Universidade de Cambridge, a mesma ocupada no passado por Isaac Newton, o descreve como um homem não agradável e beligerante, mencionando alguns episódios de sua vida acadêmica. Um deles seria o embate travado com John Flamsteed, astrônomo real que fornecera muitos dados para a elaboração da obra “*Principia Mathematica*”, uma das mais influentes de Newton. Flamsteed, posteriormente, passou a negar informações que Newton lhe pedia. Segundo Hawking, Newton, então presidente da Royal Society, nomeou a si mesmo membro do corpo diretivo do Observatório Real e, então, tentou obrigar a publicação imediata de dados. Chegou a conseguir que o trabalho de Flamsteed fosse apreendido e preparado para publicação pelo inimigo mortal deste, Edmond Halley. Flamsteed levou os casos aos tribunais e obteve uma ordem judicial que proibia a distribuição do trabalho obtido por Newton, que, furioso, tentou apagar sistematicamente todas as referências a Flamsteed em edições posteriores dos “*Principia Mathematica*”. Outro episódio mencionado por Hawking (2015) foi a disputa travada entre Newton e o filósofo alemão Gottfried Leibniz. Ambos reivindicavam a criação do ramo da matemática denominado Cálculo e contavam, no meio acadêmico, com ferrenhos defensores. Embora, segundo Hawking, saiba-se ter Newton criado o Cálculo anos antes de Leibniz, ele publicou seu trabalho bem mais tarde. Newton, então, como estratégia para comprovar sua precedência a Leibniz, teria escrito artigos de próprio punho e mandado publicar em nome de amigos. Mais tarde, tendo Leibniz apelado à Royal Society para resolver a questão, Newton, como presidente, teria nomeado um comitê formado apenas por seus amigos e redigido e publicado, através da Royal Society, o relatório deste comitê, no qual Leibniz era oficialmente acusado de plágio (HAWKING, 2015).

de Oxford, Dworkin construíra parte de sua distinção entre regras, princípios e políticas combatendo o positivismo jurídico lecionado por seu antecessor, sem, contudo, negar a importância do trabalho combatido.

Com tal exposição, Silva, V. (2011a) quis deixar claro que a tese defendida não constitui “falta de respeito”, de caráter pessoal ou às tradições consolidadas e, principalmente, à tese, da qual diverge profundamente, de autoria de Silva, J. (2012), apresentada também em concurso para provimento de cargo de Professor Titular de Direito Constitucional na Faculdade de Direito de São Paulo-USP, em agosto de 1969. A tese antagônica à de Silva, V. é a constante da obra, de ampla aceitação nacional e de inegável importância para o direito constitucional brasileiro, denominada “Aplicabilidade das normas constitucionais”¹⁵, na qual também se extrairão algumas considerações nas linhas adiante. No capítulo 7, destinado à conclusão, para o que aqui interessa fixar, afirma o autor:

A classificação de José Afonso da Silva teve o *inegável mérito de romper com a concepção de norma constitucional despida de qualquer eficácia*. Essa é uma idéia agora consolidada. O que se propõe é tentar ir um pouco além (SILVA, V., 2011a, p. 255).

Tome-se agora o trabalho de Barcellos (2011), dissertação de mestrado apresentada na Universidade Estadual do Rio de Janeiro-UERJ, em 2001, com o título “A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana”. Luís Roberto Barroso, que posteriormente viera a integrar a Banca Examinadora que aprovou o trabalho de Silva, V., mencionado acima, fora orientador da autora. A cargo dele também ficara o prefácio das edições do trabalho que vieram a ser publicadas.

Há alguns detalhes dignos de nota. Barroso, no prefácio, anota que Silva, J. compôs a Banca Examinadora da dissertação, tendo vindo dele a sugestão, acolhida, de aprovação do trabalho com distinção e louvor. Assinalou também viver o direito constitucional brasileiro um momento virtuoso, por apresentar, do ponto de vista da elaboração científica e da prática jurisprudencial, duas mudanças de paradigmas, a saber, o compromisso com a efetividade das normas constitucionais e o desenvolvimento de uma dogmática de interpretação constitucional. Quanto à primeira mudança, observou: “Passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo obrigatório de suas disposições, superada a fase em que tratada como um conjunto de aspirações políticas [...]” (BARCELLOS, 2011).

¹⁵ Editora Malheiros, atualmente na oitava edição (2012).

Ao tratar do princípio da dignidade da pessoa humana, cerne, como o próprio título evidencia, do trabalho que então apresentava, Barroso referiu haver no Brasil e no mundo um momento de elaboração doutrinária e de busca por maior densidade jurídica do dito princípio e recorreu ao fato de ter se manifestado, no início da década de noventa, com ceticismo em relação à utilidade deste para concretização dos direitos fundamentais¹⁶. Esclareceu, contudo, ter se tratado de manifestação datada, que representava uma reação à repetição de erros do passado, manifestos por meio de algumas decisões judiciais.

Ainda no início da obra, na introdução à primeira edição, Barcellos expõe claramente o contexto no qual seu estudo começou a tomar forma: o incômodo surgido, em um fim de semana do início de 1999, após pessoalmente ter percorrido algumas ruas do bairro de Ipanema e, em seguida, parte da favela de Parada de Lucas, duas regiões da cidade do Rio de Janeiro que distam entre si aproximadamente 30 (trinta) quilômetros. Marcadas por gritante diferença social, a favela não contava sequer com saneamento básico e o tráfico de drogas dominava o local, ao passo que em Ipanema vinham sendo realizadas, ao longo dos últimos anos, obras de embelezamento urbano promovidas pela prefeitura¹⁷. Esse incômodo forneceu a tônica de seu problema de pesquisa: investigar se ao direito¹⁸ estaria reservado um papel na distribuição de bens em nosso Estado (BARCELLOS, 2011, p. 6).

Das notas iniciais desses dois trabalhos já é possível ter uma noção da contextualização histórica a que se pretende chegar neste tópico. Mas para concluir a ideia aqui trabalhada, recorre-se às considerações contidas na última edição do aclamado trabalho de Silva, J. (2012), posto em questão por Silva, V. (2011a).

No apêndice intitulado “Resposta aos Críticos”, no qual em essência rebate as críticas de Silva, V. e de Wilson Steinmetz (tópicos II e III, respectivamente), o autor formulou tópico introdutório ao qual intitulou “O Sentido da Tese Aplicabilidade das Normas Constitucionais”. Nele, descreve o contexto e motivos da confecção da obra, esclarecendo que pretendeu com ela dar nova dimensão ao Direito Constitucional que vinha sendo ensinado até aquela ocasião na USP (final da década de sessenta, durante a ditadura militar em nosso país). Julgava a disciplina muito atrasada e voltada apenas à parte organizacional do Estado, o que acabava por revelar,

¹⁶ Apontou como fonte da sua manifestação o texto “Princípios constitucionais brasileiros ou de como o papel aceita tudo”, veiculado no volume 1 da Revista Trimestral de Direito Público.

¹⁷ A autora deixou o registro, em nota de rodapé, de que o quadro descrito não havia sofrido alterações significativas quando da elaboração da segunda edição do livro (publicada em 2008).

¹⁸ Barcellos, para tanto, concebe o direito na qualidade de técnica ou ciência normativa e considera a ordem jurídica em vigor ao tempo de seu trabalho (que pode ser considerada, de maneira geral, ao menos tendo-se em mente a Constituição Federal de 1988, a ordem jurídica atualmente vigente).

de forma expressa ou não, uma concepção de que a Constituição se constituía em instrumento de defesa do Estado e não de defesa dos direitos fundamentais, sobre os quais, aliás, nada se dizia nos bancos da referida faculdade (SILVA, J., 2012, p. 265).

A intenção era, pois, sinalizar que o ensino do Direito Constitucional naquela instituição deveria sofrer profunda revisão, máxime para se entender a Constituição como um instrumento destinado à proteção dos direitos fundamentais, de sorte que a organização do Estado só teria sentido como um aparato protetivo desses direitos. Nas palavras do autor:

[...] E isso deveria começar pela valorização da Constituição e das normas constitucionais, especialmente daquelas que visam à tutela dos direitos sociais, tidos estes como pressupostos da própria efetividade dos direitos de igualdade e de liberdade. Esse foi o sentido daquela minha monografia de concurso. [...] Na época, é de se lembrar, as Faculdades de Direito ministravam seus cursos centrados na apresentação dos direitos privados, constituídos e regrados pelo Código Civil, que era entendido como ponto nuclear do ordenamento jurídico. A monografia, seguida de outras obras do Autor, como o *Curso de Direito Constitucional Positivo*, tinha, pois, uma missão fundamental, qual seja a de atrair o Direito Constitucional para o centro do ordenamento jurídico (SILVA, J., 2012, p. 265).

O trabalho em questão tivera como instrumental de análise a Constituição do Brasil de 1967 e, na segunda edição, também a Emenda Constitucional número 1, de 17 de outubro de 1969 (SILVA, J., 2012, p. 16). Atualmente, Silva J. (2012), diz cumprir a Constituição Federal de 1988 o papel de prestigiar os direitos fundamentais da pessoa humana e ser ela, certamente, o resultado de movimento começado a partir de sua monografia.

Essas brevíssimas notas, lançadas talvez até de maneira pouco convencional (percorrendo introduções, prefácio e apêndice dos trabalhos analisados), destinaram-se a mostrar que hoje o que é aceito com uma maior tranquilidade no meio acadêmico e na prática dos tribunais brasileiros não o foi num passado próximo.

O que ilustram, nos pontos abordados, a monografia de Silva, J., a dissertação de Barcellos e a tese de titularidade de Silva, V., é que houve um intenso movimento no meio acadêmico para o reconhecimento de que normas constitucionais, principalmente as que versem sobre direitos fundamentais, fossem dotadas de eficácia. Nesse movimento, cada autor, do que os mencionados acima são exemplo, teve o intuito claro de reagir, cada qual à sua maneira, aos descompassos sociais de seu tempo, buscando com seus trabalhos, expressamente, transformar a sociedade brasileira.

Portanto, quando se faz referência à possibilidade de adotar-se, para o fim perseguido nesse trabalho, modelos teóricos por estar-se diante de um “momento mais recente” do debate nacional sobre a dogmática dos direitos fundamentais, não se pretende, de maneira nenhuma,

erguer o estandarte do “novo” em desprestígio do que passaria a ser considerado “velho”, errado e inútil. Pelo contrário, conjuntamente com Silva, V. (2011a) admite-se que algumas teorias que hoje possam ser consideradas antagônicas às aqui utilizadas, sobretudo a proposta por Silva, J. (2012), foram fundamentais para lhes preparar o terreno para edificação.

1.3 MÉTODO

O presente estudo foi desenvolvido, preponderantemente, mediante exame bibliográfico, com prevalência do raciocínio dedutivo, assim entendido como o processo que parte de premissas gerais para constatações particulares, de sorte que, validadas as premissas, serão também válidas as conclusões (FONSECA, 2009, p. 23).

Compreendeu, também, análise de decisões judiciais, a qual foi enquadrada como qualitativa documental (tida como modalidade metodologicamente mais flexível de pesquisa empírica), segundo a concepção fornecida por Godoy (1995, p. 20-29).

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. Nessa perspectiva, a pesquisa documental pode trazer contribuições importantes ao estudo de alguns temas. Sob essa orientação, especifica:

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, p. 21-22) entende que a palavra “documentos” deve ser conferida uma acepção ampla, incluindo os materiais escritos, como, por exemplo, jornais, revistas, diários, obras 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. Observa que a escolha do documento não pode ser um processo aleatório, mas deve se dar em função de alguns propósitos, ideias ou hipóteses.

Relevantes ao objeto do presente estudo, serão analisados, do STF, a Reclamação 4734, os Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1232. Do STJ, foram selecionados o Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.112.557/MG e a Petição 7.203/PE, cujos teores foram obtidos pela *internet*.

O exame das decisões judiciais teve lugar no capítulo 3 (tópico 3.3), no qual foram esclarecidas as razões de sua escolha e da decisão por uma perspectiva mais aprofundada da análise, que levou em consideração, além do resultado dos julgamentos, a exposição das hipóteses de fato (quando existentes) que lhes constituíram pano de fundo e de todas as manifestações dos ministros que tenham sido objeto de registro escrito e que de alguma forma guardaram pertinência com as razões de decidir.

1.3.1 Abordagem metodológica e desenvolvimento do trabalho

Partiu-se de uma abordagem metodológica pautada na divisão da dogmática jurídica tal como compreendida por Alexy (2011, p. 32-38)¹⁹. Sob esse modo de ver, a dogmática jurídica, entendida como o que é praticado pela Ciência do Direito em sentido estrito, possui três dimensões: analítica, empírica e normativa.

A dimensão analítica consiste na dissecação sistemático-conceitual do direito vigente. Estende-se desde a análise de conceitos elementares (por exemplo, norma, direito subjetivo), passa por construções jurídicas (por exemplo, efeito dos direitos fundamentais perante terceiros) e vai até o exame da estrutura de um sistema jurídico (por exemplo, irradiação dos direitos fundamentais) e da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais (exemplo, sopesamento de direitos).

A dimensão empírica, para o que aqui interessa, compreende a cognição do direito positivo e válido, que não se esgota na descrição da lei, mas também inclui a descrição e prognóstico da prática judicial.

Já a dimensão normativa avança para além do simples estabelecimento do que, na dimensão empírica, pode ser elevado à condição de direito positivo válido e diz respeito à crítica da *praxis* jurídica, sobretudo da *praxis* jurisprudencial. Para o que aqui importa, a questão central da dimensão normativa é determinar qual a decisão correta em um caso concreto²⁰ a

¹⁹ Esta é também a abordagem metodológica utilizada por Silva, V. (2011a) em seu modelo teórico.

²⁰ Por caso concreto pode-se compreender dois significados distintos entre si (SILVA, V., 2011a, p. 140, nota de rodapé n° 64). O primeiro deles refere-se à decisão de um caso específico pelo Judiciário (acepção não-técnica). O segundo diz respeito a uma decisão do Legislativo sobre a colisão de direitos fundamentais; uma situação hipotética, mais geral e abstrata que a abarcada pelo primeiro significado, mas que possui feição concreta, na

partir do direito positivo válido. Silva, V. (2011a, p. 32), menciona ser essa dimensão, em muitos casos, a própria expressão do que se define por trabalho acadêmico: responder adequadamente ao problema analisado.

A Ciência do Direito, embora não exclusivamente, é encarada como uma disciplina de caráter prático, uma vez que a pergunta central, em um caso real ou hipotético, diz respeito ao que deve ser²¹. Para cumprir essa função prática de forma racional, ela deve ser uma disciplina multidimensional, isto é, as três dimensões devem ser combinadas, ou, escrevendo-se de outro modo, a combinação das três dimensões é, para essa vertente teórica, uma condição necessária da racionalidade da Ciência Jurídica como disciplina prática.

Portanto, sobre esta perspectiva pautou-se a divisão do presente trabalho. No capítulo 2, foi feita explanação preponderantemente descritiva dos conceitos necessários à compreensão do direito ao BPC como um direito fundamental, sob a ótica da teoria dos princípios de Alexy (2011) e do modelo teórico de Silva, V. (2011a) – que é predominantemente analítico. Sem embargo da ênfase expositiva, neste capítulo desenvolveram-se algumas ideias, dentre as quais a definição da norma de direito fundamental do artigo 203, V, da CF/88, quanto a estrutura, como uma regra jurídica.

No capítulo 3, a ênfase recaiu sobre a dimensão empírica da dogmática jurídica. Nele foi feita breve exposição das normas jurídicas relativas à concessão do BPC e das que definem a sua gestão. Analisaram-se também as decisões judiciais que se fez menção no tópico anterior a fim de, dentre outras informações importantes ao problema de pesquisa, extrair-se, a partir da atividade do Poder Judiciário, a conclusão acerca da regulamentação legal deficitária do artigo 203, V, da CF/88, trabalhando-a à luz do modelo teórico adotado (omissão parcial destituída de fundamentação constitucional).

Essa conclusão foi reforçada pelo exame das atividades dos Poderes Executivo e Legislativo na regulamentação do BPC, levado a efeito por meio de considerações sobre estudo realizado por Miranda (2013, p. 439-476), cuja confecção, em grande parte, erigiu-se sobre análise do material normativo (e também sobre o material decorrente da atividade de produção

medida em que a opção do Legislativo, ainda que no plano hipotético, representa uma delimitação no universo mais geral e abstrato da importância em si dos direitos fundamentais. Como exemplo, Silva, V. (2011a) menciona a atividade legislativa que cria o tipo penal de calúnia (artigo 138, do Código Penal): o “concreto” para o segundo significado não seria um caso da realidade em que se verificasse a prática de calúnia, mas sim a situação hipotética descrita na norma penal que representa a opção do Legislativo, no caso, em favor da honra e em detrimento da liberdade de expressão.

²¹ Para o autor, essa questão é formulada a partir da perspectiva do juiz, o que não significa que a Ciência do Direito não possa abranger outras perspectivas, nem que sempre diga respeito, de forma direta, à solução de casos concretos, mas apenas que a perspectiva do juiz é típica do Direito e que as teorias e enunciados partidos dela, ainda que abstratos, dizem respeito a fundamentação de juízos concretos de dever-ser (ALEXY, 2011, p. 37).

do material normativo) produzido no período de 1993 a 2010, bem como sobre o exame de documentos que resultaram de conferências nacionais, havidas no mesmo lapso temporal, nas quais foram discutidas questões relativas ao BPC. Por fim, no capítulo 3 foi respondida, afirmativamente, a pergunta concernente à possibilidade de se utilizar o artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, como um parâmetro objetivo complementar ao critério da renda *per capita* do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93.

Os capítulos 4 e 5 foram desenvolvidos sob o enfoque da dimensão normativa da dogmática jurídica e destinaram-se a responder a pergunta sobre a extensão possível de aplicação do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, bem como a indicar os caminhos possíveis para futuros estudos que se dediquem à criação de um novo critério de concessão do BPC em lugar do critério econômico atualmente vigente.

O capítulo 4 destinou-se ao enfrentamento de dois pontos objeto de constante tensão na argumentação judicial e na produção acadêmica sobre os direitos sociais: os fundamentos axiológicos da norma do inciso V do artigo 203 da CF/88, ou seja, os valores que foram acolhidos pelo legislador constituinte e que direcionam a leitura das normas que tratam do referido direito social e o custo dos direitos sociais prestacionais.

Na abordagem acerca dos valores, que analisou a existência de consenso, no âmbito interno e internacional, acerca da relevância do direito social fundamental à assistência aos desamparados, concluiu-se que o BPC ostenta a qualidade de direito humano e está entre aqueles direitos que impõem ao Estado uma veiculação efetiva e prioritária. O custo foi situado à concepção teórica deste trabalho como um limitador fático (obviamente relevante) ao estabelecimento do alcance do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03.

Consideradas as conclusões a que se chegou nos capítulos anteriores, a tensão foi resolvida concluindo-se que existe um ônus argumentativo para o Estado de demonstrar a ausência de recursos materiais para realização mais ampla do BPC, para cujo vencimento, mediante uma fundamentação racionalmente aceitável, mostram-se insuficientes as invocações baseadas, por exemplo, apenas (isto é, sem o devido desenvolvimento, que muitas vezes implicará no enfrentamento de informações empíricas complexas) na percepção geral de crises econômicas ou da noção de que alocar recursos para satisfação de um direito implica em desatender a realização de outros.

No capítulo 5, trabalhou-se a resposta à pergunta sobre a extensão possível de aplicação do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, como parâmetro objetivo complementar de veiculação do BPC, à luz do modelo teórico adotado neste estudo. Por fim, definiu-se o alcance do referido dispositivo legal no seguinte resultado: a exclusão, no cálculo da renda *per capita*

familiar, do valor de um salário mínimo, independentemente (a) do titular que o postule (idoso ou deficiente), (b) da qualidade do membro familiar²² que o receba (idoso, deficiente, ou qualquer outro), (c) da natureza do rendimento (por exemplo, salários, proventos, pensões) e (d) do valor de ingresso deste na renda familiar (até o valor exato de um salário mínimo ou mais que isso). Em última análise, equivale a majorar o limite *per capita* para um salário mínimo (tese proposta da extensão do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03) e um quarto (artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93).

No capítulo 5, ainda, apontaram-se alguns caminhos para futuros estudos que se dediquem à criação de um novo critério de concessão do BPC, em substituição ao critério econômico atualmente vigente. Concluiu-se que, embora não seja tarefa específica da ciência do direito a confecção de um critério dessa natureza, esse ramo do conhecimento ocupa papel fundamental nesse mister, do que é exemplo a problemática do BPC: nada obstante as limitações, no que toca à criação de um critério econômico, ao direito deve-se a existência de fato do benefício e sua manutenção até os dias atuais, bem como, de certa forma, o êxito na luta por uma veiculação mais efetiva.

Reputou-se imprescindível, contudo, um diálogo entre o direito e outros ramos do conhecimento que lhe são vizinhos. Diálogo, não monólogo. Para deixar claro o que se quis dizer, tomou-se emprestada, dos domínios das ciências das línguas (sem qualquer pretensão de se importar teoria de outros campos ou de buscar-se cientificidade com a colocação), a figura do fenômeno da intercompreensão, que consiste na possibilidade de comunicação efetiva entre falantes de línguas diferentes, porém pertencentes a uma mesma família, sem recorrer-se a traduções. Ou seja, cada participante consegue compreender e fazer-se compreender falando sua própria língua.

A partir daí, colocou-se a importância de outros ramos científicos apropriarem-se de alguns conceitos próprios do direito e de peculiaridades próprias do funcionamento de suas instituições, ao passo que ao direito mostra-se relevante assimilar, adequadamente, na racionalidade de sua argumentação, as contribuições prestadas por outros ramos do conhecimento, de forma a apreendê-las para além do simples argumento de autoridade. Sugeriram-se, por fim, algumas características desejáveis a um futuro critério de concessão.

²² Não está compreendida aqui a possibilidade do postulante do BPC perceber qualquer tipo de rendimento.

2 ABORDAGEM CONSTITUCIONAL DO DIREITO AO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA PELOS MODELOS TEÓRICOS DE VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA E ROBERT ALEXY

O direito previsto no artigo 203, V, da CF/88 é um direito humano, fundamental e social. Tendo em vista que as conclusões deste trabalho estão atreladas a alguns conceitos adotados nos modelos teóricos utilizados²³, entendeu-se conveniente uma divisão que permita, inicialmente, uma explanação descritiva de tais conceitos, para um desenvolvimento mais amplo do problema de pesquisa posteriormente. Por essa razão, este capítulo dirá respeito à condição de direito social fundamental do BPC. A abordagem acerca da característica de direito humano, por receber um enfoque predominantemente axiológico, será deixada para o capítulo 4.

Que o BPC é um direito fundamental social pode ser depreendido do texto constitucional sem grande dificuldade. O artigo 6º, da CF/88, que discrimina como direito social a assistência aos desamparados, está inserto no Título II – “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, 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”.

Ele é assim reconhecido também tanto na doutrina (BARCELLOS, 2011, p. 337; OLSEN, 2012, p. 53; CALCIOLARI, 2012, p. 51-52; CORREIA, M.; CORREIA, E., 2013, p. 81-83; PIOVESAN, 2009, p. 260-261 e SARLET, 2009, p. 311), quanto por nossos tribunais, notadamente pelo STJ e STF²⁴.

Para assentar a premissa de que se cuida de um direito social fundamental, destarte, não são necessários maiores esforços de pesquisa. O objeto deste estudo, contudo, voltado que é à problemática da regulamentação legal deficitária desse direito e, ao menos em parte, à tentativa de trabalhar-se uma solução sob o aspecto jurídico, reclama uma análise da estrutura da norma constitucional que o assegura.

Essa análise dependerá da explanação acerca da teoria dos princípios, relevante aos modelos teóricos dos quais se parte. Na sequência, serão descritas as ideias relacionadas aos conceitos de conteúdo essencial, restrições e eficácia das normas garantidoras de direitos fundamentais, na maneira como que são entendidas no modelo de Silva, V. (2011a).

²³ Conforme salientado no tópico 1.2.

²⁴ Vide Capítulo 3.

2.1 A TEORIA DOS PRINCÍPIOS

A teoria dos princípios possui relevância no modelo teórico de Silva, V. (2011a, p. 43-64). De sua leitura dependem o conceito e a delimitação do que seja núcleo essencial dos direitos fundamentais; a forma de definição do âmbito de proteção de cada direito fundamental, bem como a construção da relação entre os direitos e suas restrições e a crítica que faz às teorias sobre a eficácia das normas constitucionais (SILVA, V., 2011a, p. 43). Ela ocupa lugar fundamental também na teoria dos direitos fundamentais de Alexy (2011a, p. 85-179)²⁵, principalmente na análise da estrutura das normas de direitos fundamentais, levada a cabo pela diferenciação entre regras e princípios. Como não poderia deixar de ser, ela também influenciará diretamente as conclusões deste trabalho.

Dela se tratará, portanto, com ênfase expositiva, no presente tópico. Recorde-se que o objeto desse trabalho não é o desenvolvimento de uma teoria dos princípios ou uma análise detalhada da distinção entre regras e princípios. Assim, como dito anteriormente²⁶, as considerações que serão feitas se destinarão a uma exposição mais clara desse ponto nos modelos teóricos adotados, sobretudo o de Silva, V. (2011a), o qual, nesse particular, é preponderantemente construído sobre o pensamento de Alexy. Não haverá, assim, uma incursão aprofundada na mui ampla e diversificada discussão doutrinária²⁷ sobre princípios, seja nacional, seja estrangeira. Após a exposição, o inciso V do artigo 203 da CF/88 será definido quanto à sua estrutura.

²⁵ Em verdade, não apenas na teoria dos direitos fundamentais, mas também, com uma abrangência temática mais ampla, no estabelecimento de um conceito de Direito. Sobre isso, vide ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. Sobre a teoria dos princípios no pensamento do autor, vide também, como exemplo: ALEXY, Robert. *Sistema Jurídico, Princípios Jurídicos y Razón Practica*. Traducción de Manuel Atienza. In: ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. México, D.F.: Fontamara, 2010. p. 7-24 e ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para filosofia do direito. Tradução Luís Afonso Heck. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 137-199.

²⁶ Tópico 1.2.

²⁷ Como posicionamento crítico à teoria dos princípios de Alexy e Silva, V., conferir ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015. Como um panorama geral da discussão sobre a teoria dos princípios no Brasil, vide SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: Mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. v. 1, p. 607-630, 2003.

2.1.1 Regras e princípios

Segundo a concepção adotada neste estudo, regras e princípios são espécies de normas, pois ambos dizem o que deve ser e podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Tanto quanto as regras, os princípios são razões para juízos concretos de dever ser, ainda que de espécie muito diferentes. Portanto, a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas; uma distinção qualitativa e não uma distinção de grau (ALEXY, 2011a, p. 87-91).

O principal traço distintivo entre princípios e regras é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. Pelas regras garantem-se direitos (ou impõe-se deveres) definitivos; por princípios garantem-se direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*. Isso equivale dizer que, se um direito é garantido por uma norma que possua a estrutura de uma regra, uma vez verificada a hipótese de sua aplicação, esse direito é definitivo, devendo ser realizado totalmente. Por outro lado, se uma norma garantidora de um direito tem estrutura de princípio, admite-se uma realização apenas parcial do que é exigido. No caso dos princípios, haverá uma diferença entre aquilo que é garantido ou imposto *prima facie* e aquilo que é garantido ou imposto definitivamente (SILVA, V., 2011a, p. 45).

O elemento central da teoria dos princípios é sua definição como mandamentos de otimização. Os princípios, assim, são normas que contém exigência que algo seja realizado na maior medida possível ante as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Ao contrário das regras, eles podem ser realizados em graus diferentes. Existe uma ideia regulativa de que sejam realizados em seu grau máximo quando as condições fáticas e jurídicas forem ideais. Contudo, uma realização em grau máximo dificilmente ocorre em casos difíceis, pois, mesmo que se limite uma análise às condições jurídicas (isto é, mesmo sem se considerar as condições de fato), muito raramente a realização de um princípio não encontrará obstáculos na proteção de outro princípio ou outros princípios (ALEXY, 2011a, p. 90-91; SILVA, V., 2011a, p. 46).

Isso, para teoria dos princípios, significa que princípios “colidem” e a esta situação de possíveis colisões é que se faz menção quando se fala em “condições jurídicas”. É importante deixar claro que este sentido atribuído, no caso dos princípios, a “condições jurídicas”, não serve às regras; é dizer, regras, para serem aplicadas não dependem de condições jurídicas a serem estabelecidas no caso concreto, ao menos não como os princípios. Dessa diferença de estrutura decorrem as diferentes formas de aplicação das normas jurídicas: o sopesamento e a subsunção (ALEXY, 2011a, p. 90-91; SILVA, V., 2011a, p. 46).

Nessa perspectiva, o conflito normativo é relevante para fornecer maior nitidez à diferença estrutural entre regras e princípios, bem como às consequências práticas que dessa diferença decorrem. Por conflito normativo, entende-se, com Silva, V., (2011a, p. 47), a possibilidade de se aplicar, em um mesmo caso concreto, duas ou mais normas cujas consequências jurídicas revelem-se total ou parcialmente incompatíveis. Ele representará, neste trabalho, os conflitos entre regras e as colisões entre princípios.

2.1.2 Conflito entre regras

Se regras garantem direitos (ou impõem deveres) definitivos, é possível a ocorrência de conflitos entre regras e, nesse caso, é necessário encontrar-se uma solução que não relativize tal definitividade. Para tanto, surge o raciocínio do “tudo ou nada”. Nos casos de incompatibilidade apenas parcial entre os preceitos de duas regras a solução ocorre por meio da instituição de uma cláusula de exceção em uma delas. Já nos casos de incompatibilidade total, ou seja, quando os preceitos de duas regras, para o mesmo fato ou ato, em todas as circunstâncias, forem mutuamente excludentes, a única solução é a declaração de invalidade de uma delas (ALEXY, 2011a, p. 91-93; SILVA, V. 2011a, p. 47-48).

Silva, V. (2011a, p. 47-48) menciona dois exemplos do ordenamento jurídico brasileiro para ilustrar, respectivamente, uma situação de incompatibilidade parcial e outra incompatibilidade total em um conflito de regras. Para preservar a clareza de ideias do autor, esses exemplos serão reproduzidos adiante.

Na primeira situação, parte-se da regra contida no artigo 1.784, do Código Civil, a qual dispõe que a herança se transmite, desde logo, aos herdeiros testamentários e legítimos. Essa regra é complementada por outra que define o conceito de herdeiro legítimo, a saber, o artigo 1.829, inciso I, do Código Civil, que inclui, dentre outros, os descendentes. Há, porém, outra regra do Código Civil que estabelece que aqueles que houverem sido autores de homicídio doloso contra pessoa de cuja sucessão se tratar estão excluídos da sucessão (artigo 1.814, inciso I, do Código Civil). Pois bem, assinala o autor que, consideradas isoladamente, ambas as regras se aplicam à hipótese de abertura de sucessão de um pai morto por um de seus filhos, sendo que a primeira exige a transmissão da herança ao filho, ao passo que a segunda o exclui da sucessão. Remata Silva, V. (2011a, p. 48-49): “Qualquer operador do direito percebe, no entanto, que a segunda regra institui uma exceção à primeira. A razão aqui é simples e se baseia na regra *lex specialis derogat legi generali*. Trata-se, portanto, de um conflito parcial entre duas regras.”.

O cenário da segunda situação é posto por duas regras que expressam conteúdos antagônicos: uma delas prevê que, salvo manifestação de vontade em contrário, presume-se autorizada a doação pós-morte de órgãos para finalidades de transplantes ou terapêutica (artigo 4º da Lei 9.434/97); a outra, contudo, prevê que, para fins de transplante, a retirada de órgãos de pessoas falecidas dependerá de autorização de cônjuge ou parente, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes no momento em que verificada a morte (artigo 4º da Lei 9.434/97, com a redação alterada pelo artigo 1º da Lei 10.211/01). Quanto a este exemplo, conclui Silva, V.:

Pelo mesmo fato – morte de alguém sem declaração expressa, daquele que morreu ou de um parente, acerca de transplante de órgãos – as duas regras têm consequências jurídicas totalmente incompatíveis: uma delas autorizaria o transplante, a outra proibiria. Uma delas, com certeza é inválida, seja por ser anterior – *lex posterior derogat legi priori* – ou por ser de hierarquia inferior – *lex superior derogat legi inferior* (SILVA, V. 2011a, p. 49).

Em resumo, todo conflito entre duas regras que possuam consequências jurídicas incompatíveis para o mesmo fato ou ato deve ser resolvido no plano da validade. Nas palavras de Silva, V. (2011a, p. 49): “*Sempre que há conflito entre regras, há alguma forma de declaração de invalidade*”. A declaração de invalidade é mais evidente no segundo exemplo. Porém ela existe também no primeiro, na forma de uma declaração parcial de invalidade, instituída por meio de uma cláusula de exceção.

2.1.3 Colisão entre princípios

De forma distinta devem ser enxergadas e resolvidas as colisões entre princípios. Pela teoria dos princípios aqui adotada, não é possível declarar-se a invalidade de um deles, tampouco instituir-se uma cláusula de exceção. Quando princípios preveem consequências jurídicas incompatíveis para um mesmo fato, ato ou posição jurídica, é dizer, quando colidem, o que ocorre é fixação de “relações condicionadas de precedência” (ALEXY, 2011a, p. 96-99; SILVA, V., 2011a, p. 50).

Como salientado anteriormente (tópico 2.1.1), os princípios são mandamentos de otimização e, nessa condição, normas que exigem, diante das condições fáticas e jurídicas reais, que algo seja realizado na maior medida possível. Dificilmente são realizados em grau máximo, pois é usual que a realização de um princípio tenda a ser restringida pela realização de outro ou de outros.

Silva, V., (2011a, p. 50) menciona que o exemplo-padrão para esse fenômeno costuma ser a colisão entre a liberdade de imprensa e o direito de privacidade e o direito a honra das pessoas: a realização de uma liberdade de imprensa ampla em muitos casos pode mostrar-se incompatível com uma proteção ideal da privacidade de algumas pessoas, sendo que tal tipo de colisão não pode ser resolvido no plano da validade. Noutras palavras, solucionada a colisão, os princípios da liberdade de imprensa e da proteção à privacidade permanecem válidos. Não é possível dizer que um passou a instituir uma cláusula de exceção ao outro, pois a depender das condições postas em diferentes situações o princípio que cedeu em um caso pode prevalecer em outro, ao contrário do que acontece com as regras. Esse é o raciocínio subjacente ao conceito de “relações condicionadas de precedência”.

Tal conceito é comumente expresso na forma “(P₁ P P₂)C”, que nada mais quer dizer que, em uma situação de colisão entre dois princípios, quais sejam, P₁ e P₂, o princípio P₁ prevalecerá sobre o princípio P₂ somente nas condições do caso C. Em um caso diverso, por exemplo, C’, é possível dizer que o princípio P₂ pode prevalecer sobre o princípio P₁, o que seria descrito da seguinte maneira “(P₂ P P₁)C’”. O que ocorre é que não é possível, em abstrato, formular uma relação de precedência entre os princípios referidos; essa relação é sempre condicionada às situações concretas (ALEXY, 2011a, p. 96-99; SILVA, V., 2011a, p. 51).

2.1.4 Colisão entre regras e princípios

Silva, V. (2011a, p. 51-55) refere ser a colisão entre uma regra e um princípio o ponto mais complexo e menos explorado da teoria dos princípios de Alexy, pois para esse caso, haveria duas respostas possíveis, ambas problemáticas, baseadas nas duas formas já expostas de solução de conflitos normativos: a primeira delas seria admitir um sopesamento entre o princípio e a regra colidente para saber qual deve prevalecer; a segunda consistiria resolver a colisão entre uma regra e um princípio no plano da validade.

O problema da primeira resposta seria lançar por terra a definição de regras como normas que garantem direitos (ou impõem deveres) definitivos, ao admitir casos nos quais uma regra, embora válida e aplicável, seja afastada sem perder sua validade. Por outro lado, somente normas que possuam a “dimensão peso”, ausente nas regras, podem sujeitar-se ao sopesamento.

A segunda resposta seria também problemática porque, se a colisão entre uma regra e um princípio for resolvida no plano da validade, haverá que se aceitar que, quando uma regra prevalecer sobre um princípio, este último deverá ser excluído do ordenamento jurídico. Seria evidente, portanto, a incompatibilidade da solução admitida com a ideia de que princípios não

têm a validade afetada nas hipóteses em que sua aplicação sofre restrição em favor de outra norma.

Silva, V. esclarece que a resposta mais comum a esses casos seria a de que, quando um princípio entra em colisão com uma regra, deve haver um sopesamento. Porém, como princípio e regra não são sopesáveis, o sopesamento deve ocorrer entre o princípio em colisão e entre o princípio que é base da regra. Essa resposta, na verdade, seria uma tentativa de evitar os dois problemas descritos e encontra respaldo em explicação de Alexy, que por sua vez pouco se dedica a explorar a questão. Para o autor, essa é uma resposta também problemática, porque:

[...] dá a entender que o aplicador do direito está sempre livre, em qualquer caso e em qualquer situação, para afastar a aplicação de uma regra por entender que há um princípio mais importante que justifica esse afastamento. Isso teria como consequência um alto grau de insegurança jurídica. Um dos papéis mais importantes das regras no ordenamento jurídico é justamente aumentar o grau de segurança jurídica na aplicação do direito. Essa segurança é garantida “quando uma instância tem a competência de definir uma determinada linha”. Essa instância, em um Estado constitucional, é o legislador, e essa linha é definida pelas regras que ele cria (SILVA, V., 2011a p. 52).

Prossegue Silva, V. explicando que esse ponto é muitas vezes ignorado quando se pensa em colisão entre regras e princípios. Acrescenta que, no mais das vezes, o que ocorre é uma relação de restrição; não uma situação de colisão entre princípios e regras. Essa restrição estaria representada por um sopesamento levado a efeito pelo legislador²⁸ entre dois princípios e que tem como resultado a produção de uma regra de direito ordinário. Nesse caso, a regra deve ser aplicada por subsunção.

Mas o autor descreve outras situações. Refere-se aos casos de existência de dúvidas quanto à constitucionalidade da regra. Neles, é incumbência do juiz o controle da constitucionalidade. Cuida-se de hipótese mais simples, pois, se a regra for considerada constitucional, será aplicada por subsunção. Se, por outro lado, for declarada inconstitucional, por reputar o juiz mais importante, em face da situação descrita pela regra, princípio diverso do que se valeu o legislador para confeccioná-la, desaparecerá a situação de colisão sem que haja qualquer modificação nos critérios, explicitados acima, de solução de conflito entre regras e de colisão entre princípios.

²⁸ É possível perquirir sobre a pertinência de aprofundar-se o desenvolvimento dessa premissa, se pensar-se que a decisão que é resultado do processo legislativo possui racionalidade própria, diversa da das decisões judiciais. Por esse ângulo, é factível indagar quais seriam as características essenciais de um sopesamento pelo Legislativo. Contudo, acredita-se que, mesmo diante de uma eventual resposta positiva, isto é, pela pertinência de aprofundar-se o estudo sobre a premissa, a coerência e a adequação do modelo em questão não são comprometidas.

Situações mais problemáticas, contudo, são aquelas em que, em determinado caso concreto, a aplicação da regra por subsunção conduz a situações incompatíveis com algum princípio constitucional decisivo ao caso, sem que essa incompatibilidade seja verificável em abstrato e, logo, sem que haja razões para considerar a regra inconstitucional.

Para ilustrar essas situações e oferecer respostas como saídas aos problemas, Silva, V. fornece dois casos tratados por nossos tribunais. O primeiro deles consiste no tratamento dispensado pelo STF no julgamento do HC 83.996, que envolveu juízo sobre se a conduta do diretor de teatro Gerald Thomas – mostrar as nádegas ao público após ser publicamente vaiado pela plateia ao fim de uma apresentação – configuraria a prática de “ato obsceno em lugar público ou aberto ou exposto ao público”. A solução caminhou para um juízo sobre a tipicidade da conduta. A argumentação acerca deste caso não será reproduzida aqui. Ao objeto deste estudo interessam os detalhes do tratamento e solução trabalhados pelo segundo exemplo.

Para fornecer o terreno à exposição do segundo caso, considera o autor que colisões entre uma regra e um princípio, além da esfera penal, ocorrem em outros âmbitos, e, por essa razão, não podem ser reconstruídas apenas a partir da exclusão de determinada conduta de um tipo penal. Explicita que, em alguns casos, de modo contrário, é necessário incluir uma conduta, um estado ou uma posição jurídica na proteção de um direito fundamental, porém essa inclusão acaba por esbarrar em um preceito contrário de uma regra.

Explora então – e aí passa propriamente ao segundo exemplo – os casos de levantamento, pelo titular, de valor da conta do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, para custear tratamento de saúde de seu dependente. A Lei 7.670/88 autorizava, no artigo 1º, inciso II, levantamento do saldo nos casos em que o titular da conta fosse portador de HIV. De um dado momento em diante, o Judiciário passara a ser provocado com pedidos de levantamento de valores para o pagamento de tratamento médico dos dependentes dos titulares das contas vinculadas, hipótese não prevista na lei. Muitos juízes, então, vendo aí uma colisão entre o direito à vida e a regra que restringia o uso do saldo, passaram, *contra legem*, a deferir o levantamento do dinheiro.

Para o autor, há, nessa situação, o sopesamento entre o princípio que sustenta a regra e o princípio com ela colidente, mas isso apenas em uma primeira decisão, a qual, ao menos inicialmente, é uma decisão contrária à lei. O que na verdade ocorre é a criação, pelo Judiciário, de uma regra que institui exceção a uma regra proibitiva. Isso porque o sopesamento é realizado na primeira decisão, porém não se repete nas demais, havidas após a consolidação do entendimento. No exemplo mencionado, os juízes não passaram a fazer uma análise caso a caso, como ocorre nas hipóteses de colisão entre princípios; o que fizeram foi aplicar, por subsunção

a seguinte regra, criada por construção jurisprudencial: “É permitido o levantamento dos valores da conta do FGTS para o tratamento de saúde de dependentes do titular nos casos em que esses sejam portadores do HIV” (SILVA, V., 2011a, p. 55).

Essa seria, portanto, uma regra como outra qualquer, criada através do sopesamento entre dois princípios, aplicável por subsunção e para qual é válido o raciocínio de direito ou dever definitivo. A diferença seria a criação pelo Judiciário e não pelo Legislativo (disposição legal). O sopesamento dá-se apenas no processo de surgimento e não de aplicação (SILVA, V., 2011a, p. 55-56).

Pois bem, admitida essa saída para o problema, é possível antever que não pode ser tão simples advogar a criação de uma regra fruto de construção Judicial. O procedimento formal de criação das leis pelo Legislativo assegura maior exatidão com relação aos momentos em que uma lei passa a existir e ter vigência. Isso pode não ocorrer com o mesmo grau de certeza na demonstração de uma regra decorrente de entendimento jurisprudencial.

Demonstrar a existência de uma regra criada judicialmente parece ser um ponto relevante na discussão acerca do conflito entre os princípios e regras. É evidente que a decisão proferida quando já existente tal regra contará com um maior grau de segurança jurídica do que a decisão que inicialmente desconsidera uma regra legal previamente existente, mediante o sopesamento entre o princípio por fim prevalecente e o princípio que forneceu base para regra desconsiderada.

Por outro lado, o momento em que travada a discussão definirá a alocação dos esforços argumentativos. Antes de existir propriamente a regra judicialmente criada (isto é, no momento inicial, no qual a decisão é tomada *contra legem*), o ônus argumentativo recairá na definição dos princípios em conflito e na demonstração do porquê, no sopesamento, o princípio que dá suporte a regra posta em questão deve ceder. Diferentemente, após consolidado o entendimento que dá origem à regra criada judicialmente, a ênfase da argumentação será direcionada à demonstração da existência da regra, que será aplicada por subsunção, bem como às consequências dela advindas.

Isso considerado, é preciso assentar um ponto importante. Para o presente estudo, será relevante a demonstração da existência de uma regra criada pelo Judiciário. Tal demonstração será desenvolvida no capítulo 3 e, como se verá, não se revela um obstáculo intransponível. Pelo contrário, para o que por ora importa adiantar, a regra judicialmente criada para veiculação do BPC é facilmente demonstrável e semelhante à do exemplo das contas do FGTS: uma exceção a uma regra proibitiva, que, ante as peculiaridades do problema de pesquisa, pode ser melhor descrita como uma exceção a uma regra limitadora.

Em rápidas linhas, tanto o STJ, quanto o STF, consolidaram teses no sentido de que a hipótese versada na regra contida no artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, não é a única que autoriza a concessão do BPC, previsto no artigo 203, V, da CF/88. Essa hipótese é a de que a família considerada pobre para fins de recebimento do benefício é aquela cuja renda *per capita* é inferior a um quarto do salário mínimo. No Judiciário, chegou-se ao entendimento dominante de que essa regra limitaria demais o acesso ao benefício constitucional e muitos viram nela uma restrição ao direito à assistência aos desamparados.

Na primeira e segunda instâncias já se vinha concedendo o BPC mesmo em hipóteses em que a renda *per capita* superava o limite da lei. Como será tratado, a regra criada pelo Judiciário, nada obstante tenha fixado um ponto importante ao reconhecer uma regulamentação legal deficitária de um direito social e viabilizar sua concessão mais amplamente, não ofereceu uma resposta – ao menos não uma resposta satisfatória – sobre qual seria um critério objetivo aceitável de concessão.

Todavia, para este momento, importa fixar que, no caso do BPC, a problemática situação de conflito entre princípios e regras encontra-se em um estágio mais avançado, no qual já se conta com uma regra criada pelo Judiciário que confere maior certeza ao fato de que há uma regulamentação legal insuficiente do direito social em questão.

2.1.5 Síntese e esclarecimentos sobre a posição adotada acerca de regras e princípios

Buscou-se neste tópico estabelecer a posição adotada sobre a teoria dos princípios. Como salientado no início, ela é relevante para os modelos teóricos utilizados e, por conseguinte, influenciará igualmente as conclusões deste estudo. Para tanto, escolheu-se o caminho de uma abordagem predominantemente expositiva dos pontos mais importantes para os fins aqui perseguidos.

Antes de partir para a definição da estrutura da norma constitucional que garante o direito ao BPC e de avançar para uma explanação acerca das ideias de conteúdo essencial, restrições e eficácia, convém fazer uma síntese do que foi posto e tecer, concomitantemente, alguns esclarecimentos sobre os conceitos adotados.

Foi dito acima, em suma, que regras e princípios são espécies de normas. A distinção entre ambas é qualitativa; não de grau, sendo que o principal traço desta distinção é a estrutura dos direitos que garantem. As regras garantem direitos ou impõem deveres definitivos (verificada a hipótese de aplicação, devem ser realizados totalmente) e sua forma de aplicação é a subsunção. Pelos princípios são garantidos direitos ou impostos deveres *prima facie*

(admitem uma aplicação parcial, sendo que há uma diferença entre o que é imposto e aquilo que acaba por ser garantido definitivamente). Isso ocorre porque são mandamentos de otimização (exigem, em face das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, a realização de algo na maior medida possível). Sua realização plena é possível, mas, via de regra, esbarra no que asseguram outros princípios. Possuem a dimensão “peso” e sua forma de aplicação é o sopesamento.

É importante esclarecer que esses conceitos diferem dos conceitos tradicionalmente utilizados na literatura jurídica brasileira. Via de regra, princípios são conceituados em torno da ideia de normas mais fundamentais do sistema, ao passo que as regras expressariam a concretização de princípios e ostentariam um caráter mais instrumental e menos fundamental. Os conceitos de que se vale este estudo levam em conta a estrutura da norma de direito fundamental e não a sua fundamentalidade. Nessa perspectiva, princípios podem ou não representar um mandamento nuclear de um sistema e é possível enxergar-se normas fundamentais para um Estado de Direito com a estrutura de regras²⁹ (SILVA, V., 2003, p. 612-613).

O conceito de princípio é, pois, um conceito axiologicamente neutro, é dizer, não contém em si uma opção por determinada disposição fundamental ou por dado tipo de constituição (ALEXY, 2011a, p. 178; SILVA, V., 2003, p. 614). Isso não quer dizer que normas com a estrutura de princípios não expressem opções por determinados valores acolhidos em um dado ordenamento jurídico (ALEXY, 2010, p. 16; 2011a, p. 144-179). Valores podem ser reconhecidos nas normas, sejam regras ou princípios, e a importância de um dado valor pode ser estabelecida através de uma leitura de um determinado ordenamento jurídico³⁰. A neutralidade axiológica significa que não é através de determinado valor previamente estabelecido que se irá definir o que seja uma norma com caráter de princípio.

²⁹ Nesse sentido, como exemplifica Silva, V. (2003, p. 613), o que tradicionalmente é entendido como princípio do *nulla poena sine lege* é, pelos critérios da teoria de Alexy, uma regra.

³⁰ Alexy entende que princípios e valores estão intimamente relacionados. Não é o caso de aprofundar aqui essa questão, mas o autor explicita que a diferença decisiva entre o conceito de princípio e o conceito de valor é que princípios são mandamentos de otimização e, portanto, pertencem ao âmbito deontológico (dizem respeito ao que é devido), sendo que os valores pertencem ao âmbito axiológico (dizem respeito ao que é bom). Há uma correspondência entre os planos axiológico e deontológico. No plano axiológico, as regras de valoração correspondem em estrutura às regras do plano deontológico (as regras jurídicas), ao passo que os critérios de valoração correspondem estruturalmente aos princípios jurídicos. Assim, o que no âmbito deontológico é *prima facie* garantido, no âmbito axiológico é *prima facie* melhor; o que é garantido definitivamente no âmbito deontológico é no âmbito axiológico considerado definitivamente melhor. Destaque-se ainda que Alexy descarta a possibilidade de uma ordenação hierárquica rígida de valores, isto é, aquela que implique escolher, de antemão, em abstrato, sem considerações acerca das especificidades do caso concreto e sem o auxílio de, em cada caso, uma argumentação jurídica racional, a prevalência sempre de um valor em detrimento de outros (ALEXY, 2011a, p. 144-179).

Prosseguindo, salientou-se acima ainda que os princípios garantem direitos ou impõem deveres *prima facie* e que admitem aplicação parcial, havendo comumente uma diferença entre o que é imposto e o que é definitivamente garantido. É oportuno reproduzir adiante um exemplo de Silva, V. (2003, p. 619-620) para dar mais nitidez à ideia.

O personagem João promete comparecer à festa de aniversário de seu amigo José. Contudo, chega ao seu conhecimento que Jorge, seu outro amigo, está gravemente doente e necessita de sua ajuda. Para João, cumprir promessas e ajudar um amigo são considerados deveres. Como na situação concreta não conseguirá dar cumprimento a ambos, decide, após ponderação, que ajudará seu amigo doente, o que implica não ir à festa de José. Cumprir promessas não deixa, com isso, de ser um dever para João. O cumprimento de promessas e a ajuda a amigos doentes representam deveres *prima facie*. Como tais, diante das possibilidades do caso concreto, podem não se revelar definitivos. Mas do sopesamento entre eles extraiu-se uma regra, que passou a representar o dever definitivo e pode ter a seguinte redação: "Em situações como a do tipo S1, o dever de ajudar os amigos tem prioridade em face do dever de manter promessas." (SILVA, V., 2003, p. 620).

É possível tirar proveito dessa ilustração, incrementando-a, para cogitar sobre os possíveis detalhes que permearam a decisão de João. Suponha-se que ele tenha considerado os seguintes fatos: (a) Jorge precisa de auxílio para os cuidados básicos como vestir-se, locomover-se de tempo em tempo, alimentar-se e tomar medicamentos e, para tanto, é necessário que a pessoa que o vá ajudar possua um certo grau de força física, característica que ele, João, ostenta; (b) Jorge não possui parentes com essa característica num raio de duzentos quilômetros; (c) João é o amigo cuja residência é mais próxima da de Jorge e, no momento em que teve conhecimento da enfermidade, os cuidados deveriam iniciar-se imediatamente e João contava com disponibilidade de tempo. Nessas circunstâncias, prevaleceu, para João, o dever de ajudar os amigos em face do dever de cumprir promessas.

Esses fatos seriam as "condições de precedência" fixadas no sopesamento de João, do qual resultou, como regra para aquele caso, o dever definitivo de ajudar os amigos. Pode-se dizer que, por uma questão de coerência, se, posteriormente, sob as mesmas condições, outro amigo, Renato, ficasse doente após uma promessa de João de ir a uma festa de aniversário, prevaleceria, novamente, o dever de ajudar os amigos.

Todavia, se na nova situação outras se revelassem as condições do caso concreto, seria possível prevalecer para João o dever de cumprir promessas. Basta pensar que Renato reside com parentes que podem prestar-lhe auxílio e que conta com amigos igualmente aptos a ajudá-lo os quais moram mais perto de sua residência que João, de sorte que ajuda deste último seria

pouco ou nada eficaz. Se pretende ser coerente, João cumprirá a promessa de ir à festa de aniversário.

Há outro ponto passível de esclarecimento. Colocou-se, ainda, que o conflito entre regras se resolve pelo raciocínio “tudo ou nada”, que a incompatibilidade parcial entre duas regras é solucionada por meio da instituição de uma cláusula de exceção em uma delas e que quando duas regras trazem preceitos mutuamente excludentes para o mesmo fato, ou ato, em todas as circunstâncias (incompatibilidade total), a única solução é a declaração de invalidade de uma delas.

Importa deixar claro que raciocínio “tudo ou nada”, na acepção aqui tomada, não é sinônimo de interpretação fácil e simples ou de aplicação “automática” da lei. Tanto regras quanto princípios podem ser objeto de um processo de interpretação difícil e complexo. A diferença entre regras e princípios não é estabelecida em função do grau de dificuldade de interpretação ou na vagueza de seus termos (SILVA, V., 2003, p. 615-618, 2011a, p. 59-60).

2.1.5.1 Sobre as críticas ao sopesamento: racionalidade e segurança jurídica

Embora, como se disse, este trabalho não se dedique a uma análise das críticas endereçadas aos modelos adotados, não há como passar ao largo de uma abordagem sobre dois pontos, relacionados entre si, sobre os quais recaem as críticas à teoria dos princípios, nas versões adotadas por Alexy e Silva, V., bem como à teoria externa: racionalidade e segurança jurídica.

A finalidade deste subtópico é apenas uma breve exposição da resposta às críticas para deixar claros tanto a posição tomada quanto pontos importantes para a compreensão dos referidos modelos. Essa exposição será útil também à descrição que se fará mais adiante sobre a regra da proporcionalidade.

De um modo geral, o sopesamento, como processo de solução de colisões entre princípios, é criticado por supostamente faltar-lhe critérios racionais de decidibilidade. Não passaria, segundo essa vertente crítica, de uma forma disfarçada de decisionismo irracional, que traria como consequência o aumento da insegurança jurídica. Representantes dessa opinião seriam Friedrich Müller, Ernst-Wolfgang Böckenförde e Jürgen Habermas (SILVA, V., 2011a, p. 146-148).

O ponto de partida para qualquer discussão acerca da interpretação e da aplicação do direito é a admissão de que não há racionalidade ou objetividade que permita excluir por completo a subjetividade na interpretação. Não há, no sentido forte do termo, um método

totalmente objetivo que permita eliminar toda subjetividade do intérprete. Esse modo de ver parte da premissa de que, no direito, objetividade não tem o sentido de única resposta faticamente demonstrável, de sorte que, na argumentação jurídica, fala-se em ônus argumentativo; não em ônus da prova ou ônus de demonstração – a não ser, por óbvio, nas questões fáticas (SILVA, V., 2011b, p. 367).

Silva, V. (2011b, p. 368) nessa perspectiva, desdobra a ideia de objetividade em duas variáveis, quais sejam, controle intersubjetivo (ou controle da argumentação) e previsibilidade da decisão, as quais aborda a partir de três aspectos: metodológico, teórico e institucional. Com essa divisão, o autor expressamente busca fugir de um maniqueísmo “método *a* é melhor ou pior que o método *b*” no quesito objetividade.

Sob o aspecto metodológico, o sopesamento não pode ser encarado como uma relação de preferência simples (ou de simples escolha) e sem qualificativos. Pelo contrário, as relações de preferência, nesse processo, devem ser fundamentadas mediante a fixação de um escalonamento na relação entre a realização de um direito e a restrição de outro. Esse escalonamento pode ser do tipo simples, como, por exemplo, classificações de grau de restrição e realização em pequeno, médio e grande. O importante é demonstrar com clareza na argumentação os passos decisivos que conduziram ao resultado da decisão e que permitam um maior diálogo e controle intersubjetivos (SILVA, V., 2011b, p. 368).

Cabe colocar que, mesmo nos casos de simples subsunção, o grau de liberdade do intérprete pode não ser pequeno. A fundamentação das premissas, das quais deve decorrer uma conclusão, bem como a interpretação dos termos que estão contidos nelas, não são um processo lógico. Nesse aspecto, não há diferença entre a racionalidade possível no sopesamento daquela viável na fundamentação de qualquer proposição jurídica no método da subsunção (SILVA, V., 2011a, p. 149).

É preciso deixar claro, também, que, evidentemente, não se deduz certeza absoluta e objetividade plena de formulações lógicas ou matemáticas. Por exemplo, quando se demonstra o caminho percorrido no sopesamento em dada decisão judicial por algum escalonamento numérico ou quando se escreve, como se verá adiante, em linguagem lógica a fórmula do suporte fático dos direitos fundamentais, não se pretende demonstrar que existe na argumentação jurídica uma certeza matemática. As fórmulas ou esquemas numéricos apenas são recursos para possibilitar a clareza na demonstração dos argumentos utilizados. Como salienta o autor: “Mais importante que buscar fórmulas matemáticas é a busca de regras de argumentação, critérios de valoração ou fundamentação de precedências condicionadas.” (SILVA, V., 2011a, p. 176).

O aspecto teórico consiste na demonstração clara dos pressupostos teóricos que estão por trás do método empregado. Métodos em si mesmo considerados são vazios, são meros instrumentos que para ter sentido necessitam ser preenchidos com alguma substância, isto é, com alguma teoria. Para que se ganhe em objetividade, é necessário que as premissas teóricas sejam expostas com honestidade e clareza, indicando-se a teoria dos direitos fundamentais de que se parte na argumentação. Uma maior clareza na exposição da teoria implicará maior facilidade na compreensão do resultado levado a efeito pelo sopesamento, aumentando o controle intersubjetivo e a previsibilidade do processo (SILVA, V. 2011b, p. 372-375).

Já o aspecto institucional, importante não apenas para o debate sobre a objetividade do sopesamento, mas sobre a objetividade de qualquer método, está fortemente atrelado à previsibilidade na aplicação do direito, ou, em outras palavras, à segurança jurídica. Por isso, o autor enfoca o aspecto institucional sob dois sub-aspectos, quais sejam, o do respeito a precedentes e o do controle social.

O respeito a decisões judiciais tomadas em casos semelhantes diminui a margem de liberdade do aplicador do direito ao realizar o sopesamento (e, por conseguinte, diminui a possibilidade de decisões irracionais) e aumenta o ônus argumentativo da autoridade que decida se afastar da linha adotada em decisões anteriores. Por controle social entende-se o controle exercido por todos na sociedade, mas sobretudo pela comunidade jurídica. Ele é proporcionado pelo aumento da transparência e publicidade das decisões de um tribunal e pelo acompanhamento isento da história dos tribunais superiores (SILVA, V., 2011b, p. 377-378).

Cabe à sociedade, em geral, e à comunidade jurídica, em particular, por meio precipuamente da doutrina jurídica, o acompanhamento cotidiano das decisões dos tribunais e a insurgência quando alguma delas se mostrar incoerente ou desviar-se do histórico de decisões anteriores sem fundamentação suficiente. Insegurança jurídica está ligada, de maneira íntima, à ideia de decisão *ad hoc*. Esse acompanhamento, assim, sem dúvida, é uma forma de aumentar a previsibilidade jurídica das decisões judiciais, evitando-se decisões *as hoc* (SILVA, V., 2011a, p. 149-150).

Com Silva V., partilha-se neste estudo do ponto de vista de que a objetividade possível no discurso jurídico é, em grande medida, a possibilidade de um controle da argumentação, isto é, a viabilidade mais ampla possível de um diálogo intersubjetivo, nos moldes expostos acima. E, esse diálogo, uma vez possível, repercute no aumento do grau de segurança jurídica. Visto dessa forma, o método do sopesamento nada tem de irracional.

2.2 A ESTRUTURA DA NORMA PREVISTA NO INCISO V DO ARTIGO 203 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Postas as considerações acerca das espécies de normas e de suas diferenças, incumbe analisar, quanto a sua estrutura, a norma prevista no enunciado do inciso V do artigo 203 da CF/88. Dispõe o artigo 203:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;
III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;
IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
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.

De um olhar inicial ao texto do artigo 203, da CF/88, já é possível perceber que o enunciado do inciso V, diferentemente dos demais incisos – que parecem ostentar normas com natureza de princípios –, refere-se a uma norma com característica de regra.

Ela poderia ser descrita de diversas maneiras, como por exemplo: “é garantido [pelo Estado] o benefício mensal de um salário mínimo à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei” ou, ainda, “possuem direito [em face do Estado] ao benefício mensal de um salário mínimo pessoas com deficiência e idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provia por sua família, conforme dispuser a lei”³¹.

A norma extraída do texto do inciso V do artigo 203 da CF/88 é uma regra porque garante um direito (e, para o Estado, impõe um dever) definitivo. Ela não é um princípio, visto que, pela leitura que aqui se faz, não admite cumprimento parcial. Ou seja, é incompatível com a ideia de que haja diferença entre o que é previsto inicialmente (*prima facie*) e o que seria, por fim, definitivamente garantido por sopesamento em que fixadas determinadas “condições de precedência” relacionadas a casos concretos. Por exemplo, não se cogita, presentes as hipóteses de concessão do BPC, garantir valor menor que um salário mínimo ou não garantir valor algum.

³¹ O fato de o texto do *caput* do artigo 203 referir-se aos incisos como objetivos da assistência social em nada influencia a conclusão descrita.

Na condição de regra, o processo de sua aplicação é a subsunção. É verdade que se trata de uma regra limitada por outra regra, que é a que remete à lei ordinária a regulamentação das hipóteses de concessão, tais como os critérios de elegibilidade dos titulares estabelecidos na regra constitucional³². Mas isso não lhe retira a natureza.

O fato de ser uma norma que garante um direito social possui implicações no tratamento que lhe deve ser dispensado segundo o modelo aqui adotado, o que faz necessário prosseguir na exposição de seus conceitos. Neste momento, importa fixar que, sendo uma regra, ela representa uma escolha do legislador constituinte: dentro do universo maior de formas de assegurar-se o direito *prima facie* da assistência aos desamparados (que tem a estrutura de princípio), fora eleito o direito estruturalmente definitivo ao BPC. Trata-se, portanto, de uma regra jurídica constitucional, que representa um sopesamento levado a efeito pelo legislador constituinte e que é parte de uma Constituição dotada de força normativa³³.

2.3 SUPORTE FÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS, CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Este tópico será dedicado à exposição dos conceitos de suporte fático dos direitos fundamentais, restrições dos direitos fundamentais, conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais, conforme expostos no modelo teórico geral de Silva, V. (2011a).

O trabalho que ora se toma por referência é, do ponto de vista da abordagem metodológica, predominantemente analítico, isto é, dedica-se a uma análise acurada e sistemática de conceitos, a construções jurídicas e ao exame das fundamentações no âmbito dos direitos fundamentais³⁴. Assim, para se manter a clareza das ideias que servirão de base à construção teórica proposta neste estudo, não há como fugir de uma exposição que se

³² Em abono a caracterização do inciso V do artigo 203 da CF/88 como uma regra, pode ser mencionado que, antes de sua regulamentação pela Lei 8.742/93, o Judiciário foi provocado a se manifestar sobre a tese de auto aplicabilidade do dispositivo constitucional. Como exemplo nesse sentido, vide: TRF 2ª Região, Apelação Cível nº 02.08648-90, julgada em 16.12.1991, Diário de Justiça de 19.03.1993, Relator Juiz Henry Barbosa; STF, Recurso Extraordinário 401.127-ED, Relator Ministro Gilmar Mendes julgamento em 30.11.2004, Segunda Turma, Diário de Justiça de 17-12-2004. Sem adentrar aqui ao resultado desses julgados, essas teses podem revelar um latente raciocínio “tudo ou nada” na aplicação desse direito.

³³ Sobre o sentido de uma constituição dotada de força normativa, ver tópico 1.2.1.

³⁴ Sobre o significado de uma abordagem analítica, ver tópico 1.3.1.

caracterize como essencialmente descritiva dos conceitos adotados. Isso implicará despendendo algumas páginas em torno de uma só referência bibliográfica. Acredita-se, contudo, que se o faz de maneira necessária e proveitosa.

2.3.1 Suporte fático dos direitos fundamentais: liberdades públicas negativas e direitos sociais.

Silva, V. (2011a, p. 65-66) inicia sua explanação sobre o suporte fático dos direitos fundamentais dizendo tratar-se de um conceito quase desconhecido no direito constitucional brasileiro, cujo uso, no meio jurídico, é limitado quase que apenas ao direito penal, seara em que é chamado de “tipo”, ao direito tributário, no âmbito do qual é expresso pela preferência na utilização das expressões “fato gerador” e “hipótese de incidência” e ao direito civil, em que seu uso é feito pelos civilistas influenciados por Pontes de Miranda.

Ao falar-se de suporte fático deve-se distinguir, inicialmente, entre suporte fático abstrato e suporte fático concreto. Abstrato é o suporte fático formado, em linhas gerais, pelos fatos ou atos do mundo que são descritos por determinada norma e para cuja realização ou ocorrência se prevê determinada consequência jurídica de molde que, uma vez preenchido o suporte fático, é ativada a consequência jurídica. Suporte fático concreto, ligado intimamente ao abstrato, é a ocorrência concreta, no mundo da vida, dos fatos ou atos que a norma jurídica, no plano abstrato, juridicizou (SILVA, V., 2011a, p. 67-68). Para o modelo teórico adotado e, logo, para o presente estudo, interessará mais de perto o sentido de suporte fático abstrato.

Embora possa ter aparência de algo simples, a caracterização do suporte fático – isto é, a sua definição, a análise dos elementos que o compõem e a fundamentação de sua extensão – possui grandes consequências na teoria e prática dos direitos fundamentais. Dela dependem as respostas a perguntas sobre se um determinado ato, fato ou estado é protegido por uma determinada norma garantidora de um direito fundamental ou se uma dada ação estatal configura, ou não, uma intervenção nesse âmbito de proteção (SILVA, V. 2011a, p. 68-69).

Mas as consequências não se resumem à inclusão ou não de determinada conduta no suporte fático, o que já é em si importante. Elas abarcam também: a forma de aplicação dos direitos fundamentais (subsunção, sopesamento, concretização ou outras), que depende da extensão atribuída ao suporte fático; as exigências de fundamentação nos casos de restrição a direitos fundamentais, que dependem da configuração do suporte fático; a própria possibilidade de restrição a direitos fundamentais, que pode vir a depender do que se compreende por suporte

fático, bem como a existência de colisões entre direitos fundamentais, que é dependente de uma determinação precisa do conceito de suporte fático (SILVA, V. 2011a, p. 68).

Silva, V. (2011a, p. 69-79) dá início à sua explicação sobre os elementos do conceito de suporte fático por uma distinção analítica dos elementos do conceito de direito fundamental em sua função de defesa (como liberdade pública), estabelece a relação entre suporte fático, âmbito de proteção e intervenção e define qual é a composição do suporte fático.

Estabelece, assim, um modelo de suporte fático para as liberdades públicas e, a partir dele, pela reavaliação de suas variáveis, passa à construção de um modelo para os direitos sociais a prestações. Tendo em vista o caminho seguido pelo autor, embora interesse aqui diretamente o modelo de suporte fático relativo aos direitos sociais a prestações, para que não haja prejuízo na coerência da exposição, será necessário discorrer inicialmente sobre o que seja suporte fático para as liberdades públicas.

Pois bem, superficial e intuitivamente, é possível dar-se conta que as liberdades públicas têm como função precípua proteger algo contra intervenções indevidas. De largada, essa simples percepção exige uma pronta definição do que seja esse “algo”, de sua extensão e dos possíveis tipos de intervenção. Interessará, no ponto tratado, a definição do que é protegido e a sua relação com as intervenções possíveis (SILVA, V., 2011a, p. 70).

Foge bastante da intuição a definição de suporte fático da perspectiva das normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais. Se, como se viu acima, o preenchimento do suporte fático de uma norma é condição para que sua consequência jurídica possa ocorrer, como definir o suporte fático de normas que garantem a igualdade, a privacidade ou a liberdade de expressão? Em outras searas do direito, isso seria algo mais simples. Por exemplo, no direito penal, a tomar-se o tipo do artigo 121, do Código Penal³⁵ (homicídio), basta que alguém seja morto por outrem (ou seja, basta ocorrer aquilo que a norma descreve), para que ocorra também a consequência jurídica. As normas constitucionais, por seu turno, possuem redação distinta. Para ficar em um exemplo, dispõe o *caput* do artigo 5º da CF/88 que “todos são iguais perante a lei [...]” (SILVA, V., 2011a, p. 70).

Segundo Silva, V. (2011a, p. 71), quatro perguntas são necessárias para definição do suporte fático nesses casos: “(1) O que é protegido? (2) Contra o quê? (3) Qual é a consequência jurídica que poderá ocorrer? (4) O que é necessário ocorrer para que a consequência possa também ocorrer?”.

³⁵ “Matar alguém: Pena – reclusão de seis a vinte anos.”.

A resposta à primeira pergunta define o que se costuma denominar “âmbito de proteção do direito fundamental”. No *caput* do artigo 5º da CF/88, mencionado acima, ela é: a igualdade. Essa é apenas uma parte do suporte fático, certamente a mais importante, mas não é, sozinha, suficiente para configurá-lo. Para tanto é necessário um segundo elemento: a intervenção estatal, que revela uma parte, segundo o autor, contra-intuitiva. Fazem parte do suporte fático, portanto, tanto o âmbito de proteção (aquilo que é protegido pelo direito fundamental), quanto a intervenção estatal, em geral (aquilo contra o qual é protegido). Para que a consequência jurídica (geralmente, a exigência de cessação) possa ocorrer, é necessária uma intervenção estatal nesse âmbito (SILVA, V., 2011a, p. 71).

Como ilustração, é fornecido o seguinte exemplo:

Aquele que todos os dias, antes de dormir, ora em agradecimento ao seu deus exerce algo protegido pela liberdade religiosa. A ação “orar antes de dormir” é abarcada, sem dúvida alguma, pelo *âmbito de proteção* da liberdade religiosa (CF, art. 5º, VI). Mas a consequência jurídica típica de um direito de liberdade – como é o caso da liberdade religiosa – não ocorre. Como direito de defesa, essa consequência é a exigência de cessação de uma intervenção. Isso simplesmente porque o suporte fático dessa liberdade não foi preenchido, pois não houve qualquer intervenção naquilo que é protegido pela liberdade religiosa. (SILVA, V., 2011a, p. 71-72)

Dessa forma, o âmbito de proteção de um direito fundamental é definido pela resposta à pergunta sobre quais atos, fatos, estados ou posições jurídicas são protegidos pela norma garantidora de tal direito. É, nesse sentido, o âmbito dos bens protegidos por um direito fundamental, sendo que por bens protegidos, nessa definição, podem-se entender as ações, posições jurídicas ou estados nos respectivos âmbitos temáticos de um direito de defesa (SILVA, V., 2011a, p. 71).

Esse conceito de âmbito de proteção implica nas dificuldades de se definir, nas situações concretas, quais são, efetivamente, os bens protegidos e quais não são. E isso implica, basicamente, em duas alternativas: ou inclui-se nesse âmbito toda ação, fato, posição jurídica ou estado que tenham qualquer característica que, individualmente considerada, pertença ao âmbito temático de determinado direito fundamental (âmbito de proteção amplo) ou admite-se a necessidade de alguma forma de análise que permita excluir-se previamente algumas condutas dessa proteção (âmbito de proteção restrito). Essas alternativas estão na base de duas formas diferentes de suporte fático, igualmente definidas como ampla e restrita (SILVA, V., 2011a, p. 71-72).

Silva, V. (2011a, p. 74-75), então, propõe um modelo alternativo de suporte fático, resultado de algumas alterações feitas ao modelo proposto por Alexy e defendido por Borowski. Esse modelo é o que será adotado neste estudo. Por ele, o suporte fático – das liberdades

públicas negativas – é composto dos seguintes elementos: âmbito de proteção, intervenção estatal e ausência de fundamentação constitucional.

Nele, representa-se o âmbito de proteção como AP, intervenção estatal como IE, a ausência de fundamentação constitucional como *não-FC* e a consequência jurídica como CJ. Assim, se x é algo que o âmbito de proteção de um direito fundamental garante (APx) e se não existe fundamentação constitucional para determinada ação estatal que intervém em x (*não-FC*(IEx)), então deverá ocorrer a consequência jurídica que prevê a norma de direito fundamental para a hipótese de x (CJx). Em formulação lógica, isso seria descrito como: $(x)(APx \wedge \neg FC(IEx) \leftrightarrow OCJx)^{36}$.

Mais uma vez, revela-se oportuna uma ilustração de Silva, V. (2011a, p. 75). O autor enquadra nesse modelo de suporte fático a proibição de realizar proselitismo de qualquer natureza nas emissoras comunitárias de radiodifusão, prevista no artigo 4º, §, 1º, da Lei 9.612/98.

Se x for substituído por “proselitismo”, o caso concreto revelaria que a ação de praticar proselitismo é garantida pelo âmbito de proteção da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa (APx), bem como que não existe fundamentação constitucional (*não-FC*(IEx)) para proibi-la, de sorte que seria válida para “proselitismo” a consequência jurídica do direito de liberdade em questão (frise-se, em sua feição negativa), isto é, a exigência de abstenção estatal nesse âmbito e da cessação de eventual intervenção não fundamentada, o que ocorrerá, no caso das liberdades públicas negativas, em geral, mediante a declaração de inconstitucionalidade da norma interventora e a volta ao *status quo ante*.

Mas, como dito e redito, essa é a caracterização do suporte fático para os direitos fundamentais que representem liberdades públicas negativas e que, portanto, exigem uma omissão estatal. Outras são as exigências oriundas dos direitos sociais. O problema que os circunda, em geral, é a falta de sua realização em razão de uma omissão do Estado ou de uma ação estatal ineficiente, do que é exemplo o direito ao BPC de que trata este estudo. Portanto, as variáveis que compõem o suporte fático devem ser reordenadas no caso dos direitos sociais.

Dessa forma, se a proteção dos direitos sociais exige ações estatais, a resposta à indagação sobre o que faz parte do âmbito de proteção desses direitos deve, necessariamente, incluir ações, de sorte que proteger direitos sociais signifique realizar direitos. O âmbito de proteção de um direito social: “[...] é composto pelas ações estatais que fomentem a realização desse direito.” (SILVA, V., 2011a, p. 77).

³⁶ “O” é o símbolo lógico utilizado por Silva, V. (2011a) para representar o operador deôntico “dever”.

O conceito de intervenção estatal, relativamente ao tomado no caso das liberdades públicas negativas, sofre uma inversão. Ao contrário de significar agir de forma restritiva ou reguladora, intervir deve ter o sentido oposto: não agir ou agir de forma insuficiente. Ou seja, a intervenção estatal, no caso dos direitos sociais, estará caracterizada quando houver uma omissão do Estado ou uma ação insuficiente deste (SILVA, V., 2011a, p. 77).

No que concerne ao derradeiro elemento do conceito de suporte fático, qual seja, a sua fundamentação constitucional, a única diferença será que, no caso dos direitos sociais, o que tem que ser fundamentado constitucionalmente não é uma ação que repercuta no direito fundamental, mas justamente uma omissão ou, alternativamente, uma ação estatal insuficiente (SILVA, V., 2011a, p. 77-78).

Colocada a reorganização das variáveis do suporte fático dos direitos sociais, cabe completar o modelo com a definição de consequência jurídica. Como visto, consequência jurídica é o que ocorre quando preenchido o suporte fático. Ela será, para esses direitos, a existência de um direito definitivo à realização da ação estatal. Em resumo: quando não ocorre uma ação estatal que poderia dar ensejo à realização de um direito social e, para essa inércia (ou ação insuficiente), não há uma fundamentação jurídico-constitucional, surgirá um direito definitivo a esta ação (SILVA, V., 2011a, p. 78).

Essas são as representações do suporte fático dos direitos sociais: x é a uma ação do Estado que fomenta a realização de um determinado direito social (DSx), sendo a inércia estatal ou a insuficiência em relação a x a intervenção (IEx); se essa intervenção não é fundamentada constitucionalmente (*não-FC*), então a consequência jurídica deve ser o dever de realizar x (Ox). Em uma formulação lógica: $(x)(DSx \wedge \neg FC(IEx) \leftrightarrow Ox)$ ³⁷ (SILVA, V., 2011a, p. 78).

2.3.1.1. Suporte fático amplo e suporte fático restrito

A definição da amplitude do suporte fático dos direitos fundamentais tem relação direta na forma de controle das restrições a direitos fundamentais, na fundamentação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e é decisiva no debate sobre a eficácia das normas

³⁷ É importante deixar claro que Silva, V. (2011a, p. 78-79) parte de um conceito de direitos a prestações em sentido amplo no qual incluem-se alguns direitos caracterizados como liberdades públicas e também alguns direitos políticos, que se diferenciam dos direitos sociais por não terem o objetivo principal de realizarem a igualdade material entre os indivíduos. Por exemplo, as liberdades exigem que o Estado aja no sentido de prover sua proteção e que crie as instituições e os procedimentos necessários para seu exercício. Já os direitos políticos demandam a criação de uma Justiça Eleitoral e de um arcabouço legal de regulação do processo partidário eleitoral. Por esse modo de ver, nem todo direito a prestações é, assim, um direito social. Nada obstante, para os direitos a prestações em sentido amplo, o autor reputa adequado o mesmo modelo de suporte fático dos direitos sociais.

constitucionais garantidoras de direitos fundamentais (SILVA, V., 2011a, p. 79). Nessa perspectiva, o autor trabalha os conceitos de suporte fático restrito e suporte fático amplo, para ao final, rejeitando expressamente o primeiro (e as teorias que o veiculam), posicionar-se pelo último.

As teorias que pressupõem um suporte fático restrito têm como característica principal a não-garantia de algumas ações, posições jurídicas ou estados que, em abstrato, poderiam subsumir-se no âmbito de proteção das normas de direito fundamental. Como exemplo dessa vertente pode ser tomada a afirmação, feita em julgamento de habeas corpus no STF, no sentido de que o sigilo bancário não é garantido pela “ [...] ‘intimidade protegida pelo inciso X do art. 5º, da constituição federal.’” (SILVA, V., 2011a, p. 80).

A consequência de uma exclusão desse tipo é que, não importa que interesses haja na proteção do sigilo bancário dos indivíduos, essa seria uma proteção criada por lei ordinária, passível de ser suprimida a qualquer tempo e sem a necessidade de uma fundamentação constitucional; bastariam, para tanto, juízos de conveniência e oportunidade (SILVA, V., 2011, p. 80).

Admitir um suporte fático restrito, assim, é admitir a possibilidade de exclusão, a priori, de determinadas condutas do âmbito de proteção de normas garantidoras de direitos fundamentais. Se a conduta sequer adentra nesse âmbito, não há espaço para se falar em restrição a direitos fundamentais e tampouco para se pensar em colisão entre direitos e, por conseguinte, em sopesamento entre princípios. A conduta excluída simplesmente não é protegida (SILVA, V. 2011a, p. 80-82).

As teorias que admitem um suporte fático restrito trabalham também com a ideia de distinguir regulamentação e restrição a direitos fundamentais. Silva, V. (2011a, p. 82-94) a ilustra ao discorrer sobre as estratégias e os conceitos a que os autores recorrem para definir o conteúdo do suporte fático restrito – como visto acima, a exclusão, de antemão, de algumas condutas do âmbito de proteção de alguns direitos fundamentais –, fazendo análise pontual das teorias de Friedrich Müller (âmbito da norma e especificidade), John Rawls (a prioridade das liberdades básicas) e Laurence Tribe (os dois caminhos da liberdade de expressão).

Em brevíssima síntese, as regulamentações a direitos fundamentais não representariam intervenções estatais restritivas e indevidas, pois são necessárias para promover seu exercício. Assim, utilizando-se o exemplo de Rawls acerca da liberdade de expressão, restrições que digam respeito apenas ao tempo, ao local e aos meios utilizados no exercício dessa liberdade (mas não diretamente ao seu conteúdo essencial) não seriam restrições a direitos propriamente

ditas, mas somente regulamentações e, nessa condição, seriam permitidas (SILVA, V., 2011a, p. 92, 102).

Diferente é o espaço da discussão nas teorias que adotam um suporte fático amplo. Nelas, a ênfase da argumentação não recai sobre o que integra e o que não integra o âmbito de proteção das normas de direitos fundamentais ou sobre o que configure ou não uma intervenção estatal. O debate se concentrará nas possibilidades de fundamentação constitucional das intervenções estatais; será travado, destarte, não na definição inicial daquilo que é protegido ou daquilo que seja uma intervenção, mas, posteriormente, no momento da fundamentação da intervenção do Estado (SILVA, V., 2011a, p. 94).

Para essa vertente teórica e, especificamente, para a aqui tomada por referência, a distinção entre regulamentação e restrição perde muito seu sentido e é conceitualmente difícil, se não impossível. Toda forma de regulamentação de um direito fundamental é tida como restrição a esse direito e, portanto, como uma intervenção estatal. A inconstitucionalidade de uma medida, assim, não dependerá de sua classificação como uma restrição. Um juízo de inconstitucionalidade de dada medida não dependerá, também, apenas da decisão sobre o seu caráter restritivo e sobre sua intensidade; admite-se a existência de restrições intensas que podem ser constitucionais e restrições leves que podem ser inconstitucionais. Independentemente de como se caracterize a intervenção (regulamentação, restrição ou qualquer outra), sempre será necessário um sopesamento (SILVA, V., 2011a, p. 100-108)³⁸.

Na base da ideia de um suporte fático amplo está a distinção entre o que é protegido *prima facie* e o que está protegido definitivamente. Assim, diferentemente das acepções tidas sobre uma ideia de suporte fático restrito, a indagação sobre o que integra o âmbito de proteção de um determinado direito fundamental tem consequências menos drásticas e poderia ser representada, da mesma forma, pela pergunta “o que é protegido *prima facie* por esse direito?” (SILVA, V., 2011a, p. 109). A resposta, intencionalmente aberta para caracterizar uma maior proteção, seria:

[...] toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do âmbito temático de um determinado direito fundamental deve ser considerada

³⁸ Silva, V. desenvolve essa ideia claramente e explorando exemplos do direito nacional (análise de caso da ADI 1.969 e de dispositivo legal, a saber, do artigo 39, §5º, I, da Lei 9.504/97, Lei Eleitoral), do direito estrangeiro (Decreto-lei 406/74, de Portugal e §16, 1, da lei alemã sobre direito de reunião), além de exemplos hipotéticos (como o de restrição ínfima em intensidade, porém inconstitucional: lei brasileira que proibisse manifestações de partidos comunistas nos dias 10 de fevereiro de cada ano, entre as 14 e 18 horas), trabalhando-os em confronto com os posicionamentos de Rawls e Tribe. Tendo em vista o objeto deste trabalho, eles não serão detalhadamente descritos aqui.

como abrangida por seu âmbito de proteção, *independentemente da consideração de outras variáveis*. (SILVA, V., 2011a, p. 109)

A despeito de uma possível impressão inicial, essa resposta não implica no reconhecimento de direitos absolutos. Se o que é aceito como protegido pode o ser apenas *prima facie*, é possível que sofra restrições posteriores. Porém, essas restrições estão sujeitas ao controle de uma fundamentação constitucional, vale dizer, será necessário racionalmente argumentar sobre o seu porquê. Ausente fundamentação constitucional, serão consideradas violações a direitos fundamentais. Constitucionalmente fundamentadas, serão restrições permitidas.

No plano teórico, os efeitos de uma concepção de suporte fático amplo acabam por acarretar uma maior proteção dos direitos fundamentais. Isso porque não apenas o conceito de âmbito de proteção é amplo, mas também o conceito de intervenção estatal. A proteção definitiva de um direito fundamental passa a ser dependente da classificação de uma intervenção como violação inconstitucional ou como restrição constitucionalmente aceita. Esse modelo, portanto, impõem um maior ônus argumentativo às ações restritivas de direitos fundamentais (SILVA, V., 2011a, p. 111-112).

Com essa colocação não se quer dizer que as teorias que partem de um suporte fático restrito não exijam algum tipo de argumentação na atividade de excluir ou incluir condutas no âmbito de proteção ou na tarefa de demonstrar qual conduta estatal configuraria uma restrição e qual conduta consistiria em uma mera regulamentação. A diferença – como salientado anteriormente – é que tais formas de argumentar retiram, ainda que não declaradamente, a Constituição do centro do debate na parte mais cara aos direitos fundamentais: justamente a exclusão de uma conduta do âmbito de proteção ou o afastamento de uma conotação restritiva de uma ação ou omissão estatal ao admiti-las como meras regulamentações.

Dito de outro modo, a conduta excluída do âmbito de proteção sequer é considerada protegida e a ação ou omissão estatal nada viola, pois apenas regulamenta. E se não há proteção e não há razões para voltar a atenção a uma conduta estatal meramente regulamentadora, não há motivos para que a Constituição seja parte imprescindível no debate.

Essas considerações sobre o suporte fático amplo tecidas no plano teórico são, como salientado, características da dimensão analítica da dogmática jurídica (vide tópico 1.3.1). Elas lançarão luzes à análise da prática judicial levada a cabo no capítulo 3, no qual serão trabalhados alguns julgados do STJ e do STF (dimensão empírica da dogmática jurídica).

2.3.2 Restrições a direitos fundamentais

Os conceitos mais amplos de âmbito de proteção e de intervenção estatal, próprios de um modelo de suporte fático amplo, trazem consigo um problema que é resultado dessa expansão: a colisão entre direitos e a necessária restrição deles em alguns casos (SILVA, V., 2011a, p. 126-127). O autor o enfrenta a partir da análise dos dois principais enfoques na reconstrução da relação entre o direito e suas restrições, a saber, as abordagens da teoria interna e da teoria externa, e, na sequência, da regra da proporcionalidade, reputada como a principal forma de controle às aludidas restrições (SILVA, V., 2011a, p. 126-182).

Em linha bem gerais, na chamada teoria interna defende-se que o processo de definição dos limites de um direito fundamental é algo interno a ele; não se concebe por aspectos externos (são, assim, limites imanentes). Nesse sentido, não são admitidas colisões de direitos. É possível concluir que por esse viés teórico as normas de direitos fundamentais possuem a estrutura de regras (garantem direitos e estabelecem deveres definitivos). Não se admite a existência de normas que veiculem direitos *prima facie*, passíveis de sofrerem colisão com outras normas e de serem restringidas ante as circunstâncias de fato e de direito no caso concreto, mediante sopesamento. Por esse modo de ver, haverá, portanto, tal como nas teorias que pressupõem um suporte fático restrito, um ônus de se fundamentar as limitações a direitos a “partir de dentro”, de forma a excluir restrições externas (SILVA, V., 2011a, p. 128-130).

A figura dos limites imanentes é presente comumente nos trabalhos que têm por pressuposto a teoria interna, porém existem alternativas de fundamentação de uma visão interna dos limites dos direitos fundamentais sem recorrer-se a esse tipo de limites, das quais a principal é a teoria institucional dos direitos fundamentais de Peter Häberle (SILVA, V., 2011a, p. 130). Crê-se desnecessário, para os fins aqui traçados, expor a ideia geral da teoria institucional, bastando referir que Silva, V. (2011a, p. 133-138) a apresenta como incompatível com os pressupostos de uma teoria externa – da qual se tratará adiante – e de uma teoria que admita um suporte fático amplo, como acima visto³⁹.

O conceito de limite na teoria interna (limites imanentes) é escolhido para rejeitar a ideia de restrição: definem-se limites (internos, próprios dos direitos fundamentais), para se afastar a

³⁹ Sobretudo porque, na visão do autor, Häberle concebe, em sua teoria, a atividade legislativa infraconstitucional com não restritiva da liberdade, pelo fato de considerar não preexistir a liberdade, como instituto, à atividade do legislador. Este, na verdade, a cria; não a restringe; apenas delimita seus contornos, a desenvolve e a garante (SILVA, V., 2011a, p. 137).

imposição de restrições (levadas a efeito por outros direitos ou fatores que não o próprio direito limitado). Evidentemente, não se reivindicam direitos absolutos na teoria interna. Um recurso ao qual recorrem os adeptos dessa teoria é à ideia de limites imanentes a cada direito e, no caso dos direitos fundamentais, tais estariam definidos, implícita ou explicitamente, na própria Constituição (SILVA, V., 2011a, p. 130-131).

Explicita Silva, V. (2011a, p. 132-133) que o binômio “declarar/constituir” torna fácil de perceber a diferença entre os limites imanentes e as restrições a direitos fundamentais decorrentes de colisões, conceitos que são mutuamente excludentes. Enquanto as colisões acabam por “constituir” novas restrições a direitos fundamentais, na perspectiva dos limites imanentes o que se faz, por meio de uma interpretação constitucional, é somente “declarar” limites previamente existentes de tais direitos. O problema dessa teoria é, tal como visto nas teorias que partem de um suporte fático restrito dos direitos fundamentais (porém aqui com uma ênfase na relação entre direitos fundamentais e suas restrições), definir o que é protegido (ou que está dentro dos limites imanentes), e o que não é (ou seja, o que “ultrapassou a borda dos limites e está do lado de fora do direito”).

A teoria interna, assim, pressupõe a existência de apenas um objeto, a saber o direito e seus limites (imanentes). Contrariamente, a teoria externa tem dividido seu objeto em duas partes: primeiramente, existe o direito em si e, à parte dele, as suas restrições. Trata-se de diferença aparentemente insignificante, mas cuja importância se revela nos desdobramentos práticos e teóricos. Por exemplo, é a partir dessa divisão que se pode chegar ao sopesamento como forma de solução de colisões entre direitos fundamentais, bem como à utilização da regra da proporcionalidade com suas três sub-regras, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Apenas a partir do paradigma da teoria externa (restrições não interferem no conteúdo do direito, mas apenas, nos casos concretos é que podem restringir seu exercício) é possível sustentar que, em uma colisão entre princípios, o princípio que tem de ceder a outro não tem afetadas a sua validade nem a sua extensão *prima facie* (SILVA, V., 2011a, p. 138).

O direito definitivo não é, ao revés do defendido na teoria interna, algo definido internamente e de antemão. Apenas nos casos concretos⁴⁰, após o sopesamento ou, se for o caso, aplicação da regra da proporcionalidade, é possível definir o que vale de maneira definitiva. O conteúdo definitivo do direito é definido a partir de fora, a partir das condições fáticas e jurídicas existentes. Essa restrição externa pode ocorrer de duas formas, como já antecipado acima:

⁴⁰ Sobre a acepção de caso concreto ora adotada, vide 1.3.1, nota nº 20.

restrições por meio de regras e restrições baseadas em princípios (SILVA, V., 2011a, p. 140-142).

Silva, V. (2011a, p. 158-164) explica que não há uma relação necessária e nem mesmo frequente entre a aceitação de um suporte fático amplo e a teoria externa, bem como a adoção de um suporte fático restrito e a teoria interna. Essa não é uma ligação necessária porque, metodologicamente, abordar a extensão do suporte fático não implica abordar a forma de relação entre o direito e suas restrições. Assim, é possível pressupor um suporte fático restrito junto com as premissas da teoria externa no que diz respeito à relação entre o direito e suas restrições. Na relação entre os direitos fundamentais e suas restrições, a posição tomada neste estudo é pela teoria externa.

2.3.2.1 Restrições por meio de regras e restrições baseadas em princípios

Convém retomar aqui uma ideia anteriormente exposta. No mais das vezes as restrições são veiculadas por meio de regras criadas pela legislação infraconstitucional, que representam um sopesamento entre princípios levado a efeito pelo legislador. Pela ótica deste modelo, salvo na situação inicial do surgimento de uma regra criada judicialmente, não é cabível o sopesamento entre a regra infraconstitucional e o princípio constitucional, pois aquela, produto de sopesamento realizado pelo legislador, constitui-se em uma restrição ao um direito garantido *prima facie* (com estrutura de princípio).

Silva V. (2011a, p. 141-142), nesse ponto, traz como exemplo a regra do art. 76, da Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, que veicula exigência direcionada às emissoras de TV, de que exibam somente programas com finalidades artísticas, culturais, educativas e informativas no horário recomendado ao público infanto-juvenil. Não há aí uma colisão de tal regra com a liberdade de imprensa; o que existe é uma restrição da liberdade de imprensa por dita regra. Como restrição, estará sujeita a um tipo próprio de controle.

De maneira diferente ocorrem as restrições baseadas em princípios. Do ponto de vista material, pode se dizer que as restrições a direitos fundamentais são sempre baseadas em princípios, que, por possuírem suporte fático amplo, se chocam. Contudo, a referência que aqui se faz é a uma restrição sob o aspecto formal, e ela pode ocorrer de formas diversas.

Em geral, como dito, as restrições a direitos fundamentais são expressadas por meio de regras da legislação infraconstitucional. No entanto, pode ser que o legislador não tenha resolvido uma determinada situação de colisão, isto é, pode ser que não haja regras jurídicas. Nessas hipóteses, caberá ao juiz, no caso concreto, decidir qual princípio deverá prevalecer e,

ao fazê-lo, acabará por restringir o direito fundamental garantido pelo princípio que teve de ceder. A restrição com base em princípios, portanto, não decorre de uma regra da legislação infraconstitucional, mas apenas da competência do juiz de tomar a decisão em um dado caso concreto (SILVA, V., 2011a, p. 143).

2.3.2.2 A regra da proporcionalidade

Também tratada na doutrina por princípio da proporcionalidade ou por postulado aplicativo normativo (denominação de Humberto Ávila), a proporcionalidade, conforme a entende Silva, V. (2011a, p. 168-169), é uma regra especial, ou uma regra de segundo nível, ou ainda uma meta-regra, voltada à aplicação de outras normas. Não é uma regra de conduta e tampouco de competência. É, contudo, enxergada pelo autor como uma regra, pois, dentro da acepção adotada entre regras e princípios – vista acima – a proporcionalidade tem a estrutura de dever definitivo, de regra jurídica.

Como já salientado, a regra da proporcionalidade é composta por três sub-regras, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A primeira, a adequação, tem a aplicação iniciada a partir da indagação sobre se a medida estatal adotada é adequada para fomentar a realização do objetivo perseguido. Isso porque uma medida estatal que implique intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental, deve, necessariamente, ter como objetivo uma finalidade constitucionalmente legítima, a qual, no mais das vezes, é a realização de outro direito fundamental. Não se exige, como sustentam alguns autores, que a medida seja suficiente para uma realização completa do objetivo, sendo necessário que seja capaz de fomentá-lo (SILVA, V., 2011a, p. 170).

A segunda sub-regra, a necessidade, também conhecida como “exigibilidade”, não se refere a uma situação de necessidade ou de urgência que acarrete a imposição de uma conduta. Por um lado, porque pode ser uma questão de conveniência e oportunidade política, por outro, porque o exame da necessidade, para aplicação da regra da proporcionalidade, é um teste comparativo. Em outras palavras, um ato estatal é necessário na ocasião em que é comparado com outras alternativas que poderiam ser utilizadas para o mesmo fim. Dessa maneira, um ato estatal limitador de direito fundamental somente será necessário na hipótese de não poder ser promovida a realização do objetivo em foco, com a mesma intensidade, por intermédio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido (SILVA, V., 2011a, p. 171). O autor exemplifica:

Nesse sentido, vamos supor que o Estado lance mão da medida M_1 , que limita o direito fundamental D , mas promove o objetivo O . Se houver uma medida M_2 que, tanto quanto M_1 , seja adequada para promover *com igual eficácia* o objetivo O , mas limite o direito fundamental D em menor intensidade, então a medida M_1 , utilizada pelo Estado, não é necessária. (SILVA, V., 2011a, p. 171)

O teste da adequação refere-se apenas a relação meio e fim entre uma medida e um objetivo, ao passo que no exame da necessidade, imprescindivelmente comparativo, consideram-se medidas alternativas (sempre tendo como referência a medida estatal adotada) para se obter o mesmo fim. Essa comparação, própria do exame da necessidade, envolve duas variáveis, a saber, a eficiência da medida na realização do objetivo proposto e o grau de restrição ao direito fundamental atingido (SILVA, V., 2011a, p. 171).

Apenas no caso de ambas as medidas comparadas serem igualmente eficientes na realização do objetivo é que se optará pela medida menos gravosa. Das duas variáveis, a eficiência da medida é a decisiva no exame da necessidade. Nessa perspectiva, o controle contra uma “eficiência a todo custo”, que poderia resultar da aplicação da regra da proporcionalidade via exame da necessidade, é feito pela terceira sub-regra, a proporcionalidade em sentido estrito (SILVA, V. 2011a, p. 171-172).

É importante salientar que, mesmo em um modelo simples de exame da necessidade como o transcrito linhas acima, não existem, obviamente, critérios matemáticos que forneçam respostas a questões como qual medida realiza melhor o objetivo ou que medida restringe menos o direito afetado. Indagações como essas envolvem, necessariamente, uma valoração subjetiva por parte do juiz. E situações concretas podem – e geralmente apresentam – um cenário mais complexo e difícil de ser dominado:

É possível que uma medida M_1 seja mais eficiente na realização de um objetivo O , restrinja o direito D_1 com muita intensidade e o direito D_2 de forma não tão intensa; já a medida M_2 é um pouco menos eficiente na realização de O , mas não restringe o direito D_1 , restringe com muita intensidade do direito D_2 e, ainda, restringe um pouco o direito D_3 ; por fim, uma outra medida alternativa M_3 tem grau de eficiência intermediário entre M_1 e M_2 na realização de O , restringe com média intensidade o direito D_1 , não restringe o direito D_2 e restringe com muita intensidade o direito D_3 . (SILVA, V., 2011a, p. 177-178)

Estabelecer qual a medida necessária em uma situação como esta não é uma tarefa a ser mensurada de forma exata. Silva V. (2011a, p. 177-178) utiliza-se da ilustração acima para concluir, em resposta à crítica no sentido de que a subjetividade⁴¹ seria um problema da terceira

⁴¹ Mais precisamente, à crítica de que a proporcionalidade em sentido estrito equivale a substituir a subjetividade do legislador pela subjetividade do juiz.

sub-regra, proporcionalidade em sentido estrito – da qual se tratará a seguir –, que existem casos em que o exame da necessidade pode ser extremamente mais complexo e demandar mais valorações por parte do juiz que o exame da proporcionalidade em sentido estrito.

Por fim, há a proporcionalidade em sentido estrito, terceira sub-regra e exame final da proporcionalidade. Esta última etapa consiste em um sopesamento entre os direitos envolvidos e tem como função principal evitar exageros decorrentes da aplicação das sub-regras anteriores, é dizer, coibir que medidas estatais, nada obstante tenham passado no exame da necessidade e da adequação, restrinjam direitos fundamentais além do que possa justificar o objetivo buscado (SILVA, V., 2011a, p. 175).

Como ilustração de um exagero, o autor fornece o exemplo da aprovação de uma lei que proíbe (a) qualquer tipo de jornalismo investigativo, (b) toda divulgação de dados constantes em todo tipo de processo, em qualquer estágio, (c) a publicação de todo e qualquer tipo de foto, de qualquer pessoa, salvo com expressa autorização de quem for fotografado e (d) a quebra de sigilo bancário em qualquer caso. É certo que uma lei dessas seria adequada e, por ter um alto grau de eficiência, necessária. Se relegada apenas às duas primeiras sub-regras, não haveria dúvidas de sua constitucionalidade. Ela não passaria, contudo, no teste da proporcionalidade em sentido estrito (SILVA, V., 2011a, p. 174-175).

Evidentemente, na grande parte dos casos, decidir se o grau de realização de determinado direito pode justificar a restrição de outros direitos não é uma atividade simples. Contudo, isso não retira a importância e a pertinência da sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito. Sobre a racionalidade/objetividade do sopesamento, faz-se remissão à considerações tecidas no tópico 2.1.5.1.

É importante um esclarecimento. A regra da proporcionalidade aplica-se ao controle das restrições a direitos fundamentais veiculadas por regras presentes em uma norma infraconstitucional, que é o que ocorre mais frequentemente. Uma restrição constitucionalmente fundamentada e, portanto, que não caracteriza uma violação, é aquela que passa no teste da proporcionalidade. Para os casos, contudo, nos quais não há regra infraconstitucional que discipline a colisão entre dois princípios, ou seja, para as hipóteses mais raras nas quais princípios constitucionais deverão ser aplicados diretamente aos casos concretos, deverá haver apenas um sopesamento entre os potenciais princípios. Portanto, uma é a situação de sopesamento que ocorre na aplicação da sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito; outra é a situação de sopesamento decorrente da aplicação direta de princípios aos casos concretos (SILVA, V., 2011a, p. 179).

A razão disso é simples, salienta o autor, e reside no fato de que, para aplicação da regra da proporcionalidade, deve haver uma medida estatal concreta que será testada, o que falta no caso da aplicação direta de princípios aos casos concretos, de sorte que, não existindo uma variável de referência, não há possibilidade alguma de adotar a regra da proporcionalidade (SILVA, V., 2011a, p. 179).

Abra-se aqui um parêntese. Em nota de rodapé, Silva, V. (2011a, p. 179), quanto à impossibilidade de aplicação da regra da proporcionalidade na ausência de medida a ser testada, faz uma consideração a título de exceção. Refere-se à utilização da regra da proporcionalidade para o controle de omissões legislativas, situações em que, obviamente, não há medida a ser testada. Não adentra na análise dessa hipótese, sob a justificativa de que ela extrapolaria os limites de seu trabalho, mas deixa o registro de que se cuidaria de uma possibilidade problemática.

Tal colocação pode, aparentemente, revelar-se como um impasse para o presente trabalho, que tem como preocupação o problema da regulamentação legal deficitária do BPC. Contudo, acredita-se não ser este o caso. O atual estágio de discussão, no Judiciário, do problema tratado neste estudo, somado aos demais conceitos que serão adiante expostos, fornecerá um norte seguro para uma solução consistente sob os aspectos da racionalidade da segurança jurídica.

Isso considerado, fazendo a ponte do que foi dito no início do tópico, cabe ressaltar que o recurso aos limites imanentes, utilizado tanto para realizar os postulados da teoria interna, quanto, no âmbito da teoria externa, para restringir de antemão o suporte fático de direitos fundamentais, tem como implicação a exclusão, a priori e sem a exigência de uma fundamentação constitucional, da regra da proporcionalidade. Igualmente, a dicotomia restrição (proibido) regulamentação (permitido) tem como consequência a não aplicação da regra da proporcionalidade àqueles dispositivos tidos como uma mera regulamentação. Em ambos os casos (limites imanentes e meras regulamentações) a consequência é uma diminuição da capacidade protetora dos direitos fundamentais (SILVA, V., 2011a, p. 180-181).

2.3.3 Conteúdo essencial relativo dos direitos fundamentais

Do que se viu até aqui, é possível perceber que no modelo de Silva, V. (2011a) estão diretamente relacionados: a teoria dos princípios, a teoria externa e de um suporte fático amplo e a regra da proporcionalidade. Decorre dos pressupostos teóricos tomados, como se verá, a

definição de um conteúdo essencial relativo dos direitos fundamentais. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais, nesse modelo, como o próprio autor enfatiza deve ser encarado:

[...] como um fenômeno complexo, que envolve uma série de problemas inter-relacionados. Esses problemas – que são, na sua complexidade, o objeto do trabalho – já foram analisados até aqui e são, sobretudo, aqueles ligados: (a) à análise daquilo que é protegido pelas normas de direitos fundamentais; (b) à relação entre o que é protegido e suas possíveis restrições; (c) a como fundamentar tanto o que é protegido como as suas restrições. O que se disse anteriormente pode e deve ser retomado aqui: é da relação dessas variáveis – e de todos os problemas que as cercam – que se define, na visão deste trabalho, *o conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. (SILVA, V. 2011a, p. 183-184).

Toda teoria relativa tem como ponto central a rejeição de um conteúdo essencial para cada direito fundamental que possa ser representado por um espaço de contornos fixos e passíveis de serem definidos de antemão. A definição do que é essencial e, portanto, objeto de proteção, dependerá, para essa vertente teórica, das condições de fato e das colisões entre os diversos direitos e interesses no caso concreto. Isso implica dizer que o conteúdo essencial de um direito fundamental não é sempre o mesmo e poderá sofrer câmbios de situação para situação, a depender dos direitos envolvidos em cada caso (SILVA, V., 2011a, p. 196).

A versão principal de uma teoria relativa sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é a que o vincula à regra da proporcionalidade. Dessa forma, o conteúdo essencial será garantido após aplicação da regra da proporcionalidade nos casos de restrições a tais direitos. Conteúdo essencial e proporcionalidade, assim, são conceitos que possuem uma relação íntima: restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não atingem o conteúdo essencial dos direitos objeto de restrição e são, portanto, constitucionais (SILVA, V., 2011a, p. 197, 206).

Uma invasão ao conteúdo essencial de um direito fundamental não é definida, portanto, simplesmente com base na intensidade da restrição. É contraposto à intensidade da restrição o grau de realização e de importância de outros princípios envolvidos nas situações concretas. Por essa razão, como trabalhado linhas acima, uma restrição, mesmo caracterizada como leve, pode ser tida como uma invasão a dado direito fundamental se não lograr ser constitucionalmente fundamentada, ao passo que uma restrição intensa que conte com fundamentação constitucional não será assim configurada. Portanto, por esse viés teórico, “[...] *restrições não-fundamentadas, mesmo que ínfimas, violam o conteúdo essencial dos direitos fundamentais [...]*” (SILVA, V., 2011a, p. 198).

Para Silva, V. (2011a, p. 200-202), a dignidade da pessoa humana, a despeito de sua importância, segue o mesmo tratamento dos demais princípios constitucionais e tende a ter um

conteúdo essencial relativo, excetuados os casos em que a própria Constituição, em normas com a estrutura de regra, estabeleça condutas absolutamente vedadas nesse domínio. De todas, a principal é a vedação de tratamento degradante, prevista no artigo 5º, III, da CF/88, que constitui barreira não suscetível de relativizações a partir de sopesamento no conteúdo essencial da dignidade humana. Isso é defensável se, como explicitado no tópico 1.2.1, tem-se como pressuposto uma constituição dotada de força normativa.

Por fim, importa considerar o conteúdo essencial dos direitos sociais. Como se viu anteriormente, o suporte fático dos direitos sociais pode ser expressado da seguinte maneira: a inércia estatal sem fundamentação constitucional relativamente a uma dada ação hábil a fomentar a realização de um determinado direito social gera a consequência jurídica consistente no dever do Estado de realizar essa ação. O conteúdo essencial de um direito social, na teoria relativa, portanto, possui íntima ligação com um complexo de fundamentações obrigatórias para justificar eventuais não-realizações desse direito. Ou, dito de outro modo, assim como os outros direitos fundamentais, que nascem como normas com natureza de princípio, deve um direito social realizar-se na maior medida possível, ante as condições jurídicas e fáticas presentes. O conteúdo essencial de um direito social, assim, é aquilo que, nessas condições, é realizável (SILVA, V., 2011a, p. 205).

Deve-se deixar claro: na visão deste trabalho, a ilustrar coerentemente essa afirmação, tome-se como exemplo o direito constitucional ao BPC. Ele decorre do direito à assistência aos desamparados, previsto no artigo 6º, *caput*, da CF/88, o qual tem a natureza de princípio (ou seja, é um direito *prima facie*). Através de um sopesamento realizado no caso concreto pelo legislador constituinte, gerou-se o direito garantido no inciso V do artigo 203 da CF/88.

Pois bem, inseridos nesse contexto é que devem ser vistos, neste modelo, conceitos como mínimo existencial e reserva do possível. Nas palavras do autor: “Ou seja, o mínimo existencial é aquilo que é possível realizar diante das condições fáticas e jurídicas, que, por sua vez, expressam a noção, utilizadas às vezes de forma extremamente vaga, de reserva do possível.” (SILVA, V., 2011a, p. 205).

2.3.4 Eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais

O desenvolvimento do modelo proposto por Silva, V. (2011a) desemboca, por fim, na abordagem sobre a eficácia das normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais. Neste aspecto, contrapõe-se à teoria da eficácia das normas constitucionais de Silva, J. (2012), na qual as normas constitucionais seriam divididas em normas de eficácia plena (e

aplicabilidade imediata; aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem ou têm a possibilidade de produzir todos os efeitos essenciais), normas de eficácia contida (têm eficácia plena mas podem sofrer restrição pelo legislador infraconstitucional) e normas de eficácia limitada (cuja produção plena de efeitos depende da atividade do legislador ou de outros órgãos estatais).

Em linhas bem gerais, a distinção de Silva, J. (2012) tem por base duas diferenciações essenciais, a saber, entre as normas que podem ou não podem ser restringidas e entre as normas que precisam e que não precisam de regulamentação ou desenvolvimento infraconstitucional. A incompatibilidade dessa distinção com o modelo de Silva, V. (2011a) é evidente, uma vez que, neste último, é expressamente rejeitada a distinção entre regulamentação e restrição. Toda regulação é, a um só tempo, uma restrição, da mesma forma que toda restrição é uma regulação (SILVA, V., 2011a, p. 209).

Não se ocupará aqui do desenvolvimento detalhado desse antagonismo teórico, passando-se diretamente ao modo como é encarada a eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais e suas implicações teóricas e práticas. Os pressupostos teóricos adotados no modelo ora tomado como referência conduzem à conclusão de que todas as normas estão sujeitas a restrição e todas elas podem e, às vezes, devem, ser regulamentadas (SILVA, V., 2011a, p. 230-231).

Todos os direitos acarretam custo. Ao contrário do que tradicionalmente costuma-se defender, não apenas os direitos sociais são onerosos ao Estado, mas também as liberdades públicas e os direitos políticos. A limitação da eficácia de uma norma, dessa forma, não é algo intrínseco a ela, que decorre exclusivamente do texto constitucional. Tal limitação é dependente muito mais de opções político-ideológicas; não tem relação necessária com o texto constitucional. Sob esse ponto de vista, todas as normas têm eficácia limitada. Ocorre que algumas delas, por razões extrínsecas, possuem condições mais favoráveis para produzir efeitos (SILVA, V., 2011a, p. 232).

Para exemplificar essa ideia, Silva, V. (2011a, p. 232-238) contrapõe o direito ao sufrágio e o direito à saúde, bem como as categorias de direitos liberdades públicas e direitos sociais. Segundo a visão de Silva, J. (2012), o direito ao sufrágio seria uma norma de eficácia plena (que não depende de regulamentação para produzir os efeitos pretendidos), ao passo que o direito à saúde seria assegurado por uma norma de eficácia limitada (vale dizer, a produção plena de efeitos é dependente de ação estatal).

Tais direitos, conforme a tese de Silva, V., em nada se diferenciam no âmbito constitucional, sendo que a diferença entre ambos, quanto à possibilidade de produzir os efeitos

desejados, não se encontra divisão “necessidade/desnecessidade” de regulamentação estatal. Para que produza efeitos, a norma do artigo 14, da CF/88, necessita, por exemplo, da criação e manutenção de seções eleitorais e de juntas de apuração, da organização e manutenção de um órgão responsável pela organização e pelo funcionamento adequado das eleições, bem como da elaboração de uma legislação eleitoral partidária. Ao seu turno, o artigo 6º (direito à saúde), da CF/88, para produzir efeitos, por exemplo, demanda a construção de hospitais, a contratação de médicos, a definição de prioridades no tratamento de moléstias. Para as duas normas, a atuação estatal é necessária e imprescindível.

Ambas as normas, como se vê, necessitam de ação estatal para que produzam efeitos. A diferença entre elas, salienta o autor, não se encontra no plano jurídico-analítico, mas no âmbito jurídico empírico; é uma diferença fático temporal. No caso do direito ao sufrágio, as condições necessárias – institucionais, legais e financeiras – à produção de efeitos já existem. No caso do direito à saúde, as condições existentes não são ideais, pois existe uma carência de hospitais, falta um plano de carreira e bons salário, por exemplo. Diante desse quadro, e somente por ele, a norma constitucional que garante o direito à saúde não é capaz de produzir efeitos.

Do mesmo modo, as liberdades públicas, compreendidas as três novas formas de efeitos jurídicos (efeitos horizontais ou efeitos nas relações entre particulares, direitos de proteção e direitos a organização e procedimentos), demandam uma ação estatal para produzir efeitos. Como exemplo, Silva, V. menciona o direito de propriedade, que só atingirá sua plenitude se houver a proteção do Estado, que se exterioriza através de legislação própria e da criação e manutenção de organizações como polícia, Poder Judiciário, cartório de registros, bem como pela criação de procedimentos de aquisição da propriedade. Tal como no exemplo do direito à saúde, a diferença entre as liberdades públicas e os direitos sociais reside no fato de que, para estes últimos, as condições institucionais, legais e materiais para produção de efeitos ainda não existem, ao menos não da mesma maneira que para as primeiras.

Se, como discorrido, a diferença entre as normas constitucionais que consagram liberdades públicas e as que asseguram direitos sociais não é tão acentuada como se defende de costume, qual seria a explicação de a efetividade destas últimas ser menor? Uma das razões, sustenta o autor, é o fato apontado linhas acima: as condições para o exercício dos direitos sociais têm ainda que ser criadas, ao passo que os requisitos institucionais, fáticos e legais para produção de efeitos das liberdades públicas já existe (SILVA, V., 2011a, p. 241).

Uma segunda razão, diretamente relacionada com a primeira, seria que a criação de condições de exercício dos direitos sociais é “pura e simplesmente, mais cara.” (SILVA, V.,

2011a, p. 241)⁴². A explicação do custo mais elevado seria o fato de que as condições a serem criadas para conferir efetividade às normas de direitos sociais compreendem, além de tudo aquilo que se mostra necessário para produção de efeitos das liberdades públicas (proteção, organização, procedimentos, etc.), também uma parcela de gastos específica do próprio direito social, a qual não seria aproveitada de maneira global, como nas liberdades públicas, mas unicamente na realização do direito social na qual é utilizada.

Exemplifica o autor essa afirmação dizendo que a construção de hospitais e a manutenção destes, a contratação de médicos, a compra de materiais hospitalares caros, a organização de combate a epidemias, dentre outras medidas, são aproveitáveis unicamente para a realização do direito à saúde. O mesmo ocorre na criação das condições necessárias para produção de efeitos da norma constitucional que garante o direito à educação. A construção e manutenção de escolas, a contratação de professores, compra de material escolar e de alimentos para merenda são exemplos de medidas que serviriam unicamente a esse direito (SILVA, V., 2011a, p. 241-242).

Embora Silva, V. expressamente deixe claro que não tem a intenção, no ponto, de teorizar sobre os custos dos direitos, revelando que não se aprofundará no assunto, não há como concordar por completo com o que diz o autor. O maior custo dos direitos sociais pode ser intuitivo de uma maneira geral, mais ainda se excluídos da conta os gastos com as instituições do Estado destinadas a assegurar a fruição tanto de direitos sociais, como de direitos civis e políticos. Mas, sem a colaboração de argumentos empíricos e uma prévia e clara demonstração dos parâmetros e objetivos dos cálculos em cada caso, acredita-se que não há segurança para afirmar que os direitos sociais (todos e em qualquer caso) “pura e simplesmente custam mais”. Por outro lado, o poder público pode, em suas ações, compor arranjos de direitos sociais distintos, não sendo impossível, por exemplo, que uma ação governamental aproveite uma estrutura destinada a veicular assistência aos desamparados para, por exemplo, facilitar a veiculação mais efetiva de direito à saúde dos idosos ou promover a integração da pessoa com deficiência no mercado de trabalho⁴³. Nessas hipóteses, os custos não seriam aproveitáveis unicamente apenas para um direito social.

⁴² Essa ideia é complementada em outra publicação do autor, na qual é explicitado que como as instituições políticas, jurídicas e de segurança do Estado asseguram tanto a fruição de direitos civis e políticos, quanto de direitos econômicos e culturais, os gastos a elas relativo são deixados de lado na comparação de custos entre essas duas espécies de direitos (SILVA, V., 2008, p. 592-594).

⁴³ Para reforçar esse exemplo, dispõe o artigo 2º, da Lei 8.742/93, com a redação dada pela Lei 12.435/11, que se constituem objetivos da assistência social a promoção da integração ao mercado de trabalho (alínea “c”) e a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária (alínea “d”).

Por fim, cabe colocar que esse modo de enxergar a eficácia das normas constitucionais pode contribuir no trato do complexo problema da falta de realização dos direitos sociais no Brasil, ao trazer novas exigências capazes de modificar a forma como o problema tem sido encarado pela atividade jurisdicional, na medida em que se impõe um ônus argumentativo ao legislador e ao administrador. Ora, se, como salientado, toda ausência de realização de direitos sociais é uma intervenção do Estado que representa uma restrição ao âmbito de proteção desses direitos, a consequência natural é a exigência de fundamentação. Fundamentada a restrição, esta é possível; ausente a fundamentação, haverá uma violação (SILVA, V., 2011a, p. 250-251).

O ganho desse modo de ver é a exigência de um diálogo constitucional entre os três Poderes e a comunidade, fundado nas premissas de uma comunicação intersubjetiva, que pode abrir um caminho para uma maior transparência no trato dos direitos sociais (SILVA, V. 2011a, p. 251, 256).

Estão colocados, para os fins desse trabalho, os conceitos necessários à compreensão do direito ao BPC como um direito fundamental e as implicações que disso decorrem, sob a ótica da teoria dos princípios de Alexy (2011a) e do modelo de Silva, V., (2011a). Estão lançadas, assim, as bases teóricas para o desenvolvimento do problema de pesquisa.

O próximo capítulo dedicará maior ênfase na dimensão empírica da dogmática jurídica. Nele serão estudados os julgados do STJ e do STF relevantes para o enfrentamento da problemática da regulamentação legal deficitária do BPC. Ele se dedicará, também, a uma breve análise do comportamento dos poderes Legislativo e Executivo ao longo do período de existência do direito constitucional ao BPC, que evidenciará a preponderância do Judiciário na sua concretização. Ficará clara a conexão com os conceitos e conclusões desenvolvidas no presente capítulo.

3 A REGULAMENTAÇÃO LEGAL INSUFICIENTE DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

No capítulo 2, foram delimitados os pontos de vista teóricos decorrentes da característica de direito social fundamental do BPC. Procedeu-se à análise da norma do inciso V do artigo 203 da CF/88 quanto a sua estrutura, segundo os modelos teóricos de Alexy (2011a) e Silva, V. (2011a), estabelecendo-se ser ela, na classificação das normas de direitos fundamentais em regras e princípios, uma regra jurídica constitucional.

Também foram expostas, no capítulo anterior, as implicações de uma tomada de posição por um modelo que adota um suporte fático amplo dos direitos fundamentais, a teoria externa no que se refere à relação entre o que protege a norma de direito fundamental e as suas restrições, uma definição de conteúdo essencial relativo e uma consequente visão de que toda norma constitucional garantidora de direitos fundamentais é passível de restrição e pode ser regulamentada. Essa exposição, como dito, voltou-se mais à dimensão analítica da dogmática jurídica, tal como definida no tópico 1.3.1.

Neste capítulo, a ênfase recairá sobre a dimensão empírica da dogmática jurídica, que compreende a cognição do direito positivo e válido, no qual, além das leis e demais normas produzidas, inclui-se também o prognóstico da prática judicial. Assim, será necessária uma breve exposição das normas destinadas à regulamentação do inciso V do artigo 203 da CF/88. Em seguida, serão analisados precedentes do STF e do STJ.

Os precedentes se destinarão, primordialmente, a demonstrar a regulamentação legal insuficiente do BPC vista através da atividade do Judiciário, e fornecer, portanto, contornos mais nítidos dessa problemática. No desenvolvimento dessa tarefa, as informações importantes ao objeto proposto serão extraídas e trabalhadas durante a exposição. Dentre elas, como mencionado brevemente no item 2.1.4, está a demonstração da existência de uma regra criada, inicialmente, pelo Judiciário, qual seja, a que prevê a possibilidade de conceder-se o BPC em situações em que a renda *per capita* familiar ultrapasse o limite de um quarto do salário mínimo, previsto no artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93. Ao que tudo indica, tal regra, recentemente, foi acolhida pelo legislador infraconstitucional, que, através da Lei 13.146/15, a incluiu na Lei 8.742/93, mediante a inserção do § 11º no referido artigo 20; porém, é provável que de maneira potencialmente inconclusiva.

Em verdade será demonstrada também a existência de outra regra resultado de criação judicial: a referente à interpretação do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, no sentido

de admitir a exclusão do cálculo da renda *per capita* de BPC concedido a idoso, além de valor de BPC já percebido por outro idoso membro da família (hipótese gramaticalmente prevista no dispositivo legal), também de valor de aposentadoria de um salário mínimo recebido por pessoa maior de 65 (sessenta e cinco) anos que integre o núcleo familiar.

Após a análise de precedentes, será feito um breve exame da atividade dos Poderes Executivo e Legislativo na regulamentação do BPC. Como se verá, o Judiciário foi e tem sido o poder responsável pela concretização mais efetiva desse direito, a evidenciar, dentre outras coisas, a importância do aspecto jurídico na pesquisa da problemática.

Se buscará, por fim, responder a pergunta inicial que reclama o objeto deste estudo, qual seja, se é possível ou não se utilizar o artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, como um parâmetro objetivo complementar para veicular mais amplamente o direito em questão.

3.1 REGRAS PARA CONCESSÃO DO BPC

Antes de adentrar ao exame da prática judicial acerca da regulamentação legal deficitária do BPC, convém uma exposição, delimitada ao objeto deste estudo (e, portanto, sem a pretensão de ser exaustiva), sobre as normas que regulamentam a concessão do referido benefício. Os principais diplomas destinados à tarefa foram a Lei 8.742/93 – Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS) e, posteriormente, no que concerne aos titulares idosos, a Lei 10.741/03 – Estatuto do Idoso. Ambos sofreram modificações por leis posteriores. Neste tópico serão mencionadas, conforme a conveniência para explanação, as que recaíram sobre a Lei 8.742/93.

Quanto às normas infralegais, o BPC é atualmente regulamentado pelo Decreto 6.214/07, que em seu artigo 4º, revogou expressamente os Decretos nº 1.744/95 e 4.712/03, que lhe antecederam. Da mesma forma, essa norma sofreu alterações pontuais posteriores, que serão indicadas conforme interessarem ao objeto do presente trabalho.

No âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, entidade, como se verá, responsável pela operacionalização do BPC, vige atualmente a Instrução Normativa nº 77/15, que estabelece rotinas de trabalhos relativos aos benefícios concedidos pela autarquia previdenciária. Disciplina, também, hodiernamente, os critérios a serem seguidos pelo INSS na operacionalização do referido direito, a Portaria Conjunta SPS/INSS/SNAS nº 02/14, editada pelo Secretário de Políticas de Previdência Social, pelo Presidente do INSS e pela Secretária de Assistência Social.

Assim é que, seguindo a linha da redação do enunciado do artigo 203, V, da CF/88, dispõe o artigo 20, *caput*, da Lei 8.742/93 que o BPC constitui a garantia de um salário-mínimo

mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meio de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

Embora a Constituição e a Lei 8.742/93 não façam menção, o Decreto 6.214/07 (artigo 7º) e a Portaria Conjunta SPS/INSS/SNAS nº 02/14 (artigo 3º, §1º) referem que os deficientes ou idosos elegíveis ao BPC devem ser brasileiros natos ou naturalizados que possuam domicílio e residência no território brasileiro. O § 2º do artigo 3º da Portaria Conjunta SPS/INSS/SNAS nº 02/14 diz ainda que, em razão do Acordo Adicional que alterou o Acordo de Seguridade Social ou Segurança entre o Brasil e Portugal, é devida, a partir de 1º de maio de 2013, a concessão de BPC a pessoa de nacionalidade portuguesa que comprove domicílio e residência em território brasileiro.

A atual redação do *caput* do artigo 20 foi dada pela Lei 12.435/11 que alterou substancialmente a Lei 8.742/93. Contudo, especificamente nessa parte, a nova lei apenas modificou o texto original para, no lugar de “pessoa portadora de deficiência”, fazer constar “pessoa com deficiência”, terminologia atualmente em uso e afinada com os documentos internacionais, bem como para fazer constar a idade mínima de 65 (sessenta e cinco) anos para os titulares idosos.

No tocante à idade mínima, quando da entrada em vigor da Lei 8.742/93, em 8 de dezembro de 1993, considerava-se idosa a pessoa com 70 (setenta) anos ou mais. O artigo 38 da mesma lei, inserto no Capítulo VI (Das Disposições Gerais e Transitórias), em sua redação original, dispunha que a idade mínima seria reduzida, respectivamente, para 67 (sessenta e sete) anos, após 24 meses, e para 65 (sessenta e cinco) anos, após 48 meses do início da “concessão”. A concessão, conforme artigo 37, inciso II, da LOAS, deveria ocorrer, para os idosos⁴⁴, em até de 18 (dezoito) meses contados da publicação aludida da lei.

Pouco antes de encerrar-se o prazo para redução da idade para 65 (sessenta e cinco) anos, a Lei 9.720/98, que iniciou a sua vigência em 1º de dezembro de 1998, atribuiu nova redação ao artigo 38, da Lei 8.742/93, para manter o limite etário em 67 (sessenta e sete) anos. Apenas com a entrada em vigor, em 1º de janeiro de 2004, da Lei 10.741/03, o Estatuto do Idoso, é que a idade mínima passou a ser, conforme o *caput* do artigo 34 do referido diploma legal, de fato, 65 (sessenta e cinco) anos.

⁴⁴ Para os titulares deficientes, previa o artigo 37, inciso I, da Lei 8.742/93, em sua redação original, que o BPC deveria ser concedido, gradualmente, em até no máximo 12 (doze) meses da publicação da lei.

O artigo 80, incisos I a III, da Portaria Conjunta SPS/INSS/SNAS nº 02/14, sintetiza bem a delimitação no tempo do requisito idade para concessão do BPC aos titulares idosos: a idade mínima do idoso foi 70 (setenta) anos no período de 8 de dezembro de 1993 a 31 de dezembro de 1997 (inciso I); passou a ser 67 (sessenta e sete) anos no período de 1º de janeiro de 1998 a 31 de dezembro de 2003 (inciso II) e, a partir de 1º de janeiro de 2004, passou a ser 65 (sessenta e cinco) anos (inciso III).

Destarte, embora tenha, em seu artigo 3º, expressamente revogado o artigo 38 da Lei 8.742/93 (que estabelecia, com a redação dada pela Lei 9.720/98, a idade mínima de 67 anos), o que fez a Lei 12.435/11, no ponto, foi apenas trazer para redação do *caput* do artigo 20 da Lei 8.742/93 a idade mínima dos titulares idosos já estabelecida, desde 1º de janeiro de 2004, pelo artigo 34, *caput*, da Lei 10.741/03, em 65 (sessenta e cinco) anos.

Para efeito de percepção do BPC, a definição de família encontra-se no §1º do artigo 20 da Lei 8.742/93. Na redação original, era compreendida como a unidade mononuclear que vivesse sobre o mesmo teto, na qual a economia era mantida pela contribuição de seus integrantes. A Lei 9.720/98 alterou essa definição, dispondo que como família seria considerado o conjunto de pessoas elencadas no artigo 16 da Lei 8.213/91⁴⁵, que dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social.

Por fim, a Lei 12.435/11 conferiu a redação atual ao §1º do artigo 20 da Lei 8.742/93, estabelecendo que a família é composta pelo requerente do BPC, pelo cônjuge ou companheiro, pelos pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, pelos irmãos solteiros, pelos filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sobre o mesmo teto. Essa configuração foi adequada no Decreto 6.214/07, pela redação conferida ao inciso V do artigo 4º da referida norma infralegal. Ela também foi reproduzida no artigo 2º, inciso VI, da Portaria Conjunta SPS/INSS/SNAS nº 02/14.

Embora o artigo 20, §1º, da Lei 8.742/93 deixe clara a condicionante “*desde que vivam sobre o mesmo teto*”, o Decreto 6.214/07 e a Portaria Conjunta SPS/INSS/SNAS nº 02/14 preveem hipóteses nas quais o requerente for pessoa em situação de rua.

⁴⁵ Esse dispositivo legal estabelece os beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes. À época da alteração promovida pela Lei 9.720/98, eram assim considerados: o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido (artigo 16, inciso I, da Lei 8.213/91); os pais (artigo 16, inciso II, da Lei 8.213/91); o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido (artigo 16, inciso III, da Lei 8.213/91). Na ocasião e, na verdade, até hoje, equiparam-se a filho o enteado e o menor tutelado, mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento (artigo 16, §2º, da Lei 8.213/91, com a redação dada pela Lei 9.528/97).

O artigo 13, do Decreto 6.214/07, ao regulamentar a comprovação da renda familiar, em seu § 7º, dispõe que se considera família de requerente em situação de rua as pessoas elencadas no inciso V do artigo 4º - ao qual se fez referência acima – desde que convivam com o requerente na mesma situação. O § 8º do mesmo artigo 13, incluído pelo Decreto 6.564/08, versa que, por relação de proximidade, para fins cadastramento do endereço da pessoa em situação de rua (disciplinado no artigo 13, §6º, do mesmo decreto), entende-se aquela que é estabelecida entre o requerente do BPC em situação de rua e as pessoas que ele próprio indicar como pertencentes ao seu ciclo de convívio e que possam facilmente localizá-lo.

Por seu turno, a Portaria Conjunta SPS/INSS/SNAS nº 02/14 define família do requerente do BPC em situação de rua como sendo as pessoas descritas no inciso VI (acima citado), desde que com ele convivam na mesma situação, as quais deverão ser relacionadas na declaração específica da composição da renda familiar (artigo 2º, VIII).

Coube ao §2º do artigo 20 da Lei 8.742/93 a definição de pessoa com deficiência. Inicialmente, o dispositivo fazia menção à pessoa com deficiência definindo-a como aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho. A Lei 12.435/11, que passou a vigorar em 7 de julho de 2011, alterando a redação do § 2º, dispôs que, para efeito da LOAS, pessoa com deficiência seria aquela com impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas (inciso I). Por impedimentos de longo prazo, passaram a ser considerados aqueles que incapacitavam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho por um prazo mínimo de dois anos (inciso II).

A Lei 12.470/11, contudo, alterou novamente a redação do § 2º do artigo 20 da Lei 8.742/93. Tendo entrado em vigor em 1º de setembro de 2011, incrementou o conceito de pessoa com deficiência, definindo-a como aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com as diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Além de incluir no conceito o impedimento de natureza “mental”, a lei em questão deixou claro que a deficiência é aquela que impede a participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições. Fora suprimido, também, o inciso II acrescido pela Lei 12.435/11, no qual constava a definição de impedimento de longo prazo. Na verdade, a Lei 12.470/11 incluiu o § 10 no artigo 20 da Lei 8.742/93, que diz considerar-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2º, do mesmo artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de dois anos. Entendeu o legislador definir, de maneira objetiva, apenas temporalmente, o impedimento

de longo prazo, excluindo do conceito os qualificativos “incapacidade para o trabalho e para a vida independente”.

Por fim, a Lei 13.146/15, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, publicada em 7 de julho de 2015, mas, por ter tido uma *vacatio legis* de 180 (cento e oitenta) dias (artigo 127), em vigor desde 02 de janeiro de 2015, conferiu a redação atual do artigo 20, §2º, da Lei 8.742/93. Hoje, considera-se pessoa com deficiência para efeito de concessão do BPC aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Como se vê, a Lei 13.146/15 substituiu o termo “diversas barreiras” por “uma ou mais barreiras”.

A definição de pessoa com deficiência, no Decreto 6.214/07, permanece, até o momento, tal como a previa a Lei 12.470/11, e, por conseguinte, como a dispôs o Decreto 7.617/11, alterando a redação do inciso II do artigo 4º. Vale dizer, consta ainda o termo “diversas barreiras”. No mesmo sentido está redigido o artigo 2º, inciso III, da Portaria Conjunta SPS/INSS/SNAS nº 02/14.

O artigo 4º, inciso III, do Decreto 6.214/07, já definia, desde o início, incapacidade como o fenômeno multidimensional que abrange limitação do desempenho de atividade e restrição da participação, com redução efetiva e acentuada da capacidade de inclusão social, em correspondência à interação entre a pessoa com deficiência e seu ambiente físico e social.

Prevvia, inicialmente, a Lei 8.742/93, no § 6º de seu artigo 20, que a deficiência seria comprovada mediante avaliação e laudo expedido por serviço que contasse com equipe multiprofissional do Sistema Único de Saúde – SUS ou do INSS, credenciados para tanto pelo Conselho Municipal de Assistência Social. A Lei 9.720/98 alterou a redação para constar que a concessão do benefício ficaria sujeita a exame médico pericial e laudo realizados pelos serviços de perícia do INSS.

Por seu turno, a Lei 12.435/11 modificou a redação do §6º do artigo 20 da LOAS, que passou a prever que a concessão do benefício ficava sujeita à avaliação, médica e social, levada a cabo por médicos peritos e assistentes sociais do INSS, da deficiência e do grau de incapacidade. A atual redação do referido dispositivo legal é a que lhe atribuiu a Lei 12.470/11. Foi mantida a sistemática de avaliação, preferindo a nova lei fazer menção a “grau de impedimento de que trata o §2º” em lugar de “grau de incapacidade”.

Prevê ainda ao Decreto 6.214/07, em seu artigo 4º, §1º, com a redação dada pelo Decreto 7.617/11, que a avaliação das crianças e adolescentes menores de dezesseis anos se dará quanto

à existência da deficiência e o seu impacto na limitação do desempenho de atividade e restrição da participação social, compatível com a idade.

O § 5º do artigo 20 da Lei 8.742/93, com a redação dada pela Lei 12.435/11, assegura que a situação de acolhimento em instituições de longa permanência não impede a pessoa com deficiência ou o idoso de receberem o BPC.

Versa a LOAS ainda que o BPC não pode ser acumulado com qualquer outro benefício no âmbito da seguridade social ou de outro regime, exceto com os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória, conforme previsão contida no § 4º do referido artigo 20, com a redação que lhe atribuiu a Lei 12.435/11. A nova redação ampliou a hipótese de acumulação, ao acrescentar também como exceção a pensão especial de natureza indenizatória, antes não prevista no referido dispositivo legal.

No entanto, como se discorrerá em seguida, a Lei 8.742/93, no artigo 20, §9º, autoriza a percepção, pelo titular deficiente, do BPC concomitantemente com rendimentos decorrentes de estágio supervisionado e de aprendizagem.

Também regulamenta o Decreto 6.214/07 as situações de ingresso do titular portador de deficiência no mercado de trabalho. Como exemplo, menciona-se o artigo 25, que diz que a cessação do BPC pelo ingresso no mercado de trabalho não impede a nova concessão do benefício, se preenchidos novamente os requisitos para concessão. Ao seu turno, o artigo 47-A, com a redação dada pelo Decreto 7.617/11, regulamentando o artigo 21-A, da Lei 8.742/93, incluído ao seu turno pela Lei 12.470/11, prevê procedimento de suspensão do BPC, em caráter especial, na hipótese de a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual.

O artigo 21, da Lei 8.742/93, dispõe que o BPC deve ser revisto a cada dois anos, para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem.

Até aqui, foram expostas as definições legais dos titulares do BPC, idoso e pessoa com deficiência, bem como a definição de família, para efeito da concessão do benefício, assim como as normas que alguma relação guardam com essas definições. Adentra-se agora na exposição das normas que versam sobre critério da renda *per capita*, ao qual mais diretamente diz respeito o presente estudo.

Dispõe o artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, que é considerada incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a um quarto do salário mínimo. A redação atual foi dada pela Lei 12.435/11, a qual apenas modificou a redação original para fazer constar “pessoa com deficiência” em lugar de

“pessoa portadora de deficiência”. A Lei 10.741/03, relativamente aos titulares idosos, dispôs, em seu artigo 34:

Art. 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.

Na composição da renda *per capita* do titular idoso, conforme redação do artigo 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso, não será computado o BPC já concedido a qualquer idoso membro da família.

Quanto aos titulares deficientes, a Lei 12.470/11 incluiu o §9º no artigo 20, da Lei 8.742/93, que dispôs que a remuneração da pessoa com deficiência na condição de aprendiz não seria computada na renda *per capita* familiar. A Lei 13.146/15 conferiu-lhe nova redação, dispondo o §9º, atualmente, que os rendimentos decorrentes de estágio supervisionado e de aprendizagem não serão computados para os fins de cálculos da renda familiar *per capita*. Não apenas a remuneração decorrente da condição de aprendiz, mas também a de estágio supervisionado não integrarão, assim, o cálculo da renda *per capita*.

No âmbito infralegal, o artigo 4º, inciso VI (com a redação dada pelo Decreto 7.617/11), do Decreto 6.214/07, define renda mensal bruta para efeito de cômputo da renda *per capita*:

[...] a soma dos rendimentos brutos auferidos mensalmente pelos membros da família composta por salários, proventos, pensões, pensões alimentícias, benefícios de previdência pública ou privada, seguro-desemprego, comissões, **pro-labore**, outros rendimentos do trabalho não assalariado, rendimentos do mercado informal ou autônomo, rendimentos auferidos do patrimônio, Renda Mensal Vitalícia e Benefício de Prestação Continuada, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 19⁴⁶.

O §2º do artigo 4º do Decreto 6.214/07, com a redação dada pelo Decreto 7.617/11, versa que não serão computados como renda mensal bruta familiar, os benefícios e auxílios assistenciais de natureza eventual e temporária (inciso I); os valores oriundos de programas sociais de transferência de renda (inciso II); as bolsas de estágio curricular (inciso III); a pensão especial de natureza indenizatória e benefícios de assistência médica (inciso IV); as rendas de natureza eventual ou sazonal, a serem regulamentadas em ato conjunto do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e do INSS (inciso V) e remuneração da pessoa com deficiência na condição de aprendiz (inciso VI).

⁴⁶ O parágrafo único do artigo 19 do Decreto 6.214/07 versa, na linha do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, que não será computado para efeito de renda bruta familiar *per capita* o BPC percebido por idoso que seja membro da família de idoso requerente do benefício.

Nada obstante, o artigo 5º, parágrafo único, do Decreto 6.214/07, incluído pelo Decreto 7.617/11, diz que a remuneração advinda do contrato de aprendiz da pessoa com deficiência pode ser acumulada com o BPC no prazo máximo de dois anos. A Portaria Conjunta SPS/INSS/SNAS nº 02/14, em seu artigo 21, §1º, versa que esse prazo para acumulação será computado em períodos contínuos ou intercalados. Já o §2º do mesmo dispositivo infralegal dispõe que, após o prazo de dois anos, caso a opção do beneficiário seja manter o contrato de aprendizagem, será suspenso o BPC em caráter especial, nos termos artigo 56 da mesma portaria.

O artigo 56 está inserido no procedimento de suspensão em caráter especial do BPC, previsto nos artigos 55 à 58, da mesma portaria, que, ao seu turno, é extensão da previsão do 47-A do Decreto 6.214/07, cima mencionado. Dispõem os artigos 55, *caput* e §§ 1º a 6º, 56, 57 e 58 sobre procedimento de suspensão do BPC em caráter especial nas hipóteses de a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual.

Voltando ao requisito renda *per capita*, o artigo 6º, da Portaria Conjunta SPS/INSS/SNAS nº 02/14, especifica algumas situações específicas para configurações de grupo familiar para efeito de cálculo da renda familiar.

Não integra o grupo familiar para efeito de cômputo da renda *per capita* o internado ou acolhido em instituições de longa permanência, tais como hospitais ou instituições congêneres (artigo 6º, §1º). Na mesma linha, a coabitação do requerente ao BPC com algum membro de sua família em uma mesma instituição hospitalar ou congênere não configura, por si só, grupo familiar para efeito de cálculo da renda *per capita* (artigo 6º, §2º).

No que toca à renda *per capita* familiar, ainda, o tutor ou curador só integrará o núcleo familiar se for o cônjuge ou companheiro, o pai ou mãe e, na ausência de um deles, o padrasto ou a madrasta, irmão solteiro, filho ou enteado solteiro do requerente ao BPC, desde que com ele viva sob o mesmo teto (artigo 6º, §5º). Serão considerados solteiros os irmãos, os filhos e o enteados do requerente, que vivam sob o mesmo teto e não tenham constituído união estável ou contraído casamento civil (artigo 6º, §9). Não serão considerados na conta da renda da família o irmão, o filho ou o enteado do requerente que sejam divorciados, viúvos ou separados de fato, mesmo que com ele viva sob o mesmo teto (artigo 6º, §10). Também não é considerado no grupo familiar para fins de cálculo da renda *per capita* o menor sob guarda (artigo 6º, §6º).

Os artigos 7º e 8º, da Portaria Conjunta SPS/INSS/SNAS nº 02/14, por sua vez, consideram diretamente de alguns valores na composição da renda *per capita* familiar, especificando, quais deles a integram e quais não a integram, aos olhos da Administração.

Como o artigo 7º contempla hipóteses de valores que são considerados renda e hipóteses de valores que não são considerados renda, sua exposição será dividida em duas partes: valores que não são computados no cálculo da renda *per capita*, seguida dos valores considerados pela Administração no cálculo da renda familiar. Na sequência, serão descritas as situações contempladas no artigo 8º, todas concernentes a hipóteses nas quais os valores não comporão a renda da família.

Pois bem, não será computado, no cálculo da renda mensal bruta familiar, o BPC concedido a outro idoso da mesma família e que viva sob o mesmo teto do idoso requerente (artigo 7º, inciso I⁴⁷) e o salário de contribuição, quando o requerente do BPC, o beneficiário e os demais membros da família contribuírem como segurados facultativos do Regime Geral de Previdência Social - RGPS (artigo 7º, inciso VII).

Como referido linhas acima, o inciso V do § 2º do artigo 4º do Decreto 6.214/07 dispôs que também não serão contabilizadas como renda bruta familiar as rendas de natureza eventual ou sazonal, condicionada a regulamentação dessas espécies de renda a ato conjunto do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e do INSS. O artigo 7º, inciso XI, da Portaria Conjunta SPS/INSS/SNAS nº 02/14, então, conceituou renda mensal ou sazonal ou eventual como sendo os rendimentos não regulares decorrentes de atividades eventuais exercidas em caráter informal, desde que o valor declarado, dividido por doze meses ao ano, seja inferior a um quarto do salário mínimo.

Segundo ainda o artigo 7º, da Portaria Conjunta SPS/INSS/SNAS nº 02/14, entrarão no cômputo da renda *per capita* familiar os valores de BPC (a) recebido por pessoa com deficiência, para efeito de concessão de novo benefício requerido por outro membro do grupo familiar, que viva sob o mesmo teto, seja ele idoso ou pessoa com deficiência (inciso II); (b) recebido por pessoa idosa, para fins de concessão de novo benefício requerido por pessoa com deficiência membro do grupo familiar que viva sob o mesmo teto (inciso III).

Também integrará a renda *per capita* familiar (i) valor do benefício Renda Mensal Vitalícia – RMV, rural ou urbana (espécies 11, 12, 30 e 40), recebido por pessoa com deficiência ou idoso, desde que os interessados integrem o mesmo grupo familiar, permitida a renúncia expressa ao referido benefício para percepção do BPC (artigo 7º, inciso IV); (ii) a renda mensal decorrente do exercício de atividade informal de qualquer membro da família (artigo 7º, inciso V); (iii) a renda decorrente de atividades eventuais em caráter informal, cujo valor declarado, dividido por doze meses no ano, seja igual ou superior a um quarto do salário

⁴⁷ Esse dispositivo vai na linha do que dispõe o parágrafo único do artigo 19 do Decreto 6.214/07 e o parágrafo único do artigo 34 da Lei 10.741/03, ambos vistos acima.

mínimo (artigo 7º, inciso VI); (iv) os valores decorrentes de pensão alimentícia recebidos por qualquer integrante da família, independentemente do valor (artigo 7º, inciso VIII); (v) as rendas oriundas de seguro-desemprego e contratos temporários formais (artigo 7º, inciso IX) e (vi) o rendimento auferido do patrimônio em nome do requerente ou de membro do grupo familiar (artigo 7º, inciso X).

Por sua vez, o artigo 8º da Portaria Conjunta SPS/INSS/SNAS nº 02/14 versa que não serão computados como renda mensal bruta familiar: (a) os benefícios e auxílios assistenciais de natureza eventual e temporária (inciso I); (b) os valores advindos de programas sociais de transferência de renda (inciso II); (c) as bolsas de estágio curricular ou outro tipo de contraprestação que venha a ser acordada pelo desempenho de estágio como parte de projeto pedagógico do curso, na forma da Lei 11.788/08 (inciso III); (d) pensão especial de natureza indenizatória (inciso IV); (e) benefícios de assistência médica (inciso V); renda de natureza eventual ou sazonal, contanto que o valor declarado, após dividido por doze (número de meses) seja inferior a um quarto do salário mínimo (inciso VI) e (f) a remuneração auferida por pessoa com deficiência na condição de aprendiz.

Por fim versa o § 11 do artigo 20 da Lei 8.742/93, incluído pela Lei 13.146/15, que, para concessão do BPC, poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade da família e da situação de vulnerabilidade, conforme dispuser o regulamento. Conforme adiantado no início deste capítulo, provavelmente a gênese deste dispositivo seja a regra criada judicialmente (sobre a qual se tratará mais adiante neste capítulo), que prevê a possibilidade de se conceder o BPC em hipóteses nas quais, provada a situação de miserabilidade, a renda *per capita* ultrapasse o limite de um quarto do salário mínimo estatuído no § 3º da mesma Lei 8.742/93. Ocorre que o referido §11 veicula regra condicionada à regulamentação infralegal, o que até o momento não ocorreu. Atualmente, assim, referido dispositivo de lei não traz nenhuma alteração no quadro que, como será visto, já está posto.

Essas, em linhas gerais, as normas que regulamentam o BPC e que de alguma maneira relacionam-se com o objeto do presente estudo. Como dito anteriormente e como se dirá mais à frente no presente capítulo, o artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, no Judiciário, foi objeto de teses que lhe conferiram uma leitura mais ampla, isto é, que o utilizaram como fundamento para buscar a concessão do benefício em hipóteses que não só a gramaticalmente estabelecida.

Essa norma ocupa posição central na abordagem do problema jurídico de que se ocupa este estudo (saber se é possível, e, em caso positivo, em qual extensão, aplicá-la como um parâmetro objetivo complementar para veiculação mais efetiva do BPC). Tal como já se disse,

neste capítulo se buscará responder à pergunta inicial sobre a possibilidade ou não de sua utilização. Convém, portanto, avançar no estudo.

3.2 BREVE EXPOSIÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS QUE DEFINEM A GESTÃO DO BPC E AS INSTITUIÇÕES RESPONSÁVEIS PELA SUA OPERACIONALIZAÇÃO

Para que se amplie a visão para um pouco mais além das regras de concessão do BPC, é pertinente expor, ainda que muito brevemente, algumas das normas que tratam da gestão do benefício e das instituições do Estado responsáveis por sua operacionalização. A intenção deste tópico, portanto, é apenas fornecer, do ponto de vista das normas produzidas, o contexto sobre as instituições responsáveis pela operacionalização desse direito social fundamental, bem como sobre as noções gerais sobre sua gestão.

A gestão das ações no âmbito da assistência social está atualmente organizada pelo denominado Sistema Único de Assistência Social – SUAS, descentralizado e participativo (artigo 6º, da Lei 8.742/93, com a redação dada pela Lei 12.435/11). Integram o SUAS os entes federativos, através de seus respectivos conselhos de assistência social, e as entidades e organizações de assistência social de que trata a LOAS (artigo 6º, §2º, da Lei 8.742/93, incluído pela Lei 12.435/11).

O Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome é a instância coordenadora da Política Nacional de Assistência Social - PNAS, conforme dispõe o artigo 6º, §3, da Lei 8.742/93, incluído pela Lei 12.435/11. Dois são os tipos de proteção pelos quais se organiza a assistência social: proteção social básica e proteção social especial.

A proteção social básica é definida na lei como o conjunto de serviços, programas, projetos e benefícios da assistência social que tem como objetivo prevenir situações de risco social e vulnerabilidade através do desenvolvimento de potencialidades e aquisições, bem como do fortalecimento dos vínculos sociais e comunitários (artigo 6º-A, inciso I, da Lei 8.742/93, incluído pela Lei 12.435/11). Ao seu turno, a proteção social especial encontra-se definida como o conjunto de serviços, programas e projetos, cujo objetivo é contribuir para a reconstrução de vínculos familiares e comunitários, a defesa de direito, o fortalecimento das potencialidades e aquisições e a proteção de famílias e indivíduos para o enfrentamento das situações de violações de direitos (artigo 6º-A, inciso II, da Lei 8.742/93, incluído pela Lei 12.435/11). O BPC integra a proteção social básica no âmbito do SUAS, é constitutivo da PNAS e integrado a outras políticas setoriais (artigo 1º, §§ 1º e 2º, do Decreto 6.214/07).

A União responde pela concessão e manutenção do BPC (artigo 12, inciso I, da Lei 8.742/93). Dispõe o artigo 19, inciso III, da Lei 8.742/93, competir ao órgão da Administração Pública Federal responsável pela coordenação da PNAS prover recursos para o pagamento dos benefícios de prestação continuada previstos na mesma LOAS, dentre os quais o BPC.

Conforme estabelece o artigo 2º, do Decreto 6.214/07, é competência do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, através da Secretaria Nacional de Assistência Social – SNAS, a implementação, a coordenação geral, a regulação, financiamento, o monitoramento e a avaliação da prestação do BPC, o que não exclui as iniciativas compartilhadas com Estados, Distrito Federal e Municípios, em conformidade com as diretrizes do SUAS e da descentralização político-administrativas previstas no artigo 204, inciso I, da CF/88 e no artigo 5º, inciso I, da Lei 8.742/93.

O financiamento dos benefícios, dentre eles o BPC, serviços, programas e projetos estabelecidos na Lei 8.742/93, é feita com os recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, das demais contribuições sociais previstas no artigo 195 da CF/88, além dos recursos integrantes do Fundo Nacional de Assistência Social – FNAS (artigo 28, da Lei 8.742/93). A Lei 8.742/93, em seu artigo 27, transformou o Fundo Nacional de Ação Comunitária – FUNAC, instituído pelo Decreto 91.970/85 e ratificado pelo Decreto Legislativo 66/90, no FNAS.

O FNAS é atualmente regulamentado pelo Decreto 7.788/12, que, em seu artigo 15, expressamente revogou os Decretos 1.605/95 e 2.529/98. Nele, estabelece-se que ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, órgão responsável pela coordenação da PNAS, compete gerir o FNAS, sob orientação e acompanhamento do CNAS (artigo 2º).

Ainda segundo o Decreto 7.788/12, a proposta orçamentária do FNAS constará das políticas e programas anuais e plurianuais do Governo Federal e será submetida à apreciação e aprovação do CNAS (artigo 2º, §1º). Já o orçamento do FNAS integrará o orçamento do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (artigo 2º, §2º). Dentre as destinações dos recursos do FNAS estão o pagamento, operacionalização, gestão, informatização, pesquisa, monitoramento e avaliação do BPC (artigo, 4º, inciso VI). Esses recursos serão repassados pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome diretamente ao INSS por meio de celebração de termo de cooperação ou outro instrumento definido em ato conjunto de confeccionado por ambos os órgãos (artigo 4º, §3º).

Os demonstrativos da execução orçamentária e financeira do FNAS deverão ser submetidos à apreciação do CNAS trimestralmente de maneira sintética e anualmente de forma analítica (artigo 11, do Decreto 7.788/12). Prevê o artigo 12, do Decreto 7.788/12, também, que

o FNAS atuará de forma integrada com as unidades de programação financeira do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome de que tratam o artigo 4º, *caput*, inciso II, o artigo 11, *caput*, inciso II e o artigo 17, *caput*, inciso II, a Lei 10.180/01⁴⁸.

Estabelece o artigo 35 da Lei 8.742/93 caber ao órgão da Administração Pública Federal responsável pela coordenação da PNAS operar o BPC, possibilitado o concurso de outros órgãos do Governo Federal, conforme dispuser regulamento. Assim, o artigo 3º do Decreto 6.214/07, mantendo o que dispunha a legislação infralegal anterior, atribui ao INSS a responsabilidade pela operacionalização do BPC.

Conforme previsão do artigo 29, da Lei 8.742/93, os recursos de responsabilidade da União destinados à assistência social serão repassados automaticamente ao FNAS, na medida que forem realizando as receitas. O parágrafo único do mesmo dispositivo legal estabelece que os recursos de responsabilidade da União que são destinados ao financiamento do BPC poderão ser repassados diretamente ao INSS, órgão, como salientado, responsável pela execução e manutenção do benefício.

Dentre as competências do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome estão, através da SNAS, as de destinar recursos ao FNAS para pagamento, operacionalização, gestão, pesquisa, informatização, monitoramento e avaliação do BPC (artigo 38, inciso IV, do Decreto 6.214/07), bem como descentralizar recursos do orçamento do FNAS ao INSS para as despesas de pagamento, operacionalização, sistemas de informação, monitoramento e avaliação do BPC (artigo 38, inciso V, do Decreto 6.214/07).

Entre o que compete ao INSS, na operacionalização do BPC, estão, conforme disposição do artigo 39, do Decreto 6.214/07, os atos de efetuar repasse de recursos para o pagamento do benefícios junto à rede bancária autorizada ou entidade conveniada (inciso VII) e submeter à apreciação do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, previamente,

⁴⁸ Dispõe a ementa da Lei 10.180/01: “Organiza e disciplina os Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal, e dá outras providências.”. Ela dispõe que os órgãos setoriais integram o Sistema de Planejamento e de Orçamento Federal (artigo 4º, II), o Sistema de Administração Financeira Federal (artigo 11, II) e o Sistema de Contabilidade Federal (artigo 17, II). No Sistema de Planejamento e de Orçamento Federal, são definidos como unidades de planejamento e orçamento dos Ministérios, da Advocacia-Geral da União-AGU, da Vice-Presidência e da Casa Civil da Presidência da República (artigo 4º, §1º); no Sistema de Administração Financeira Federal, definem-se como as unidades de programação financeira dos Ministérios, da AGU, da Vice-Presidência e da Casa Civil da Presidência da República (artigo 11, §1º) e no Sistema de Contabilidade Federal, como as unidades de gestão interna dos Ministérios e da AGU (artigo 17, §1º), sendo que o órgão de controle interno da Casa Civil também exercerá as atividades de órgão setorial contábil de todos os órgãos integrantes da Presidência da República, da Vice-Presidência da República, além de outros que legislação específica determinar (artigo 17, §2º).

quaisquer atos em matéria de regulação e procedimentos técnicos e administrativos que tenham repercussão no reconhecimento do direito ao acesso, manutenção e pagamento do BPC (inciso IX).

Cabe ao INSS, também, conforme previsão contida no artigo 49, do Decreto 6.214/07, com a redação dada pelo Decreto 7.617/11, adotar, sem prejuízo de outras medidas legais, as providências necessárias à restituição do valor dos benefícios pagos de maneira indevida.

O Decreto 6.214/07 instituiu, no artigo 41, como parte dinâmica do SUAS, o Programa Nacional de Monitoramento e Avaliação do BPC, dispondo que sua manutenção e coordenação compete ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, por meio da SNAS e em parceria com o INSS, Estados, Distrito Federal e Municípios. Este programa foi delimitado no §1º, incisos I a VII, do mesmo dispositivo infralegal.

O artigo 37, *caput*, do Decreto 6.214/07, especifica que constituem garantias do SUAS o acompanhamento do beneficiário do BPC e de sua família, bem como a inserção destes à rede de serviços socioassistenciais e de outras políticas setoriais. O §3º, do mencionado artigo 37, incluído pelo Decreto 7.617/11, dispõe que os beneficiários e suas famílias deverão ser cadastrados no Cadastro único para Programas Sociais do Governo Federal – CADÚNICO, de que trata o Decreto 6.135/07.

O terceiro “considerando” inicial da Portaria Conjunta SPS/INSS/SNAS nº 02/14 informa que a Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social – DATAPREV é responsável pelo processamento dos dados e pela manutenção dos sistemas de informação relativos ao BPC.

De maneira bem resumida, estas são as normas sobre a operacionalização do BPC e sobre as instituições responsáveis por sua gestão. Elas fornecem um panorama geral do contexto no qual, do ponto de vista do material normativo produzido, está inserido o direito em questão. Daqui se parte para a avaliação de sua regulamentação legal insuficiente vista através da atividade do Poder Judiciário, objeto do tópico seguinte.

3.3 A REGULAMENTAÇÃO LEGAL INSUFICIENTE DO BPC VISTA PELA ATIVIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

Desde a Constituição de 1988, o Poder Judiciário destacou-se como protagonista na concretização do BPC. Como mencionado de passagem no tópico 2.2 (nota nº 32), mesmo antes do advento da Lei 8.742/93, que regulamentou o inciso V do artigo 203 da CF/88, o Judiciário

fora acionado com pedidos de concessão do BPC⁴⁹. Após a promulgação da LOAS, transformou-se em arena dinâmica – e assim funciona até hoje – na disputa por uma veiculação mais efetiva do referido direito social.

Para o que aqui mais de perto importa, no Judiciário ganharam corpo teses sobre a regulamentação insuficiente proporcionada pelo artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93 – critério da renda *per capita* familiar inferior a um quarto do salário mínimo –, bem como teses que propunham uma leitura ampliada do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, que como visto, exclui do cálculo da renda *per capita* o rendimento proveniente de BPC percebido por idoso membro da família do idoso requerente de novo BPC.

Em linhas gerais, esse é o cenário no qual será analisado, neste tópico, o problema da regulamentação legal insuficiente do BPC. Uma vez destacada a relevância da dimensão empírica da dogmática jurídica no cumprimento racional da função prática do direito enquanto ciência (tópico 1.3.1), revelou-se não só pertinente, como necessário, apreender-se a problemática considerando-se a atividade judicial.

Essa tarefa será desenvolvida através da análise de precedentes do STF e do STJ. Não se desconhece que a doutrina, recentemente, tem dedicado sua atenção ao termo “precedente”⁵⁰. Neste estudo, ele será usado como sinônimo de decisão judicial. Para os fins aqui perseguidos, e porque este não é um trabalho sobre a função das cortes judiciais, pareceu mais adequado do que fechar posição sobre o conceito de precedente, expor as razões de utilização das decisões judiciais analisadas e deixar claros os motivos pelos quais se entende que tais decisões são relevantes ao objetivo proposto. Destarte, quando neste estudo se fizer menção a precedente se estará referindo simplesmente a uma decisão judicial.

Pois bem, do STF serão analisados os julgamentos da Reclamação 4374 e dos Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963⁵¹. Julgados conjuntamente pelo Pleno em 18 de abril de

⁴⁹ Em 18/03/93 e 08/11/93, foram distribuídos, respectivamente, no STF, a ADI por omissão 877 e o Mandado de Injunção 448, nos quais objetivou-se o reconhecimento da mora do Congresso Nacional em regulamentar o inciso V do artigo 203 da CF/88. Sobre o julgamento desses precedentes se discorrerá mais adiante (tópico 3.4).

⁵⁰ Por exemplo, a título de brevíssima ilustração, para Marinoni (2015, p. 30), precedente é a decisão que traduz o sentido do direito e tem qualidade diversa da decisão que se limita regular um caso individual. O precedente tem importância enquanto direito e, nessa condição, possui valor para a sociedade e condiciona a resolução dos casos futuros, enquanto a simples decisão do caso individual interessa apenas aos litigantes.

⁵¹ Analisamos previamente esses precedentes, porém em um espaço mais restrito e sob o enfoque exclusivo da efetividade (CONPEDI-UFS, 24, 2015, p. 218-247).

2013⁵², sob o mecanismo da repercussão geral⁵³, neles declarou-se, 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. Para compreensão do contexto, precederá a análise desses julgados um breve resumo da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 1232. Isso porque, anteriormente, em 27 de agosto de 1998, o STF, por maioria, a julgou improcedente, decidindo que o artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/93, era constitucional.

Do STJ serão objeto de análise, inicialmente, o Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.112.557/MG, julgado pela sistemática dos recursos repetitivos⁵⁴, e a Petição 7.203/PE, julgada como incidente de uniformização de jurisprudência⁵⁵. No primeiro, cujo julgamento ocorreu em 28/10/2009, estabeleceu-se entendimento no sentido de que a renda *per capita* limite prevista no artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/93, não é critério exclusivo para demonstração do estado de miserabilidade, de forma que se admitem, para tanto, nos casos concretos, outros meios de prova. O segundo foi julgado em 10/08/2011 e nele foi adotada interpretação do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, que admite a exclusão, no cálculo da renda *per capita*, de benefício de aposentadoria equivalente a um salário mínimo percebido por idoso que integre o núcleo familiar de outro idoso que postule BPC.

Os precedentes julgados pelas sistemáticas da repercussão geral, da representatividade de controvérsia e da uniformização de jurisprudência, são importantes não só pelo impacto de seu resultado para os jurisdicionados, mas também pelas informações que deles podem se extrair para o estudo da problemática da regulamentação legal deficitária do BPC, as quais, como dito, serão trabalhadas no decorrer do desenvolvimento deste tópico. Ainda que, como aponta – e de maneira muito pertinente – a crítica doutrinária⁵⁶, o modo pelo qual até hoje se

⁵² Esta é a data da conclusão do julgamento, que fora iniciado e suspenso, em 06 de junho de 2012, em virtude de pedido de vista do ministro Luiz Fux. Em 17 de abril de 2013, foi retomado e concluído no dia seguinte.

⁵³ Previsto no anterior Código de Processo Civil – CPC, no art. 543-B, aplicava-se nas hipóteses de existir multiplicidade de recursos com fundamento em “idêntica controvérsia”.

⁵⁴ O artigo 543-C, do CPC anterior, que dispunha sobre o mecanismo dos recursos representativos de controvérsia, pressupunha a existência de “multiplicidade” de recursos com fundamento em “idêntica questão de direito”. Como se sabe, esse dispositivo, assim como o antigo artigo 543-B (que, como destacado, dispunha sobre a repercussão geral no STF), fora criado na tentativa de conferir racionalidade ao trabalho dos tribunais, buscando evitar o pronunciamento reiterado e interminável das cortes após a definição de posicionamento sobre determinada matéria.

⁵⁵ Regulamentado no artigo 14, §4º, da Lei 10.259/01, que dispõe ser cabível tal procedimento quando existir divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na aplicação da lei (artigo 14, *caput*), competindo ao STJ dirimir divergência quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar sua jurisprudência dominante ou súmula (artigo 14, §4º).

⁵⁶ Nesse sentido, vide MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. De uma perspectiva teórica diversa,

desincumbem nossas cortes da tarefa de julgar dificulter muito a formação coerente de um “pensamento institucional”, será extraído dos precedentes analisados, dentro do possível, o pensamento do STF e do STJ sobre o direito ao BPC.

Tais precedentes, ainda, de um lado, evidenciam, embora não em números exatos, que é extremamente amplo o número de ações judiciais nas quais se questionou a insuficiência do critério da renda *per capita*. Um grande número de ações judiciais, no caso, como ficará claro no curso da exposição, permite supor, ainda que se desconheçam as peculiaridades do vasto universo de casos concretos que constituíram o material de análise dos magistrados de primeira instância, que o critério do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/92 foi majoritariamente entendido como insuficiente para regulamentação efetiva do BPC. Por outro lado, a adoção da sistemática de julgamento dos recursos repetitivos, da repercussão geral e uniformização de jurisprudência revelam a importância atribuída pelo STJ e pelo STF à problemática da regulamentação legal insuficiente do BPC.

Por fim, sublinha-se que a análise compreenderá explanação que buscará incluir, da maneira mais abrangente possível, as ideias integrantes dos posicionamentos dos julgadores que, nos referidos precedentes, tiverem sido objeto de registro escrito. Não será feita uma mera transcrição integral dos registros de julgamento e o modo de exposição das teses inevitavelmente foi influenciado pelo objeto do presente estudo. Mas a intenção é fornecer uma abordagem mais ampla possível das razões de julgamento dos precedentes.

A concepção teórica adotada neste estudo⁵⁷ faz ver que as hipóteses fáticas analisadas e as razões de decidir importam tanto quanto o resultado dos julgamentos, sobretudo nos de cortes como o STF e o STJ. Nesse ponto, concorda-se com Marinoni (2015, p. 20)⁵⁸, quando diz que não é suficiente conhecer somente a conclusão de um julgamento de uma corte, mas as razões que justificam sua decisão e a escolha interpretativa que fez, na medida em que são essas razões

ver RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes?** Para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013, p. 59-112.

⁵⁷ Vide tópicos 1.3.1, 2.1.5 e 2.1.5.1.

⁵⁸ Deve-se esclarecer que a concordância aqui colocada é quanto a ideia de que as hipóteses de fato submetidas à apreciação da corte são importantes e que a fundamentação, e não apenas o resultado do julgamento, confere racionalidade à decisão judicial. O objeto deste trabalho, contudo, oferece barreiras para um desenvolvimento mais profundo sobre uma possível afinidade entre os modelos teóricos aqui adotados e a proposta de Marinoni sobre a função das Cortes Supremas. O autor expressamente rejeita a função de correção atualmente atribuída às Cortes Supremas, e propõe seja repensado seu atual modelo de julgamento. Trabalha o conceito de precedentes judiciais e as implicações que dele defluem, tais como a outorga de sentido ao texto legal e a demanda por estabilidade desse sentido e por sua projeção para toda a sociedade. Como salientado, foge ao objeto deste estudo uma avaliação sobre a função das cortes e sobre um conceito do que seja precedente judicial. Todavia, do ponto de vista da racionalidade da argumentação na construção das decisões judiciais, é evidente a confluência de ideias.

que conferem corpo ao precedente⁵⁹ e o tornam racionalmente aceitável e passível de aplicação aos casos futuros. A análise dos julgados nos subtópicos que se seguirão levará em conta, assim, a preocupação de demonstrar todo caminho percorrido pelos julgadores da argumentação até o resultado do julgamento.

3.3.1 O tratamento dispensado pelo STF

Como dito acima, em 18 de abril de 2013, o Pleno do STF concluiu julgamento conjunto, sob o mecanismo da repercussão geral, da Reclamação 4374 e dos Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963, 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 adiante as hipóteses versadas nesses precedentes, assim entendidas como as principais (para os fins do presente estudo) 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, em um primeiro momento, um resumo da ADI 1232, seguindo-se de uma exposição das hipóteses submetidas à apreciação na Reclamação 4374 e nos Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963, extraídas dos votos escritos dos ministros relatores. Em seguida, serão analisados os argumentos dos votos e o resultado final do julgamento.

Nos subtópicos destinados ao exame dos recursos extraordinários e da reclamação, a exposição dos votos dos ministros do STF será feita da seguinte maneira: voto do ministro Marco Aurélio (3.3.1.5.1), relator do Recurso Extraordinário 567.985, voto do ministro Gilmar Mendes (3.3.1.5.2), relator no Recurso Extraordinário 580.963 e na Reclamação 4374 e voto divergente do ministro Teori Zavascki (3.3.1.5.3); os demais votos serão expostos no tópico (3.3.1.5.4) fazendo-se referência aos votos de um desses ministros, em razão de os terem acompanhado e de haver maior ou menor identidade entre os fundamentos das razões de decidir.

⁵⁹ Conforme posto na nota nº 50 deste capítulo, o termo precedente é adotado neste estudo em sentido distinto do utilizado por Marinoni. Para o autor, nem toda decisão judicial corresponde a um precedente. Em linhas bem gerais, há para o jurista a necessidade de formar-se maioria quanto aos fundamentos da decisão para que esta adquira caráter precedental. Nessa linha, uma decisão na qual haja maioria quanto ao resultado, mas não quanto aos pontos integrantes da fundamentação, não é um precedente (MARINONI, p. 28-31).

3.3.1.1 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 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 legislador⁶⁰.

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). Contudo, tal fato não implicaria na inconstitucionalidade do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93 e nem demandaria uma interpretação conforme a constituição do referido dispositivo. Julgou, portanto, improcedente a ação.

Sublinhe-se que houve pedido de concessão de liminar na ADI 1232. O pleito foi afastado, à unanimidade, em 22 de março de 1995. Dos votos registrados por escrito, houve concordância com o argumento de que retirar a eficácia do dispositivo impugnado implicaria

⁶⁰ Há registro apenas dos votos escritos dos ministros Ilmar Galvão, Nelson Jobim, Sepúlveda Pertence e Maurício Correa. Do extrato de ata da sessão de julgamento colhe-se que foi também voto vencido o ministro Néri da Silveira, que acompanhava os termos do voto do relator (tese da interpretação conforme a constituição). O ministro Maurício Correa votou, sucintamente, acompanhando o ministro Nelson Jobim.

um mal maior que mantê-lo com potencial inconstitucionalidade⁶¹. 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.

3.3.1.2 Hipóteses submetidas à apreciação na Reclamação 4374

A reclamação 4374 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, a situação de fato correspondia a pedido de BPC 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 a Turma Recursal 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 - TNU⁶². 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 da 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.

⁶¹ Encontram-se disponíveis na página do STF na internet apenas os votos escritos do ministro Maurício Correa, relator, e do ministro Marco Aurélio. O extrato de ata da sessão de julgamento registra a unanimidade da decisão.

⁶² Disponha 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.

3.3.1.3 Hipóteses submetidas à apreciação no Recurso Extraordinário 567.985

O Recurso Extraordinário 567.985, 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 BPC mesmo nos casos em que ultrapassado o valor da renda *per capita* familiar do artigo 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 10.689/03⁶³ 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 (cento e trinta e três reais). Um quarto do salário mínimo, na ocasião⁶⁴, 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.

⁶³ Lei 10.689, de 13 de junho de 2003, que criou o Programa Nacional de Acesso à Alimentação - PNAA.

⁶⁴ 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).

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 3.997/01⁶⁵, 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 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 pobreza possa ser aferido, por outros meios, no caso concreto, pelo juiz.

3.3.1.4 Hipóteses submetidas à apreciação no Recurso Extraordinário 580.963

Tratou-se de Recurso Extraordinário de relatoria do ministro Gilmar Mendes, interposto pelo INSS contra decisão da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do

⁶⁵ 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.”.

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, independentemente 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.

3.3.1.5 O julgamento da Reclamação 4374 e dos Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963

Para melhor estruturação das ideias articuladas, inicia-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 4374 e do Recurso Extraordinário 580.963 e do voto divergente do ministro Teori Zavascki. Como salientado acima, os demais votos serão expostos no tópico 3.3.1.5.4, (resultado do julgamento) fazendo-se referência a um dos votos desses três ministros, pelo fato de os terem acompanhando e de existir identidade, maior ou menor, entre os fundamentos das razões de decidir.

3.3.1.5.1 Recurso Extraordinário 567.985. Voto do relator, ministro Marco Aurélio.

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 solidariedade social e da erradicação da pobreza, versados no artigo 3º, incisos I e III, do Diploma Maior (STF, 2013, p. 8). Disso decorre sua natureza de direito fundamental. Diz respeito, também, à dignidade da pessoa humana. Esses princípios, assim, devem fornecer uma interpretação adequada da norma constitucional (STF, 2013, p. 10).

Ao remeter ao legislador a disciplina legislativa do BPC, o constituinte não lhe teria dado “carta branca” para “densificar” o conteúdo da Constituição. Prossegue no contexto dizendo ser desejável que determinados “conteúdos” constitucionais devem ser interpretados à luz da realidade concreta da sociedade, dos avanços sociais e dos choques que inevitavelmente se verificam no exercício dos direitos fundamentais previstos abstratamente na Constituição.

Assim, embora a lei, como resultado da atividade de legislar, seja fundamental para conferir, no sentido atribuído por Konrad Hesse, normatividade⁶⁶ constitucional – que, para ter efetividade deve estar ancorada no espírito, na cultura e nas vocações de um povo –, ela coexiste com a interpretação que lhe atribui o STF. Na relação de tensão entre normatividade constitucional, infraconstitucional e facticidade inerente ao fenômeno jurídico, incumbe ao STF resguardar a integridade da Constituição. Sem esse controle, prevaleceria a interpretação da Constituição conforme a lei, o que implicaria abandono à rigidez do texto constitucional.

Segundo o ministro, a cláusula constitucional “não possuir meios de prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família” revela objetivo único do constituinte, a saber, conferir proteção social àqueles incapazes de prover a própria subsistência. Os preceitos envolvidos e que fornecem razões para uma interpretação adequada da referida cláusula são, como diz ter asseverado anteriormente, os relativos à dignidade humana, à solidariedade social, à erradicação da pobreza e à assistência aos desamparados.

Sem embargo das legítimas críticas sobre a ubiquidade do princípio da dignidade da pessoa humana na atividade hermenêutica jurídica, na qual se tem verificado sua utilização para justificar os mais variados e antagônicos interesses, o caso em julgamento comportaria exceção.

⁶⁶ Ao referir-se sobre normatividade da constituição, o ministro utiliza-se de citação do trabalho de Konrad Hesse, denominado “A Força Normativa da Constituição”. O presente estudo vale-se da mesma referência para assentar a ideia de força normativa da CF/88. Sobre isso, ver tópico 1.2.1.

Argumentou que, ainda que haja dissenso sobre os arranjos teóricos acerca da dignidade da pessoa humana, não se pode negar sua relação com as ideias de (a) proteção jurídica do indivíduo simplesmente por ostentar a condição humana e de (b) reconhecimento de uma esfera de proteção material do ser humano, como essencial à construção de sua individualidade e de sua autodeterminação quanto à participação política.

Relacionada a dignidade humana com esses dois fatores (condição humana e reconhecimento de uma esfera de proteção material do ser humano), conclui-se que existe um determinado grupo de prestações essenciais básicas destinadas simplesmente à capacidade de sobreviver, sendo que o acesso a tais bens constitui direito subjetivo de natureza pública. Isso, seria, na visão do ministro, o que a doutrina vem denominando de mínimo existencial.

Mencionou 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: John Rawls⁶⁷, do liberalismo; Jüger Habermas⁶⁸, dos que extraem os direitos fundamentais da teoria do discurso; Michael Walzer⁶⁹, dos que defendem uma maior integração entre o direito e a comunidade, atribuindo a esta papel preponderante na delimitação dos direitos fundamentais.

Esta visão estaria também igualmente no direito brasileiro, no âmbito do qual, com diferentes pressupostos, todos concordam com a necessidade de proteção do mínimo existencial. Fez menção aos seguintes autores e títulos de seus trabalhos: Ana Paula de Barcellos, “A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana” (2008); Ingo Wolfgang Sarlet, “Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais” (2010); Ricardo Lobo Torres, “O direito ao mínimo existencial” (2009) e Maria Celina Bodin de Moraes, “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo” (2003). Rematou, assim, que, independentemente da visão do intérprete acerca desses temas, há consenso básico e essencial sobre a necessidade de proteger e dignificar o indivíduo.

Segundo o ministro, ainda, mesmo que tais “elementos” não convençam, no artigo 6º, da CF/88 está estampado o dever do Estado de prover assistência aos desamparados; de remediar, ainda que minimamente, a situação de miséria daqueles relegados a essa condição.

⁶⁷ A citação é feita, entre parênteses, à obra “Liberalismo Político”, ano de 1999, páginas 32-33.

⁶⁸ Igualmente, citação entre parênteses, da obra “Direito e democracia entre facticidade e validade”, volume I, ano 2006, páginas 159-160.

⁶⁹ Citação textual de “Esferas de justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade”, ano 2003, página 105.

Partindo dessas premissas, concluiu, “à luz do caso concreto”, fazendo menção ao estudo socioeconômico, tal como mencionado no acórdão recorrido, pela insuficiência do critério estabelecido no artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93.

Para o ministro Marco Aurélio, ao fixar-se no valor renda, o legislador esqueceu-se de outros elementos do mundo dos fatos relevantes para o exame da miserabilidade. O avanço da inflação e os reajustes do salário mínimo possibilitam o surgimento de novos quadros fáticos que possam discrepar dos objetivos constitucionais. Pelo que se depreende, em seu voto, considerou razoável o limite *per capita* do tempo do julgamento do recurso, porém não o da época em que proposta a ação judicial em exame:

O problema central encontra-se na base móvel escolhida pelo legislador. Ao vincular a renda familiar ao salário mínimo, obteve-se a mudança, ano após ano, da linha de pobreza alcançada. Hoje, por exemplo, tem-se o mínimo estabelecido em R\$ 622,00 (seiscentos e vinte e dois reais) – Decreto nº 7.655, de 23 de dezembro de 2011 –, o que elevaria o patamar para R\$ 155,50 de renda mensal individual mínima. Todos os idosos e deficientes com renda inferior a isso gozariam o benefício. Esse valor – o atual – está muito além da linha da pobreza estipulada pelo Banco Mundial, hoje fixada em US\$ 1,25 (um dólar e vinte e cinco centavos) de renda diária, cerca de R\$ 75,00 por mês (estatística disponível em: <http://data.worldbank.org/contry/brasil>). Portanto, à luz do salário mínimo em vigor, o critério pode ser considerado razoável, mas não diante do salário vigente quando o processo foi iniciado. (STF, 2013, p. 16).

Assim, a tese a que se 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 (avanço da inflação e reajustes do mínimo) 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, decorrente da eficácia positiva desses direitos.

Sublinhou o ministro estar-se diante de situação na qual a concretização do princípio da dignidade humana e do dever específico de proteção dos hipossuficientes idosos e deficientes encontra-se aquém do texto constitucional. 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, em abstrato, 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 (é dizer, quando demonstrada a inconstitucionalidade em concreto da norma). 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, uma vez que tais leis destinam-se a regular outros tipos de benefícios assistenciais.

No voto, estão ressaltados, como contraponto, os riscos dessa solução, que relega a análise da constitucionalidade a cada caso concreto. Em síntese, de um lado, na ausência de fundamento constitucional relevante, a atividade do poder Judiciário perderia a legitimidade ao ultrapassar regra criada democraticamente pelo Poder Legislativo. De outro lado, a insegurança trazida pela superação de uma regra jurídica, cujo objetivo é reduzir a incerteza na aplicação do direito, permitindo às pessoas pautarem sua conduta pela previsão anterior e abstrata, e assegurando que seja observada de forma isonômica “a solução do sistema jurídico”. Para afastar tais argumentos, disse o relator:

Como já relatado, a decisão veiculada na regra infralegal não se sobrepõe à estampada na Carta Federal. No confronto de visões, há de prevalecer aquela que melhor concretiza o princípio constitucional da dignidade humana – cuja aplicação é prioritária no ordenamento jurídico. Quanto às considerações concernentes à segurança jurídica e isonômica, também elas hão de ceder frente àquele princípio maior. Descabe comungar com enfoque que, a pretexto de assegurar as expectativas no tocante à aplicação do Direito, acaba por colocar seres humanos na mais completa situação de indignidade. (STF, 2013, 20)

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 adotados⁷⁰, 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 atribuíra 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.

⁷⁰ 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.

Entendeu ainda que não seria o caso de superar-se a decisão da ADI 1232. A declaração inconstitucionalidade, nessa visão, retiraria o suporte de legalidade que norteia atividade da administração, bem como pioraria situação que já não se adequa plenamente à constituição.

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.

3.3.1.5.2 Reclamação 4374 e Recurso Extraordinário 580.963. Votos do relator, ministro Gilmar Mendes

Por uma questão de dinâmica dos trabalhos na sessão de julgamento, houve antecipação de votos, pelo ministro Gilmar Mendes, nos Recursos Extraordinários 580.963 (em que foi relator) e no Recurso Extraordinário 567.985⁷¹ (de relatoria do ministro Marco Aurélio), de forma que as razões respectivas foram expostas ao Pleno de maneira mais sucinta. Todavia, os votos apresentados nos recursos extraordinários coincidem 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 critério da renda *per capita*, segundo

⁷¹ O julgamento de ambos os recursos foi concluído no dia 17.04.2013, suspendendo-se a sessão para conclusão, no dia seguinte, 18.04.2013, do julgamento da Reclamação 4374 e para decisão sobre a modulação dos efeitos das decisões.

o relator, encontrou sérios obstáculos na complexidade e heterogeneidade dos casos concretos. Passou a ter sua constitucionalidade contestada judicialmente, pois permitia que situações de patente “miserabilidade social” fossem consideradas fora do alcance do BPC.

O pronunciamento do STF no sentido da constitucionalidade desse dispositivo legal não colocou fim à controvérsia. Desde então, as 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 11⁷², 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 movidas pelo INSS, nas quais se questionava o 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 íterim 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 reinterpretação do artigo 203, da CF/88, levada a efeito pelo Poder Legislativo.

Esse movimento deu origem à Súmula 6⁷³ 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

⁷² Essa súmula foi cancelada. Vide nota 62.

⁷³ 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).

salário mínimo pelo artigo 5º, I, da Lei 9.533/97⁷⁴ e pelo artigo 2º, §2º, da Lei 10.689/03⁷⁵. 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.

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 Catarina⁷⁶ 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 Cármen 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

⁷⁴Art. 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;

⁷⁵ 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.

⁷⁶ 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).

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, dividindo sua exposição em dois ramos argumentativos, 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 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 constatada 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. Ao seguir o caminho da solução proposta no voto do ministro Nelson Jobim, o STF proferiu na ADI 1232 uma solução bem fundamentada do ponto de vista lógico, porém que não resolveu de problema constitucional substancial que lhe estava posto.

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, que compõe um extenso rol de promessas de democracia substantiva proclamadas na Constituição. É o resultado de um sentimento de esperança presente no momento da Constituinte que, no momento em que passou a integrar o texto constitucional, deixou de ser uma simples promessa para converter-se em um verdadeiro projeto de ação. Não há mais espaço, segundo o relator, para discussões políticas ou econômicas sobre a conveniência da concessão do BPC ou sobre o seu valor. Ambos, benefício e seu valor, estão consagrados na Constituição e protegidos contra qualquer tentativa de reforma.

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, assim, gera um estado de omissão inconstitucional.

Antes de iniciar a argumentação sobre o processo de inconstitucionalização do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, ponderou o ministro Gilmar Mendes sobre a solução a ser adotada pelo STF. Para ele, a corte deveria decidir de forma semelhante a como decidiu o Tribunal Constitucional Federal alemão no caso Hartz IV. Em fevereiro de 2010, decidira a corte constitucional alemã no sentido de declarar a inconstitucionalidade da lei que instituiu novos benefícios sociais, porém mantendo sua validade até o final do ano seguinte, tempo reputado suficiente para que os Poderes Executivos e Legislativo refizessem os cálculos orçamentários e construíssem novos critérios.

A lei do Hartz IV, em resumo, alterou o sistema de assistência social da Alemanha e unificou dois benefícios, o auxílio desemprego e o da assistência social, para transformá-los no seguro desemprego II, destinado às pessoas desempregadas, ainda que aptas ao trabalho. Houve regulação, também, de um novo direito à assistência social destinado aos dependentes dos beneficiários do auxílio desemprego II, contanto que integrem o grupo de pessoas que necessitem custear em conjunto despesas, mas que para isso não disponham de recursos (comunidade de necessidade).

O montante desse benefício pago aos dependentes é calculado de acordo com percentual do benefício padrão, considerando-se a idade do destinatário. Esse percentual foi adotado pelo legislador com base em um modelo estatístico elaborado a partir das necessidades da sociedade alemã. Na discussão travada em três casos no Tribunal Constitucional alemão, o principal argumento foi o de que o valor destinado às crianças era muito baixo e estaria em desacordo com a garantia do mínimo existencial.

A corte alemã, tendo ouvido, para formação de seu entendimento, o governo, os requerentes e entidades interessadas na causa, reconheceu que o benefício deveria ser suficiente para manutenção do mínimo existencial, porém que a extensão da pretensão a tal direito depende de quantificação e aferições fáticas que a constituição não teria como prever. Isso seria tarefa do legislador. À corte constitucional compete o exame da adequabilidade dos princípios e métodos adotados quando da criação do benefício.

Assim, narrou o relator que, após criteriosa análise, fora concluído que o modelo estatístico que forneceu base ao valor do benefício-padrão seria constitucionalmente aceitável pelo fato de se fundamentar em estudo empírico da população alemã. Contudo, reconheceu-se que as bases deste método acabaram por ser alteradas sem nenhuma justificativa aceitável, resultando em um valor final de benefício que não se ancorava em nenhuma tese formal. O

mesmo teria ocorrido na fixação das faixas etárias, tendo o tribunal alemão entendido terem sido desconsideradas, pelo legislador, as necessidades específicas das crianças, bem como o fato de que, a depender de sua idade, as despesas são diferenciadas. Houve, ainda, nesse caso, indicação de estudos que teriam comprovado a necessidade de várias faixas etárias de classificação na lei impugnada, e não apenas duas.

Embora tenha descrito brevemente o cenário que envolveu o julgamento do caso Hartz IV, a ênfase deste excerto do voto parece ter recaído sobre o juízo do tribunal alemão de que a retirada da lei pela declaração de inconstitucionalidade acarretaria agravamento na situação insuficientemente regulada, bem como de que competiria ao Legislativo a elaboração de critérios adequados e não ao Judiciário.

Prosseguiu então o ministro Gilmar Mendes apresentando 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. Conjugado ao cenário de melhoria na distribuição de renda, deve ser considerado também o contexto de constante reajuste do salário mínimo e o aumento, no tempo, do número de beneficiários do BPC.

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 centésimos 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 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.

Enfim, reconheceu que seriam vários os componentes socioeconômicos a serem considerados na complexa equação necessária para se definir uma política de assistência social eficiente, na forma da CF/88. Argumentou que seria o caso de serem pensados critérios de miserabilidade que levassem em conta as disparidades socioeconômicas nas diversas regiões do país; critérios objetivos que levassem em conta as peculiaridades sociais e econômicas locais. Em todo caso, o Legislativo deveria considerar, consistente e coerentemente, todo o sistema de seguridade social, de modo a evitar incongruências na concessão de benefícios, de cuja consequência mais óbvia seria o tratamento anti-isonômico entre os beneficiários das políticas governamentais de assistência social.

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 das normas inconstitucionais durante o qual o Poder Legislativo deveria editar nova norma deveria dar-se através da técnica da modulação de efeitos e, para tal fim, não fora obtido o número de votos necessários no Plenário.

3.3.1.5.3 Voto divergente do ministro Teori Zavascki no Recurso Extraordinário 567.985

O ministro Teori Zavascki apresentou voto divergente das posições dos ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário 567.985 e na Reclamação 4374. Defendeu a tese de não ser possível rever, em sede de reclamação, decisão anterior do STF proferida em ADI.

No recurso extraordinário, referiu, em síntese, que, feitas as devidas alterações, estava-se diante de reprodução da mesma discussão que se apresentou no julgamento da ADI 1232. Não caberia, deste modo, fazer juízo sobre o acerto ou não da decisão anterior do Supremo, mas de fazê-la valer, uma vez que se trata de decisão proferida em sede de controle concentrado

de constitucionalidade, com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, insuscetível de ataque por ação rescisória o que, em última análise, era o que se estava a fazer.

Na sua visão, qualquer juízo no sentido de infirmar a norma declarada constitucional por decisão do STF dependeria da configuração de algum pressuposto de inconstitucionalidade superveniente, a saber, ou a mudança da realidade social em que atua a norma constitucional ou a infraconstitucional, ou a mudança do parâmetro normativo constitucional que resultasse na não-recepção (revogação) do artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/93. Nada disso teria ocorrido, não havendo base para se sustentar inconstitucionalidade superveniente. As leis assistenciais que instituíram renda *per capita* em patamar maior que um quarto do salário mínimo (tais como a Lei 10.689/03 e a Lei 9.533/97), disciplinam matéria diversa e, nessa condição, não revogaram o artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93. Ainda que o tivessem feito, o critério da renda *per capita* inferior a um salário mínimo teria sido restaurado pela Lei 12.470/11. O ministro Teori Zavascki dava assim provimento ao Recurso Especial 567.985.

Embora o teor do voto proferido nesse recurso tenha sido reproduzido no Recurso Extraordinário 580.963, o ministro, mais adiante, reajustou seu voto para acompanhar o ministro Gilmar Mendes. Salientou que, na hipótese submetida à apreciação no Recurso Extraordinário 580.963, a decisão de primeiro grau estaria de acordo com o voto que proferiu no Recurso Extraordinário 567.985: fora considerado que estaria preservado o entendimento do STF na ADI 1232 e que, portanto, era constitucional o artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, que não poderia ser afastado ante as peculiaridades do caso concreto. O magistrado de primeiro grau teria, sim, determinado a aplicação do artigo 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso, posição com a qual, no caso sob exame, concordava⁷⁷.

Acompanhou então o ministro Gilmar Mendes, relator, fazendo menção que o fazia com base nesse fundamento. Em outras palavras, acompanhou-o apenas quanto ao resultado do julgamento (negar provimento ao recurso), mas o fez por fundamento diverso.

⁷⁷ A interpretação admitida na primeira instância, nesse caso, como dito acima (tópico 3.3.1.4) é a de que o artigo 34, parágrafo único, comporta interpretação no sentido de admitir-se a exclusão, do cálculo da renda *per capita*, não apenas do valor mencionado no dispositivo legal (BPC percebido por membro da família), mas também outros valores de um salário mínimo, independentemente de sua natureza (aposentadoria, pensão, dentre outros, etc.).

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

O julgamento dos Recursos Extraordinário 567.985 e 580.963 foi concluído no dia 17.04.2013, tendo sido suspensa a sessão para apreciação, no dia seguinte, da Reclamação 4.734 e para decisão sobre a modulação de efeitos da decisão. A exposição do resultado seguirá aqui a sequência cronológica do julgamento.

Prevaleceram, por maioria, os votos proferidos pelo ministro Gilmar Mendes em todos os precedentes, é dizer, foi declarada a inconstitucionalidade, sem a pronúncia de nulidade, dos artigos 20, §3º, da Lei 8.742/93 e 34, parágrafo único, da 10.741/03, admitindo-se em sede de reclamação a reinterpretação de decisão proferida pelo STF em controle de constitucionalidade. Contudo, a proposta de vigência, até 31/12/15 (prazo para que o legislador confeccionasse novo critério econômico para concessão do BPC), não foi aprovada, uma vez que não alcançado o quórum mínimo de dois terços para modulação de efeitos da decisão.

No Recurso Extraordinário 567.985, de relatoria do ministro Marco Aurélio, no qual foi posta em questão a constitucionalidade do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, acompanharam o voto do ministro Gilmar Mendes os ministros Celso Mello, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Rosa Weber e Joaquim Barbosa (presidente), este último, todavia, sem fixar prazo para o legislador. O voto vencedor coincidiu apenas quanto ao resultado (negar provimento) com o voto do relator desse recurso, uma vez que, como visto acima (tópicos 3.3.1.5.1 e 3.3.1.5.2), os fundamentos foram diferentes.

Acompanhou o voto do ministro Teori Zavascki, nesse precedente, o ministro Ricardo Lewandowski. Nele não votou o ministro Dias Toffoli, uma vez que impedido.

Já no Recurso Extraordinário 580.963, no qual fora veiculada a tese de inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 34 da Lei 10.741/03, acompanharam o relator, Ministro Gilmar Mendes, os ministros Celso Mello, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Rosa Weber e Joaquim Barbosa (presidente), este último, igualmente, sem fixar prazo para o legislador. O voto do ministro Teori Zavascki, após retificação, coincidiu apenas quanto ao resultado (negar provimento) com o voto do relator; como visto acima (tópicos 3.3.1.5.2 e 3.3.1.5.3), os fundamentos foram diferentes.

Votaram pelo provimento do recurso, em manifestações mais breves durante os debates, os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. O ministro Marco Aurélio, por entender não haver inconstitucionalidade no artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03.

O ministro Dias Toffoli apenas fez menção que acompanhava a divergência. Ao seu turno, o ministro Ricardo Lewandowski deduziu argumentação mais elaborada. Considerando que sua manifestação fora comum aos dois recursos extraordinários julgados, será analisada na sequência das considerações sobre os votos dos ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Celso de Mello, igualmente comuns aos dois recursos.

Pois bem, convém contextualizar, orbitando os votos descritos nos tópicos antecedentes, os votos dos demais ministros no julgamento dos recursos extraordinários. De maneira geral, suas manifestações foram coincidentes em ambos os precedentes.

Acompanharam os votos do ministro Gilmar Mendes, com conotação, em suas breves manifestações, de que subscreviam a mesma fundamentação, os ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa (com o detalhe de que não fixava prazo de vigência dos dispositivos declarados inconstitucionais) e Rosa Weber.

A ministra Rosa Weber, observou, contudo, entender que a matéria, especialmente a posta no Recurso Extraordinário 567.985, seria de natureza infraconstitucional, pois se cuidava de solução dada à controvérsia à luz da legislação de regência. Em seu modo de ver, o julgador nada mais fez do que interpretar a lei e, especificamente no Recurso Extraordinário 567.985, o resultado dessa interpretação foi o de que o critério objetivo previsto no artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93 havia sofrido revogação ou não mais poderia subsistir como único parâmetro, pelo entendimento de que a miserabilidade jurídica poderia ser interpretada de uma outra forma.

Contudo, superada a questão do conhecimento do recurso, mencionou partilhar da compreensão da ministra Cármen Lúcia, em voto que teria sido lembrado pelo ministro Luiz Fux, no sentido de que o fato de o STF ter declarado a constitucionalidade daquela norma não significa que sejam inconstitucionais as decisões que observem outros parâmetros para definição da miserabilidade jurídica⁷⁸.

Por fim, referiu que, em função de todos esses fatos, embora tivesse voto escrito⁷⁹, os fundamentos já teriam sido expostos nas diferentes manifestações, sendo que votava assim no sentido de negar provimento a ambos os recursos, endossando a compreensão do ministro

⁷⁸ Essa compreensão que atribuiu a ministra Rosa Weber à ministra Cármen Lúcia não se afina com a fundamentação e conclusão do voto do ministro Gilmar Mendes (tópico 3.3.1.5.2). Pelos registros de julgamento, a interpretação que se faz da manifestação da ministra Rosa Weber, para que tenha um sentido coerente, é que, apesar de seu posicionamento pessoal inicial tanto para questão da admissibilidade dos recursos extraordinários, quanto relativamente às questões de fundo, passou a seguir o entendimento esposado na fundamentação do ministro Gilmar Mendes.

⁷⁹ Nos acórdãos disponíveis na internet, não consta voto escrito da ministra Rosa Weber.

Gilmar Mendes no sentido de declarar a inconstitucionalidade sem a decretação de nulidade, pois a lei estava no caminho da inconstitucionalidade (a se tornar inconstitucional).

Embora tenha acompanhado os votos do ministro Gilmar Mendes, as manifestações do ministro Celso de Mello foram canceladas dos registros escritos dos debates, de sorte que se tem seu posicionamento final apenas quanto ao resultado do julgamento, não havendo manifestações escritas no tocante à fundamentação, ainda que sucintas, de seus votos⁸⁰.

O ministro Ricardo Lewandowski, como registrado, dava provimento aos recursos extraordinários do INSS e não reconhecia a inconstitucionalidade dos dispositivos legais. Fez menção à situação orçamentária da Previdência Social⁸¹. Mencionou, a título do que entendeu da fala do ministro Gilmar Mendes, que o legislador deve ter feito uma série de cálculos e chegado à conclusão do que era possível ao erário pagar ao idoso, o que, no entender do ministro, seria aquilo que os juristas denominam de reserva do possível.

Referiu, ainda, o ministro Ricardo Lewandowski, ter o Congresso Nacional instituído uma política pública. Boa ou má, é uma política pública, cuja criação é atribuição do Congresso Nacional conjuntamente com o Poder Executivo. Nesse sentido, não caberia ao Poder Judiciário, em princípio, estabelecer políticas públicas. A política com relação ao idoso teria sido, ainda nas palavras do ministro, exatamente a estabelecida pela Lei 8.742/93.

Nesse contexto, os argumentos trazidos pelo INSS seriam relevantes. O acórdão recorrido teria ferido o princípio da legalidade, pois compete ao Congresso Nacional, representante da soberania popular, rever a lei de acordo com sua vontade e julgar se está defasada ou não em relação à realidade econômica em que vivemos. Haveria, assim, na esteira do argumento trazido pela autarquia previdenciária, ofensa ao princípio da fonte de custeio, previsto no artigo 195, §5º, da CF/88.

E isso em razão da crise mundial econômica do momento, cenário no qual a primeira “vítima” seria sempre a previdência social dos países, desenvolvidos, em desenvolvimento ou subdesenvolvidos. Os benefícios previdenciários⁸² são os primeiros a serem cortados. A esse quadro deveria ser somado um fenômeno demográfico “interessante”: o fato de estar havendo um aumento de pessoas idosas no Brasil. Ponderou, assim, que se for permitido aos magistrados

⁸⁰ Sem embargo, suas manifestações estão presentes no arquivo contendo o áudio dos debates, que pode ser acessado na página do STF na internet.

⁸¹ Muito embora o BPC seja custeado pela União e apenas administrado pelo INSS. Sobre isso, ver tópicos 3.1 e 3.2.

⁸² Embora sejam direitos fundamentais sociais, este trabalho parte da premissa de que direitos previdenciários e assistenciais não são a mesma coisa.

criar, conforme a sua vontade, benefícios previdenciários sem observar o artigo 195, §5º, da CF/88, o país irá à “bancarrota” rapidamente.

No julgamento da Reclamação 4374, votaram pelo não conhecimento os ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Joaquim Barbosa. Pelo conhecimento, porém sem se pronunciar quanto ao mérito, o ministro Marco Aurélio. Pelo não provimento, acompanhando o voto do relator, ministro Gilmar Mendes, votaram os ministros Luiz Fux, Celso de Mello, Cármen Lúcia e Rosa Weber. Pelo provimento da reclamação, votou o ministro Teori Zavascki.

O ministro Ricardo Lewandowski, considerou que o entendimento do ministro Gilmar Mendes (possibilidade de rever entendimento firmado pelo STF em controle concentrado) ampliaria muito o âmbito da reclamação, o qual deveria ser mais restrito. Tal admissão implicaria na abertura de um precedente “perigosíssimo”. Significaria, no seu entender, apreciar matéria de fato no âmbito da reclamação.

O fundamento encampado pelo ministro Joaquim Barbosa para o não conhecimento da reclamação foi o de que a questão da constitucionalidade nela trazida já teria sido decidida no julgamento dos recursos extraordinários. Já o ministro Dias Toffoli manifestou-se pelo não conhecimento, sem maiores considerações. Por seu turno, o ministro Teori Zavascki dava provimento à reclamação, como consequência lógica de seu voto proferido no julgamento dos recursos extraordinários (se mantém-se hígida a decisão da ADI 1232, ela deve ser respeitada).

Por fim, seguiu-se a votação sobre a modulação de efeitos, é dizer, sobre a fixação do prazo de vigência até 31/12/15, tempo considerado razoável para que o legislador trouxesse critério de concessão do BPC mais adequado que os reputados inconstitucionais.

Absteve-se de votar, por entender não ter voto na modulação, o ministro Marco Aurélio. Contra a modulação de efeitos, votaram os ministros Teori Zavascki, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Joaquim Barbosa. E, pela fixação do prazo, os ministros Gilmar Mendes, Luiz Fux, Celso de Mello, Cármen Lúcia e Rosa Weber.

Os fundamentos dos votos que rejeitaram a modulação de efeitos foram diversos. O ministro Teori Zavascki entendeu decorrer da própria decisão que reconhece a inconstitucionalidade por omissão o dever de legislar, sendo que não há sentido em fixar prazo para o Legislativo se, de seu descumprimento, não advier uma sanção.

Referindo mudar seu posicionando anteriormente adotado em outros julgamentos, o ministro Joaquim Barbosa argumentou que, como sucedera em período recente ao julgamento em questão, o prazo fixado raramente seria cumprido, o que faria com que o problema retornasse ao STF. Tal fato implicaria em repercussão negativa para a credibilidade da corte.

Por sua vez, o ministro Ricardo Lewandowski fundamentou seu voto no sentido de que, se a tese vencedora admitisse uma violação à dignidade da pessoa humana, modular efeitos significaria permitir que a dignidade humana ficasse “*suspensa*” pelo período dado ao Legislativo⁸³. Também, mencionou que o STF deveria prestigiar a autonomia do Congresso de fixar sua pauta legislativa. O ministro Dias Toffoli apenas referiu acompanhar a maioria, votando pela não modulação de efeitos.

Dos ministros favoráveis à modulação, o ministro Luiz Fux considerou que à última instância caberia exortar o legislador a que cumpra a Constituição e que a modulação encontrava amparo legal. Disse ainda que, se não houvesse modulação, seria ainda maior o temor daqueles que se preocupam com gastos atuariais. Seria preciso, assim, estabelecer até quando o STF toleraria o estado de inconstitucionalidade.

Das manifestações dos ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Luiz Fux, extrai-se que entendiam que se atingida a maioria para a fixação de prazo, no interregno, os juízes de primeiro grau poderiam agir como já vinham agindo, é dizer, aferindo a miserabilidade de acordo com o caso concreto, com a possibilidade de ultrapassar o limite legal *per capita*.

Essa, portanto, a exaustiva, porém necessária, síntese do julgamento do STF. Alinhados os argumentos, passa-se à análise de suas consequências práticas à luz do objeto do presente estudo.

3.3.1.6 O que se pode extrair do posicionamento do STF

É certo que os votos expostos acima podem ser objeto de estudo e análise por diversos ângulos. Da coerência entre as premissas teóricas adotadas até o exame acurado das premissas assentadas nas argumentações e os resultados que se pretendeu atingir através delas na argumentação, é possível tecer, sem dúvida, não poucas considerações. Aqui, diga-se mais uma vez, serão extraídas aquelas informações e conclusões que guardem pertinência com o objeto deste estudo, mais especificamente com o objetivo deste capítulo (o exame da insuficiência da regulamentação legal do BPC vista pelo Judiciário).

Tal como se disse acima, não apenas o resultado do julgamento é relevante para uma abordagem da problemática da regulamentação legal insuficiente, mas também as razões de

⁸³ Ou poderia enxergar-se de outro modo a consequência lógica do reconhecimento da tese vencedora, raciocinando-se que, constatada a inconstitucionalidade por omissão parcial, a dignidade humana estaria sendo ofendida desde a regulamentação insuficiente proporcionada pela Lei 8.742/93, e, declarada também a inconstitucionalidade total superveniente dos dispositivos de lei em questão, o STF estaria, tal como disse o ministro Luiz Fux, fixando o prazo pelo qual continuaria a tolerar essa situação de inconstitucionalidade.

decidir. Como se pode perceber, as razões de decidir da ADI 1232 permearam a argumentação dos julgados analisados, constituindo-se argumentos substanciais nos votos vencedores do ministro Gilmar Mendes, no voto vencido do ministro Teori Zavascki e nos debates travados nos julgamentos. E não poderia ser diferente com as razões dos precedentes ora em exame.

3.3.1.6.1 Vigência dos artigos 20, §3º, da Lei 8.742/93 e do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03

A consequência prática mais imediata que se deduz do resultado do julgamento do STF é que, embora declarados inconstitucionais, os artigos 20, §3º, da Lei 8.742/93, e 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, permanecem em vigor, pois a declaração de inconstitucionalidade se deu sem a pronúncia de nulidade. E vigem por tempo indeterminado, uma vez que, embora proposta a fixação do prazo de vigência até 31/12/15, tal não foi aprovada pelo Pleno, porquanto não atingido o quórum mínimo de dois terços.

Para o STF, já na composição do tempo em que julgado o pedido de liminar na ADI 1232, pareceu não haver dúvidas quanto ao entendimento de que retirar do mundo jurídico o artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, implicaria em um mal maior do que mantê-lo ainda que sob questionamento de sua constitucionalidade⁸⁴.

A mesma linha adotou a Corte Suprema brasileira no julgamento dos Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963 e da Reclamação 4374. A preocupação com uma piora de uma situação já não plenamente adequada à Constituição, advinda da declaração de inconstitucionalidade com pronúncia de nulidade do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93 foi expressa no voto vencido do ministro Marco Aurélio. Ela foi abertamente defendida igualmente nos votos vencedores do ministro Gilmar Mendes (que o fez também em relação ao artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03), inclusive para fundamentar a técnica de decisão proposta (declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade com fixação de prazo de vigência dos dispositivos reputados inconstitucionais) e também esteve presente nos debates, principalmente nos travados acerca da modulação de efeitos das decisões.

Nos demais votos vencidos e nos debates sobre a modulação de efeitos das decisões, não foi registrada nenhuma fundamentação que sustentasse diretamente a pronúncia de nulidade, com a imediata cessação da vigência, dos artigos 20, §3º, da Lei 8.742/93 e 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03.

⁸⁴ Quanto a esse ponto, ver tópico 3.3.1.1.

Do caminho prevalecente, nesse ponto, nos julgamentos da ADI 1232, dos Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963 e da Reclamação 4374, lido conjuntamente com a análise da fundamentação da divergência levantada, é possível aferir o grau de importância atribuído pela corte ao direito ao BPC. Esse comportamento abre terreno para afirmação sobre o caráter fundamental do direito ao BPC, que será feita a seguir.

3.3.1.6.2 O BPC como um direito fundamental para o STF

Na introdução do capítulo 2, assinalou-se ser facilmente constatado, da leitura do texto constitucional, que o BPC é um direito social fundamental. Mencionou-se, igualmente, que, hodiernamente, a doutrina assim o reconhece. Neste tópico, será demonstrado que o STF também lhe atribui esta natureza.

Para tanto, parte-se das argumentações despendidas nos votos dos ministros Marco Aurélio no Recurso Extraordinário 567.985 (vencido) e Gilmar Mendes, nos três precedentes julgados (vencedores). Ambos os ministros assumem a premissa de tratar-se o BPC de um direito social fundamental e sobre ela desenvolvem seus votos.

O ministro Marco Aurélio o têm como um direito humano fundamental e destinado a garantir o mínimo existencial. Tamanha é a sua importância para o Estado Democrático de Direito pátrio, que, segundo o ministro, ele está situado em uma zona de consenso existente entre os mais diversos e até antagônicos matizes teóricos, que, de alguma forma, consideram em suas construções a dignidade humana e o mínimo existencial.

De sua contextualizada fundamentalidade decorre a prioridade de seus titulares às ações estatais e a prioridade orçamentária para sua concretização. A partir dela, ainda, foi afastado o argumento da reserva do possível, bem como o contraponto da segurança injurídica e isonômica que se erigia contra a solução que propunha: relegar o exame da constitucionalidade aos casos concretos e permitir o comportamento judicial de primeira instância de tomar como não exclusiva a regra da renda *per capita* do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93.

Também o ministro Gilmar Mendes considera do BPC como um verdadeiro direito fundamental social que, positivado em uma constituição fortemente dirigente como a brasileira, compõe um genuíno projeto de ação. Da fundamentalidade contextualizada em seu voto, decorre, para o ministro, que não há mais espaço para discussões políticas e econômicas sobre a concessão do BPC ou sobre o seu valor. Ambos, benefícios e valor, estão, assim, protegidos contra qualquer tentativa de reforma.

De seu caráter fundamental decorrem também o reconhecimento de uma dimensão subjetiva (é dizer, reconhecer ser ele um direito público subjetivo a prestações normativas e fáticas perante o Estado), bem como uma dimensão objetiva (vale dizer, o reconhecimento de ser uma norma constitucional vinculante para o Estado, especificamente para os três Poderes da República, e que impõem o Legislativo o dever de legislar adequadamente).

Da perspectiva histórica descrita no voto do ministro Gilmar Mendes, a qual será trabalhada no tópico seguinte para demonstração de uma regra criada judicialmente, e que dá conta, através da menção de súmulas e precedentes, de fornecer uma boa ilustração do prognóstico da atividade judicial da primeira e segunda instâncias do Judiciário brasileiro (de maneira geral) e do STF (de modo específico), pode-se inferir que, em geral, o tratamento dado pela magistratura à problemática do critério da renda *per capita* toma em consideração a premissa de ser o BPC um direito social fundamental. De tudo, pode-se destacar a ilustração do movimento verificado no Judiciário de contornar as interpretações restritivas que de início dava o STF à matéria.

Como se vê, a característica de direito fundamental ocupa posição de centralidade nas teses defendidas nos votos dos ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes e nas consequências teóricas e práticas delas decorrentes.

Embora possa haver muita margem para discussão se, a partir apenas dos julgados aqui analisados, os desdobramentos das concepções teóricas de direitos fundamentais adotadas nos votos dos ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes possam compor o pensamento institucional do STF⁸⁵, é certo que não restam dúvidas de que o BPC, para a nossa Corte Constitucional, é um direito fundamental.

Em favor dessa afirmação, sublinha-se que a argumentação dos votos divergentes dos ministros Ricardo Lewandowski (em ambos os recursos extraordinários) e Teori Zavascki (no Recurso Extraordinário 567.985) não se pautaram na ausência de fundamentalidade do BPC. O primeiro deduziu teses erigida sobre a clássica concepção de separação dos Poderes e trilhou o caminho argumentativo da reserva do possível (tópico 3.3.1.5.4). O segundo concebeu seu voto na inexistência de inconstitucionalidade superveniente, do que decorreria a necessidade de

⁸⁵ Reconhecer determinada construção teórica como o pensamento institucional do STF abre oportunidade, por exemplo, ao menos do ponto de vista da racionalidade exigida da fundamentação das decisões judiciais, de criar-se um movimento por cobrança de coerência nos julgamentos de casos futuros da Corte (confira-se, a respeito, tópicos 2.1.5 e 2.1.5.1). Por exemplo, admitir como adotada, em sua totalidade, pelo STF, a concepção de fundamentalidade do BPC tomada no voto do ministro Gilmar Mendes, implicaria também reconhecer que, como consequência dessa característica decorre a impossibilidade de se extinguir com o BPC ou de veicular-lo em valor inferior ao salário mínimo.

respeito à autoridade da decisão tomada na ADI 1232 (tópico 3.3.1.5.3). De igual maneira, argumentação contra o caráter fundamental do direito ao BPC não foi registrada nos debates do Pleno.

Assim, a fundamentalidade do direito ao BPC, além de afirmada expressamente nos votos escritos dos ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, não foi posta em questão pela divergência. De maneira semelhante, na ADI 1232, é possível dizer que o caráter de direito fundamental do BPC constituiu pano de fundo dos votos vencidos e não foi negada pela maioria vencedora na conclusão pela constitucionalidade do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93 (vide tópico 3.3.1.1). Portanto, não restam dúvidas que, para o STF, o BPC é um direito social fundamental.

3.3.1.6.3 A insuficiência do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93 e a criação judicial da regra que excepciona o limite de ¼ do salário mínimo (regra limitadora prevista na LOAS)

Outro dado constatável a partir da análise de precedentes feita acima e de especial relevância para o presente estudo, em geral, e para este capítulo, em particular, é o juízo de insuficiência da regra do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, para veiculação efetiva do BPC. Juízo esse que corresponde ao alinhamento, quanto à dita insuficiência, do STF, ao posicionamento majoritário e histórico do Judiciário brasileiro.

Reinvoca-se aqui a argumentação despendida nos votos vencedores do ministro Gilmar Mendes (tópico 3.3.1.5.2). A perspectiva histórica lá descrita, demonstrada sobretudo através de súmulas editadas no âmbito dos Juizados Especiais Federais e de precedentes do STF, representativos de um vasto universo de ações judiciais, fornece um bom panorama da atividade judicial da primeira e segunda instâncias do Judiciário.

Nas instâncias inferiores do Judiciário, desde a edição da Lei 8.742/93, nunca foi verificado um comportamento de resignação com o critério trazido pelo artigo 20, §3º. Mesmo após assentada a constitucionalidade do referido dispositivo legal na ADI 1232, persistiram as decisões que acolhiam teses viabilizadoras da concessão do BPC diante de rendas *per capita*s comprovadamente superiores ao limite de um quarto do salário mínimo. E esse movimento persistiu ainda em período posterior, no qual o STF, em tais situações, proferia, em sede de reclamações, decisões no sentido de reconhecer ofensa ao entendimento firmado na ADI 1232.

Esse é um dado histórico importante, porque demonstra que o entendimento sobre a insuficiência do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93 e, logo, sobre a regulamentação legal deficitária do BPC foi construído, ao longo de aproximados vinte anos, por um movimento marcado pelo protagonismo da primeira e segunda instâncias do Judiciário para, somente ao final, ser

acolhido pelo STF. Não se constituiu, portanto, uma conclusão imposta “de cima para baixo” por nossa Suprema Corte.

E, tendo como pano de fundo o movimento do Judiciário, reconheceu o STF no julgamento dos Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963 e da Reclamação 4374 que o artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, desde sempre padeceu de inconstitucionalidade por omissão parcial, vale dizer, que representou e representa uma regulamentação legal deficitária do inciso V do artigo 203 da CF/88, bem como que sofreu um processo de inconstitucionalização (inconstitucionalidade superveniente), em razão de mudanças no cenário fático (político, econômico e social) que acabaram por torná-lo de vez um parâmetro inadequado de aferição da miserabilidade.

Há, assim, conforme os pressupostos teóricos adotados nesse estudo, plenas possibilidades de se concluir pela existência de uma regra criada judicialmente, que pode ser expressa pelo seguinte enunciado: é permitido demonstrar a falta de condições de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família por outras formas de prova além de uma renda *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo. Essa regra, como adiantado no capítulo 2, excepciona a regra limitadora do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93. A sua existência será demonstrada também a partir da análise de precedentes do STJ, que se realizará adiante.

O reconhecimento dessa regra resultado de criação judicial demarca um estágio importante na discussão sobre a regulamentação do BPC. Conforme se disse no tópico 2.1.4, tal reconhecimento permite situar a argumentação para além de um ponto complexo e sensível da teoria dos princípios, que é o sopesamento entre um princípio prevalecente e o princípio que forneceu base para regra jurídica que se pretendeu superar ou excepcionar. A comprovação da existência dessa regra judicial, portanto, desloca a argumentação para um estágio mais avançado, no qual os esforços argumentativos deixam ser direcionados para equacionar o delicado sopesamento entre princípios que fundamenta uma decisão *contra legem*, para serem alocados nas possíveis consequências que do reconhecimento da regra judicial decorram.

As consequências desse reconhecimento que interessam a este estudo serão trabalhadas no final deste capítulo, mas convém aqui adiantar uma delas: o direcionamento do foco da discussão para a segurança jurídica.

Do ponto de vista da precisão e estabilidade na aplicação do direito, a regra criada pelo Judiciário, que excepcionou a regra limitadora prevista no artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, conta com grau maior de segurança jurídica. Em outras palavras, há um maior grau de previsibilidade nesta regra que diz que o critério da renda *per capita* não é o meio exclusivo de comprovação da situação de pobreza para fins de recebimento do BPC.

Contudo, na medida que ela refere apenas que o critério legal pode ser excepcionado, mas não fornece nenhuma pista de quais os meios de objetiva e previsivelmente fazê-lo, ela acaba por colocar em evidência a necessidade de buscar-se soluções para o problema da efetividade do BPC que não deixem de levar em conta a segurança jurídica. A necessidade de uma solução que conte com alto grau de previsibilidade na aplicação do direito, como se abordará adiante, demonstra a pertinência ainda atual de estudar-se uma construção que tenha em conta o artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03.

Convém prosseguir nas considerações feitas a partir dos precedentes analisados. Aqui, o que se quis firmar foi a ideia de que deles exsurge a regulamentação legal insuficiente proporcionada pelo artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93 e a existência, já antes do juízo de inconstitucionalidade do STF, da regra, judicialmente criada, que permite excepcionar o referido dispositivo legal para prova da miserabilidade.

3.3.1.6.4 A atual importância do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, no cenário de regulamentação legal insuficiente do BPC

Conforme dito no tópico anterior, se é certo que decorre do entendimento atual do STF que o critério do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93 pode ser excepcionado, é igualmente certo que ele não fornece uma alternativa objetiva de aferição da falta de condições de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

O ministro Gilmar Mendes, em seus votos, bem apontou a complexidade da tarefa de se estabelecer um novo critério de concessão do BPC em lugar dos critérios atuais. Nela deveriam ser consideradas projeções orçamentárias e macroeconômicas e haveriam de ser pensadas na construção as diferenças socioeconômicas locais de diversas regiões do país, para evitar incongruências na concessão do BPC, cuja consequência mais evidente seria o tratamento anti-isonômico entre os destinatários das políticas de assistência social. Sem dúvida, está aí um direcionamento de extrema importância na tarefa de se pensar um novo critério. E, o que não pode ser um detalhe desimportante: um direcionamento partido da atividade jurídica, da contribuição que o direito dá à atividade de pensar cotidianamente a problemática da concessão do BPC. Tal ponto será retomado em momento ulterior deste estudo.

No espaço deste tópico, apenas se quer colocar em evidência o fato de que, se resultasse exitosa a estratégia concebida nos votos do ministro Gilmar Mendes⁸⁶ (e se mostrasse exitoso também o resultado dos trabalhos do Legislativo na elaboração de um critério novo), o artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, de fato, muito provavelmente perderia sua razão de ser. Estaria resolvida a situação de inconstitucionalidade por omissão que lhe foi atribuída. Outra, todavia, é a situação no atual quadro.

O artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03 teve declarada, sem a pronúncia de nulidade, sua inconstitucionalidade por omissão, em uma leitura e em julgamento nos quais fora considerado de modo amplo o critério econômico de concessão do BPC. Por ter sido reputado insuficiente e, atualmente, inadequado o artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, por via de consequência também o seria o artigo 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso.

Com efeito, entendeu-se que este último dispositivo de lei, lido na literalidade de seu texto, gera uma patente situação de afronta à isonomia entre os titulares do BPC, na medida em que não há uma justificativa constitucionalmente aceitável para excluir do cálculo da renda *per capita* familiar o valor de BPC já recebido por idoso membro da família do idoso requerente e não aplicar o mesmo enunciado normativo para as hipóteses em que o requerente do benefício ou o membro da família for pessoa com deficiência. Mais ainda, há espaço para questionar se existe uma justificativa constitucional para limitar a exclusão do cômputo da renda *per capita* familiar apenas de valores de um salário mínimo correspondentes à rubrica BPC, e não valores idênticos provenientes de outras fontes (aposentadorias, pensões, auxílios-doença, etc).

Em síntese, porque compreendido na totalidade do contexto do julgamento (apreciação conjunta com o artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, e técnica de julgamento e soluções propostas nos precedentes), ao artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, foi atribuída inconstitucionalidade por omissão, por representar uma disfunção do sistema legal de assistência social.

Não é difícil ver, contudo, que o atual quadro reclama que o direito e a prática jurídica atribuam sentido à dita incoerência do sistema. Como trabalhado nos tópicos antecedentes, está reconhecida a regulamentação legal deficitária do BPC na insuficiência e inadequação da regra do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93 e, logo, conforme será desenvolvido abaixo, está reconhecida a omissão estatal destituída de fundamentação constitucional, que tem como consequência o

⁸⁶ Como exposto nos tópicos acima, fixar, mediante modulação dos efeitos da decisão, um prazo de vigência de aproximados dois anos da conclusão do julgamento dos precedentes para que o Legislativo elaborasse novos e melhores critérios de concessão do BPC.

direito subjetivo à ação estatal que fomente uma viabilização mais ampla do direito social em questão.

No atual cenário de escassez regulamentar do BPC, o artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, surge como material normativo para a atividade dos juristas. Como antecipado acima (tópico 3.3), anteriormente ao julgamento dos precedentes do STF, o STJ lhe conferiu um resultado interpretativo, que será analisado mais adiante, representativo de outra regra criada judicialmente. Mas convém ainda prosseguir nas considerações sobre os precedentes em questão.

3.3.1.6.5 *O custo do BPC para o STF*

Ao se fazer menção à regulamentação legal insuficiente de um direito fundamental social como o BPC, o que em última análise, remete à necessidade de uma veiculação mais ampla, é muito provável que surjam de imediato à mente as palavras “custo” e “reserva do possível”, e que tais palavras acompanhem a leitura sem mais abandonar o leitor.

Essa questão será tratada no capítulo 4. Este tópico, contudo, será destinado a preparar-lhe terreno mediante considerações sobre o tratamento que lhe foi dispensado pelo STF no julgamento dos precedentes em questão.

Como descrito acima (tópicos 3.3.1.2 a 3.3.1.5), fizeram-se presentes, nos precedentes analisados, argumentações acerca do custo de concessão do BPC, despendidas tanto por aqueles que de alguma forma falaram nas respectivas ações (partes e *amici curiae*), quanto por alguns dos ministros em seus votos. Aqui será feita uma reprise da abordagem dos precedentes, porém com o enfoque sobre a questão do custo na argumentação.

Recapitulando, no Recurso Extraordinário 567.985, dentre as alegações utilizadas pelo ministro Marco Aurélio para afastar o argumento da reserva do possível, foram invocadas a prioridade de que gozam os titulares do BPC nas ações Estatais, justificada na situação de vulnerabilidade destes, bem como a ausência de “valor absoluto” do orçamento, cuja natureza multifária admitiria priorização orçamentária da veiculação do BPC, direito social ao qual a constituição atribuíra relevância.

O ministro Marco Aurélio, ainda, no desenvolvimento de sua argumentação, para chegar à solução que tencionou propor⁸⁷, teceu considerações de natureza econômica quando

⁸⁷ Permitir a superação do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, quando as situações de fato apresentadas nas ações judiciais assim justificassem, através de tese na qual reconhecia que, embora constitucional o referido dispositivo de lei, poderia ele dar ensejo a situações concretas de inconstitucionalidade.

mencionou que o avanço da inflação e os reajustes do salário mínimo possibilitam o surgimento de novos quadros fáticos que podem vir a destoar dos objetivos constitucionais. Nesse contexto, reputou, fazendo referência ao valor da linha da pobreza estipulada pelo Banco Mundial e ao valor do salário mínimo, razoável o patamar *per capita* do tempo da decisão do STF, porém não o do período da propositura da ação.

Conforme registrado ainda no relatório do voto do ministro Marco Aurélio, pronunciaram-se no Recurso Extraordinário 567.985, na condição de *amici curiae*, o Defensor Público-Geral da União e o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS. Pelo primeiro, quanto ao ponto, foi feita menção à possibilidade de ampliação do limite da renda *per capita* mediante a utilização de patamar previsto em leis diversas, argumentando-se ser a realidade socioeconômica do país à época do julgamento mais favorável à da época da decisão proferida na ADI 1232. Pelo ANIS, por sua vez, foi expressamente defendida a majoração do limite de um quarto para meio salário mínimo, o que implicaria custo adicional de oito bilhões e novecentos milhões de reais, impacto inferior a três por cento do orçamento previdenciário total e, portanto, um gasto absorvível pela “capacidade financeira da União”.

Talvez pela solução que propunha no voto do Recurso Extraordinário 567.985, o ministro Marco Aurélio, na construção de sua argumentação, não teceu maiores considerações sobre eventual melhoria do cenário econômico e não considerou o prognóstico do ANIS de viabilidade do aumento do valor da renda *per capita* familiar. Nesse particular, é de se destacar que os dados fornecidos pelo ANIS certamente foram elaborados partindo-se de parâmetros determinados de cálculos. E, ao menos a partir do conteúdo escrito dos votos e dos registros escritos dos debates do julgamento, ditos parâmetros não foram trazidos à baila.

Vale dizer: em seu voto, o ministro Marco Aurélio trouxe para discussão, em sentido lato, os cenários econômicos (da época da propositura da ação, do momento do julgamento e os possíveis outros que possam se desenhar no tempo pela variação dos elementos “critério renda *per capita*”, “alteração da inflação”, “reajustes do salário mínimo” e “linha da pobreza do Banco Mundial”) e angariou na discussão o orçamento, porém apenas para ressaltar seu caráter não absoluto. Não avançou para além dessas considerações para afirmar, por exemplo, a possibilidade de se ampliar o valor da renda *per capita* limite por ter havido uma melhora da economia na atualidade ou por representar essa majoração impacto absorvível no orçamento da União.

Ao seu turno, nos votos que proferiu nos Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963 e na Reclamação 4374, o ministro Gilmar Mendes teceu considerações sobre o cenário econômico geral do país e sobre o custo do BPC. Na construção da tese da inconstitucionalidade

superveniente do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, referiu ter havido completa alteração no panorama socioeconômico, evidenciada nas reformas constitucionais e administrativas, as quais causaram repercussão no âmbito econômico e financeiro, culminaram no controle da alta inflação, numa melhoria significativa na distribuição de renda e na confecção de critério legais mais generosos para concessão de outros benefícios assistenciais distintos do BPC.

Ao discorrer sobre a solução proposta em seu voto, sobretudo para defender o argumento de que não cabe ao STF a avaliação da conveniência político e econômica de valores destinados a aferir a pobreza, o ministro Gilmar Mendes mencionou a preocupação constante, de autoridades do MDS, INSS e da AGU, com o impacto financeiro decorrente de elevação do critério da renda *per capita* inferior a um salário mínimo. Nesse contexto, trouxe resultado de projeções feitas pelo IPEA, em estudo concluído em 2010, acerca do impacto do BPC, transcrevendo tabela demonstrativa de seus resultados. Considerou que houvera aumento do número de benefícios concedidos desde a sua criação e também que deveriam ser lavadas em conta as projeções de aumento do valor real do salário mínimo.

Demonstrava, assim, o ministro Gilmar Mendes, a preocupação com uma decisão da corte que implicasse aumento do BPC, e buscava, com a solução que propunha, provocar o Poder Legislativo a elaborar critério de concessão adequado. Embora tenha sido feita expressa menção aos números resultados do estudo do IPEA, a decisão não entra em maiores detalhes sobre os parâmetros (por exemplo, de cálculo, de coleta de dados empíricos, metodologia empregada) utilizados na pesquisa. Também, como dito acima, não se conhece o teor da manifestação da Defensoria Pública da União, que atuou como *amicus curiae*, e assim, se teceu ela alguma consideração que contribuísse para análise do argumento custo.

As preocupações com a elevação dos gastos decorrentes de uma ampliação da veiculação do BPC integraram também a argumentação do ministro Ricardo Lewandowski. Como se viu, o ministro defendeu a tese de que, em princípio (e no caso dos precedentes então em julgamento) não caberia ao Poder Judiciário, mas sim ao legislador, criar política pública e reavaliar sua viabilidade econômica.

No desenvolvimento de sua argumentação, mencionou que, para elaboração critério do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, e da regra do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, o legislador certamente havia elaborado os cálculos necessários e chegado à conclusão de que esses dispositivos representariam o que é possível ao erário pagar sob a rubrica do BPC. Em reforço a sua tese, o ministro Ricardo Lewandowski invocou a crise econômica mundial, cuja consequência imediata seria o impacto nos sistemas de previdência social dos países, com corte imediato de benefícios, no contexto da qual seria relevante também o fato de estar aumentando

o número de pessoas idosas no Brasil. Por isso, se o STF aumentasse valor de benefícios ou permitisse aos magistrados de primeiro grau criar benefícios, o país iria à bancarrota rapidamente. Por essas razões, teria razão o INSS ao alegar a impossibilidade de se criar, majorar ou estender benefícios da seguridade social sem a correspondente fonte de custeio.

Pode-se ver que o argumento do custo possui centralidade na argumentação do ministro Lewandowski. Para ele, o Judiciário não deve intervir na questão da regulamentação legal do BPC. Isso porque seria pressuposta à atividade do Legislativo uma análise precisa da viabilidade econômica, tanto na criação, quanto na eventual revisão dos critérios de concessão do BPC. Ao pressuposto acerto das prévias análises de custos do Legislativo, por fim, deveria ser acrescido o grande temor da crise econômica mundial e do fenômeno demográfico nacional de envelhecimento da população.

Do que até aqui, neste subtópicos, se considerou, é possível demarcar alguns pontos relevantes à argumentação acerca do custo do BPC no STF e tecer, concomitantemente, considerações a respeito. Abordagens sobre gastos com o benefício (e, de maneira mais geral, sobre a economia) integraram, em três dos votos, de forma relativamente distinta, três linhas diversas de argumentação destinadas a justificar a proposição de três resultados de julgamento diversos.

Díspares, as linhas argumentativas e os resultados propostos têm uma nota comum: as abordagens apenas gerais sobre a questão dos gastos com o BPC. Essa disparidade pode ser utilizada para trazer à evidência os ganhos de um debate e de uma decisão da corte que tivessem contemplado uma argumentação que enfrentasse mais diretamente a questão do custo, é dizer, que trouxesse para a discussão juízos sobre dados empíricos fornecidos por aqueles que de alguma forma auxiliaram (ou pudessem ter auxiliado) na formação da convicção dos julgadores.

O antagonismo dos votos dos ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski pode ilustrar essa afirmação. Se, de um lado, o BPC possui primazia a ponto de permitir que se excepcione o orçamento em dadas situações, e se, de outro, os custos possuem primazia a ponto de, por um temor de “quebrar-se o país”, barrarem qualquer interpretação judicial que amplie a concessão do referido direito, então se mostra relevante uma argumentação que contemple o impacto financeiro em contornos mais nítidos.

A abordagem do ministro Gilmar Mendes pode reforçar tal senso de relevância, pois nela, como se viu, coexistem tanto um juízo de melhoria do cenário socioeconômico, que implicou na elaboração de critérios mais favoráveis de concessão de outros benefícios assistenciais, como um juízo de temor do impacto no orçamento advindo de uma ampliação na concessão do BPC.

Nos precedentes analisados, havia, no mínimo, duas opiniões técnicas diferentes sobre o BPC no orçamento que poderiam ter sido melhor exploradas. A do ANIS, cujos parâmetros de cálculos não foram contemplados no voto do ministro Marco Aurélio no Recurso Extraordinário 567.985 e as projeções do IPEA, transcritas no voto do ministro Gilmar Mendes na Reclamação 4374, às quais se fez remissão nos votos proferidos no Recurso Extraordinário 580.985, que se restringiu apenas a uma ilustração, sem considerações sobre os parâmetros de cálculo e de coleta de dados empíricos, sobre a metodologia de estudo empregada e sem uma contextualização que compreendesse o orçamento da seguridade em sentido global.

Note-se que, no exemplo fornecido pelo ministro Gilmar Mendes para fornecer direção no julgamento dos precedentes, o julgamento do caso Hartz IV, a Corte Constitucional alemã adentrou em considerações dessa natureza. Com efeito, enfrentando os questionamentos sobre a constitucionalidade do seguro desemprego II, aquela corte delimitou que lhe caberia apenas o exame da adequabilidade dos princípios e métodos utilizados quando da criação do benefício.

Reputou, assim, constitucional o modelo que forneceu base para cálculo do benefício-padrão, por ter se fundado em estudo empírico da população alemã; porém reconheceu que as bases do método de criação acabaram por ser alteradas sem justificativa aceitável, resultando em valor final de benefício-padrão que não encontrava fundamento em nenhuma tese formal. O mesmo teria ocorrido com a fixação das faixas etárias relativas aos percentuais destinados aos dependentes dos beneficiários, situação para a qual o tribunal concluiu ter o legislador desconsiderado tanto as necessidades específicas das crianças, quanto o fato de serem as despesas, para elas, diferentes de acordo com sua idade. Teriam sido indicados estudos, ainda, apontando a necessidade de considerar a lei mais faixas etárias de classificação além das existentes.

Se o exemplo fornecido pelo ministro Gilmar Mendes foi bem captado aqui, o caso Hartz IV revela-se um exemplo útil da importância de o Judiciário, em suas decisões, apreender, compreender e converter em linguagem o mais palatável possível ao jurista e ao jurisdicionado, as conclusões construídas por outros ramos científicos com base em dados empíricos, principalmente nas questões envolvendo direitos sociais. Do contrário, ditos resultados não passarão de meras opiniões fundadas na autoridade de quem confeccionou o estudo.

Partindo-se para rematação deste tópico, da análise dos precedentes é possível extrair que a questão do custo decorrente de uma interpretação que amplie a concessão do BPC, embora tenha sido objeto de preocupação no STF, foi abordada de maneira mais genérica e menos precisa, isto é, no plano argumentativo, não foi melhor desenvolvida no sentido de trabalharem-se informações empíricas trazidas por outros ramos científicos sobre o impacto no orçamento.

Os ganhos de um julgamento que contemplasse uma abordagem desse tipo seria não só uma maior precisão nas informações concernentes aos gastos com o benefício, a servir de norte mais bem definido para o desenvolvimento da argumentação dos julgadores que tomassem a questão como relevante para o julgamento, como também a possibilidade de um controle social mais amplo sobre as decisões de nossa Corte Suprema, a ser exercitado pelos juristas e pela população em geral. Sem dúvida, ao fornecer a possibilidade de uma mais efetiva comunicação intersubjetiva, o Judiciário daria passo ainda mais significativo no diálogo constitucional que trava com os poderes Executivo e Legislativo⁸⁸.

A tomar-se sempre o temor de impacto financeiro de maneira mais genérica, pouco se avançará na regulamentação mais ampla do BPC. Em verdade, esse modo de ver funciona como verdadeira força antagônica ao juízo de relevância atribuído pelo STF ao referido benefício, juízo este que tem como consequência jurídica o reconhecimento do dever Estatal de implementá-lo de maneira mais efetiva.

Como se viu e se verá adiante, a julgar pela história de existência do BPC, é pouco crível que o Legislativo labore no sentido de regulamentar mais efetivamente esse benefício. Essa é uma possibilidade real que deve ser considerada. Nesse contexto, somente faria sentido a solução que tentou ver acolhida o ministro Gilmar Mendes⁸⁹ e fará sentido uma solução futura, se houver, por parte do STF, na apreensão da problemática do BPC, um comportamento no sentido de assimilar, em suas deliberações, o conhecimento produzido por outros ramos científicos, de maneira mais aprofundada, isto é, descendo a considerações, por exemplo, sobre modelos e parâmetros de pesquisa adotados em pesquisas empíricas, enfrentamento de resultados de pesquisas antagônicas, dentre outras.

3.3.2 O tratamento dispensado pelo STJ

Anteriormente ao julgamento, pelo STF, dos precedentes analisados no tópico anterior, a Terceira Seção do STJ julgou, em 28 de outubro de 2009, pela via do artigo 543-C, do CPC, o Recurso Especial 1.112.557/MG, assentando o entendimento de que são admissíveis, à luz dos

⁸⁸ Sobre isso, vide tópico 2.3.4, parte final.

⁸⁹ Conforme descrito no tópico 3.3.1.5: declaração da inconstitucionalidade, sem a pronúncia de nulidade, dos artigos 20, §3º, da Lei 8.742/93, e 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03 (decisão tomada por maioria, pelo STF), com a fixação de prazo de vigência de aproximadamente dois anos, durante os quais o Legislativo deveria elaborar critérios mais adequados de concessão do BPC (medida não aprovada pelo Pleno do STF, por não ter sido atingido o quórum mínimo para modulação dos efeitos da decisão).

casos concretos, outros meios de prova além da renda *per capita* limite do artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/93.

Mais adiante, em 10 de agosto de 2011, resolvendo Incidente de Uniformização de Jurisprudência, julgou a Petição 7.203/PE para estabelecer interpretação do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, no sentido de ser admissível excluir do cálculo da renda *per capita* benefício previdenciário equivalente a um salário mínimo percebido por idoso que integre o núcleo familiar de outro idoso que postule o BPC.

À semelhança do tópico anterior, serão, neste tópico, sintetizadas, brevemente, as hipóteses tratadas nesses precedentes, assim entendidas como as principais – para os fins deste estudo – teses dos votos analisados e as situações concretas correspondentes.

3.3.2.1 Hipóteses submetidas à apreciação no Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.112.557/MG, voto do relator e resultado do julgamento

Distribuído à relatoria do ministro Napoleão Nunes Maia Filho, o Recurso Especial 1.112.557/MG foi interposto com fundamento no artigo 105, III, “c”, da CF/88⁹⁰, por pessoa com deficiência, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que deu provimento a recurso de apelação do INSS, para afastar o direito ao BPC, sob o fundamento de que não fora comprovada a vulnerabilidade social, uma vez que não preenchido o critério do artigo 20, § 3º, da Lei Federal 8.742/93.

No caso concreto, tratava-se de postulante menor, portadora de deficiência visual e problemas neurológicos, males em virtude dos quais a faziam necessitar de constante auxílio de outra pessoa para higiene pessoal, alimentação e vestuário. Através de estudo social, fora verificado que ela não possuía casa própria; vivia em imóvel cedido por uma igreja, sendo que a família era composta por quatro pessoas, contava com uma renda mensal de R\$ 400,00 (quatrocentos reais)⁹¹, proveniente do salário de seu pai, que trabalhava como auxiliar de mecânica.

⁹⁰ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

⁹¹ O voto não faz menção à data em que considerada a renda *per capita*. Porém, estima-se que a avaliação se deu entre 29 de abril de 2004 (data da distribuição da ação perante a Vara Única de Passos/MG) e 28 de março de 2007 (data em que os autos baixaram com sentença em secretaria na primeira instância). Consultar: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=200538040028106&secao=PSS>.

A recorrente alegou que o entendimento adotado pela segunda instância era contrário à jurisprudência do STJ, segundo a qual o parâmetro do artigo 20, § 3º, da Lei Federal 8.742/93, não afasta, no caso concreto, outros meios de prova da condição de miserabilidade.

O Ministério Público Federal – MPF manifestou-se pelo provimento do Recurso Especial, fundando-se no argumento de que o artigo 20, § 3º, da Lei Federal 8.742/93 veicula limite mínimo, sendo possível a comprovação do risco social por outros meios de prova, conforme precedentes do STJ e leitura do artigo 4º, inciso I, da Lei 8.742/93⁹², o qual dispõe sobre o princípio da supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica.

Partindo da consideração de que o STF decidira na ADI 1232/DF pela constitucionalidade da limitação posta no artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/93, o relator sustentou a tese de que, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, sobretudo no que concerne à garantia das condições básicas para subsistência física, o referido dispositivo de lei deve ser interpretado de modo amparar irrestritamente o cidadão vulnerável econômica e socialmente. Concluiu que a limitação do valor da renda *per capita* familiar não pode ser considerada a única forma de se comprovar a ausência de meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um critério objetivo, em cujo enquadramento da renda familiar implica presunção absoluta de miserabilidade.

A esse argumento acresceu o de vigor no âmbito judicial o princípio do livre convencimento motivado do Juiz, previsto no artigo 131, do CPC⁹³, e não o sistema de tarifação legal de provas, de sorte que não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear sua atividade.

Por fim, considerou, exemplificando com precedentes, que o STJ já pacificara entendimento no sentido da não exclusividade do critério de aferição da renda previsto no artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/93, a viabilizar a prova, por outros meios, da situação de miserabilidade preceituada no artigo 203, V, da CF/88.

Rematou que a decisão do Tribunal de origem ia de encontro com o entendimento jurisprudencial do STJ e deu provimento ao recurso especial, considerando ter a recorrente obtido êxito em comprovar sua condição de miserabilidade, mesmo ultrapassando a renda *per capita* de seu núcleo familiar o limite de um quarto do salário mínimo.

⁹² Art. 4º A assistência social rege-se pelos seguintes princípios: I - supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica;

⁹³ Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Como dito, o julgamento foi unânime. O STJ, assim, corroborou seu entendimento majoritário, assentando-o desta vez em sede de Recurso Especial Representativo de Controvérsia.

3.3.2.2 Hipóteses submetidas à apreciação na Petição 7.203/PE, voto da relatora e resultado do julgamento

Cuidou-se de Incidente de Uniformização de Jurisprudência suscitado pelo INSS contra decisão da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais – TNU, no qual foi relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

A TNU, julgando pedido de uniformização, resolvera divergência entre acórdãos de Turmas Recursais de duas diferentes regiões, aderindo ao entendimento de que, na aferição da renda familiar dos postulantes de benefício assistencial, não deve ser incluída a renda percebida por integrante desse grupo que, possuindo 65 anos de idade ou mais, auferir exclusivamente renda proveniente de benefício previdenciário no valor de um salário mínimo⁹⁴.

Em suas razões, alegou o INSS que a TNU adotou orientação diversa da jurisprudência do STJ, para o qual o artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, comportaria apenas interpretação estritamente gramatical, de forma que somente não deve ser computado na renda mensal *per capita* da família BPC recebido por idoso integrante do núcleo familiar de outro idoso que requeira benefício da mesma natureza.

Assinalou a relatora que, admitido o incidente, várias Turmas Recursais prestaram informações no sentido de admitirem a tese que não considera na composição do núcleo familiar o benefício previdenciário de valor mínimo percebido por idoso⁹⁵.

O MPF apresentou parecer favorável à leitura do parágrafo único do artigo 34 da Lei 10.741/03 que abarque também a exclusão, do cálculo da renda *per capita*, de benefício previdenciário de valor igual ao salário mínimo.

Em seu voto, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura ressaltou, em primeiro lugar, a tese sedimentada no Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.112.557/MG, acerca

⁹⁴ O acórdão não fornece maiores informações sobre a situação concreta dos autos, fazendo apenas menção a ser a postulante do benefício de prestação continuada pessoa humilde e ser a única renda familiar a aposentadoria do de seu marido.

⁹⁵ Não é esclarecido, no relatório, quais as Turmas Recursais que prestaram essa informação e tampouco se a noticiada exclusão de benefício previdenciário no valor de um salário mínimo opera-se somente quando o postulante do benefício de prestação continuada é idoso ou se ocorre também nos casos de requerimentos formulados por pessoas com deficiência.

da possibilidade de vencer-se o limite legal de um quarto do salário mínimo (art. 20, §3º, da Lei 8.742/93) quando demonstrada, por outros meios de prova, a condição de hipossuficiência.

Referiu que, em seu entendimento, a finalidade do parágrafo único do artigo 34 da Lei 10.741/03 seria proteger o idoso cujo rendimento se exclui do cálculo da renda *per capita*. Dessa forma, o benefício de prestação continuada que recebe pode ser destinado apenas à sua subsistência (usufruído individualmente). Seguindo a mesma lógica, mencionou que o benefício previdenciário no valor de um salário mínimo percebido por maior de 65 (sessenta e cinco) anos não deve ser considerado no cômputo da renda do núcleo familiar, de maneira que seu titular não tenha que compartilhar o seu valor com os demais membros da família. Admitir o contrário implicaria desprestígio à pessoa do beneficiário da aposentadoria, que contribuiu para Previdência Social.

Reviu, destarte, o seu posicionamento, para “em respeito aos princípios da igualdade e da razoabilidade”, admitir, mediante aplicação analógica do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, a exclusão do cálculo da renda familiar *per capita* de benefício previdenciário recebido por pessoa maior de 65 (sessenta e cinco) anos. Negou provimento, portanto, ao incidente de uniformização suscitado pelo INSS.

O julgamento foi unânime. Disponibilizaram-se, também, o breve conteúdo dos votos dos ministros Laurita Vaz, Og Fernandes e Adilson Vieira Macabu. A Ministra Laurita Vaz enfatizou que, naquela ocasião, revia o posicionamento que vinha adotando na Quinta Turma. Já o ministro Og Fernandes ponderou que o posicionamento adotado pela Ministra Thereza de Assis Moura vai ao encontro da recente discussão sobre o princípio da solidariedade que deflui da nova geração de discursos sobre os direitos humanos.

Por seu turno, o ministro Adilson Macabu enfatizou que a assistência social deve ser vista por um prisma diferenciado. O tema, no seu ponto de vista, merece um olhar humano, devendo-se interpretar de maneira bastante ampla a expressão “a quem dela necessitar, independentemente de contribuição”, constante no *caput* do artigo 203 da CF/88. A razão dessa norma, o motivo de sua existência, foi a sensibilidade às questões de direitos humanos e, também, ao princípio constitucional da razoabilidade. Considerou, por fim, que os julgadores não podem ser insensíveis a uma realidade social, diante de tantos descabros, problemas e omissões existentes na própria Administração Pública. Seria impossível, assim, deixar de reconhecer uma situação real que demanda um tratamento especial.

Assim, à unanimidade, em 10 de agosto de 2011, a Terceira Seção do STJ negou provimento ao incidente de uniformização suscitado pelo INSS, fazendo prevalecer a jurisprudência da TNU.

3.3.2.3 O que se pode extrair do posicionamento do STJ

Os precedentes do STJ descritos acima têm a marca de um julgamento mais sucinto se comparados aos do STF. Por essa razão, e também porque já se deixou antever, na análise dos julgamentos de nossa Suprema Corte, a forma geral de organização das informações extraídas dos precedentes, seguir-se-á, no espaço deste tópico, à lógica de exposição dos subtópicos 3.3.1.6.1 a 3.3.1.6.5.

3.3.2.3.1 A atualidade dos entendimentos firmados no Recurso Especial 1.112.557 e na Petição 7.203, o BPC como um direito fundamental, a insuficiência do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93 e a criação judicial da regra que excepciona o limite de ¼ do salário mínimo (regra limitadora prevista na LOAS)

De início, pontua-se que os entendimentos firmados pelo STJ permanecem, do ponto de vista dos efeitos práticos, atuais. Conforme salientado no tópico 3.3.1.6.1, estão em vigor, por tempo indeterminado, os artigos 20, §3º, da Lei 8.742/93, e 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, visto que, embora declarada, pelo STF, sua inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, não fora alcançado o quórum mínimo para modular os efeitos da decisão conforme propunha o ministro Gilmar Mendes (vigência por aproximados dois anos).

Não restam dúvidas sobre ser o BPC, aos olhos do STJ, um direito fundamental. Embora sem declará-lo por meio de uma argumentação elaborada, o ministro Napoleão Nunes Maia Filho, no Recurso Especial 1.112.557, referiu que conferia ao artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, interpretação que amparasse de forma irrestrita o cidadão economicamente vulnerável, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana. Ainda que em manifestações muito breves, os votos dos ministros Og Fernandes e Adilson Vieira Macabu, no julgamento da Petição 7.203, deram a conotação de estar em pauta questão relativa a direito humano.

Nada obstante não tenham constado manifestações dos demais ministros nos registros escritos do julgamento do Recurso Especial 1.112.557, e, no julgamento da Petição 7.203, ter-se verificado breves colocações, não se constatou nesses precedentes – e dificilmente se constataria –, tese no sentido de não ser o BPC um direito fundamental. Na verdade, o pano de fundo das duas teses acolhidas nesses precedentes é, ainda que registrado superficialmente, a fundamentalidade do direito social ao BPC.

Dos precedentes se pode ver que o STJ reconheceu a insuficiência do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, antes do STF. Apesar de os registros escritos do julgamento do Recurso Especial 1.112.557, por si, não fornecerem um panorama da prática judicial da história de existência do BPC tal como o oferecido, pelo STF, nos votos do ministro Gilmar Mendes na Reclamação 4374 e nos Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963, é possível deduzir desse precedente que o STJ apenas formalizou, pelo rito dos recursos repetitivos, entendimento que de há muito já vinha adotando⁹⁶.

Digno de nota é o fato de tê-lo feito acolhendo a leitura do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, que representou entendimento de votos vencidos na ADI 1232⁹⁷, exposto no voto do ministro Ilmar Galvão, qual seja, de que o limite legal de ¼ do salário mínimo representava patamar abaixo do qual haveria presunção absoluta de pobreza e não impediria a concessão do BPC quando comprovada a vulnerabilidade em situações nas quais a renda familiar *per capita* lhe fosse superior.

Visto conjuntamente com os precedentes do STF, o Recurso Especial 1.112.557 comprova sem maiores dúvidas o entendimento construído ao longo da história pela atividade de primeira e segunda instâncias do Judiciário acerca da regulamentação legal deficitária proporcionada pelo artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/93. Ambas as cortes de cúpula, portanto, confirmam tal entendimento.

Decorrência dessa insuficiência, como já se antecipou acima, é o reconhecimento da existência da regra judicialmente criada, que permite excepcionar a regra limitadora do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93. Recapitulando-se, tal regra poderia ser descrita da seguinte maneira: é permitido demonstrar a falta de condições de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família por outras formas de prova além de uma renda *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo. O Recurso Especial 1.112.557, completa a figura do cenário da regulamentação legal insuficiente do BPC, e é coerente com o movimento das instâncias inferiores do Judiciário, do qual se tratou linhas acima.

⁹⁶ O precedente, por si só, não dá uma exata dimensão do tempo de existência desse posicionamento dominante no STJ. De sua análise, contudo, fica claro que a escolha para julgamento sob o procedimento dos recursos repetitivos deveu-se ao fato, dentre outros, de ser a tese adotada recorrente naquela corte.

⁹⁷ O tópico 3.3.1.1 traz uma síntese do julgamento da ADI 1232.

3.3.2.3.2 A criação da regra judicial que amplia o alcance do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03 e a atual importância desse dispositivo legal

Anterior também ao julgamento do STF dos Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963 e da Reclamação 4374, o julgamento da petição 7.203 estendera o alcance do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03. Além da hipótese gramaticalmente estabelecida pelo legislador (não cômputo, na renda *per capita* familiar, do valor de BPC recebido por idoso membro da família de outro idoso que venha a postular o mesmo benefício), estabeleceu-se judicialmente que também não será considerada para fins de cálculo da renda *per capita* a aposentadoria no valor de um salário mínimo auferida por idoso integrante do núcleo familiar do idoso requerente do BPC.

A sistemática de julgamento desse precedente (incidente de uniformização de jurisprudência) fornece uma ideia consistente, conquanto não exata em termos numéricos, da atividade das instâncias inferiores do Judiciário – destacadamente, no caso, no âmbito dos Juizados Especiais Federais – na tratativa das teses que, através da interpretação ampliativa do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, buscaram em última análise, ampliar o limite *per capita* estabelecido no artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93.

É possível, portanto, extrair-se da Petição 7.203 a criação de uma regra judicial, cujo o enunciado pode ser expresso da seguinte maneira: nos pedidos de BPC formulados por idosos, também o benefício previdenciário de aposentadoria equivalente ao valor de um salário mínimo concedido a qualquer membro idoso da família não será computado para fins de cálculo da renda *per capita*.

À semelhança da regra judicial que excepciona a regra limitadora do artigo do 20, §3º, da Lei 8.742/93, essa regra judicial excepciona uma limitação feita pelo parágrafo único do artigo 34 da Lei 10.741/03 (apenas BPC de membros idosos da família não seriam computados no cálculo da renda *per capita*). Representando um juízo de insuficiência de dispositivo legal que ampliava a hipótese de incidência da regra do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, referida regra judicial acaba por reforçar o entendimento acerca da regulamentação legal deficitária do BPC.

Após o julgamento, pelo STF, dos Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963 e da Reclamação 4374, a regra judicial reconhecida na Petição 7.203 reforça também a importância, na atualidade, do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03. Conforme se mencionou no tópico 3.3.1.6.4, no cenário de reconhecida escassez regulamentar do artigo 203, V, da CF/88,

o referido dispositivo de lei surge como material normativo para o trabalho dos juristas. A tese acolhida pelo STJ em incidente de uniformização de jurisprudência é um exemplo disso.

3.3.2.3.3 *O custo do BPC para o STJ e as razões de decidir da Petição 7.203*

Cabem aqui algumas ponderações de cunho crítico. Dos registros escritos dos precedentes do STJ aqui analisados, observa-se que a questão do custo do BPC não foi contemplada na argumentação das razões de decidir dos julgamentos. Vale dizer, se no STF, ela foi abordada de forma genérica e menos precisa, no STJ ela sequer foi ventilada.

Visto em seus pormenores, a fundamentação do voto da ministra Maria Thereza de Assis Moura, acolhido por unanimidade, parece comportar algumas incongruências. A finalidade do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, segundo a ministra, seria a de proteger o idoso titular do BPC excluído do cômputo da renda *per capita*, para que pudesse usufruí-lo individualmente, isto é, sem ter que compartilhá-lo com os demais integrantes do núcleo familiar. Esse mesmo raciocínio justificaria, então, interpretar o referido dispositivo legal de maneira a excluir também desse cálculo os benefícios previdenciários no importe de um salário mínimo. Admitir o contrário, nos dizeres da relatora, seria um verdadeiro desprestígio a pessoa do beneficiário de aposentadoria, que contribuiu para a Previdência Social.

Ainda que brevemente, é possível questionar se esta perspectiva individualista que conduziu o voto da ministra relatora teria tamanho peso na interpretação da regra do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03.

A regra do artigo 203, V, da CF/88, diz que terá direito ao benefício de prestação continuada a pessoa idosa ou com deficiência que não possua condições de prover a própria subsistência ou de tê-la provida por sua família. O texto da norma não deixa dúvidas de que a assistência familiar, nesse caso, deve preceder a estatal.

Por outro lado, o artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, traz consigo, como trabalhado acima, regra adicional à que veicula o artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, que por sua vez dispõe sobre qual situação para a lei caracterizaria a falta de condições de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Embora seja intuitivo que a pobreza, no caso do BPC, deva ser aferida no contexto completo de toda a família⁹⁸, ambos os dispositivos legais são voltados para apurar a condição do postulante do benefício de prestação continuada e não

⁹⁸ Como se pode intuir das normas que veiculam atualmente as regras de concessão do BPC e que definem a gestão e as instituições responsáveis pela operacionalização desse benefício (tópicos 3.1 e 3.2), a pobreza é fenômeno que deve ser aferido considerando-se também fatores ambientais, sociais e pessoais.

do membro do núcleo familiar, que, de maneira simplista, apenas é considerado (ou não) para efeito de composição da renda familiar. Sob esse ângulo, acredita-se ser possível uma crítica à *ratio* subjacente às regras legais, porém muito pouco viável extrair-lhes a finalidade que lhes foi atribuída no voto.

Ademais, é extremamente forte a impressão de que, ao menos hodiernamente, o efeito de se conceder BPC sob a hipótese do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, isto é, com desconsideração, na composição da renda familiar, de benefício no valor de um salário mínimo, seria o de viabilizar ganhos que aliviem a situação de pobreza extrema. E, se isso for verdade, na prática, o membro da família cujo benefício de um salário mínimo não integrou o cálculo da renda familiar se verá em uma situação na qual será muito difícil, voluntária ou involuntariamente, não o compartilhar para manutenção do lar.

O voto da ministra relatora, ainda, contém certa imprecisão, demandando uma leitura do contexto geral do julgado para compreender o seu sentido. Com efeito, a simples menção a exclusão, do cálculo da renda *per capita*, de “benefício previdenciário no valor de um salário mínimo percebido por maior de 65 (sessenta e cinco) anos” poderia conduzir à conclusão de que todos – não apenas a aposentadoria – os benefícios percebidos por idosos e que ostentassem essa natureza (previdenciário) e valor (um salário mínimo) estariam excluídos da conta, como, por exemplo, a pensão por morte e o auxílio-doença⁹⁹.

Pode-se concluir, portanto, que, do ponto de vista da uma regulamentação legal deficitária, o julgamento da Petição 7.203 representa um passo adiante para uma veiculação mais ampla do BPC, mas o faz acolhendo razões de decidir, sob leitura que aqui se faz, equivocadas.

3.4 BREVE EXAME DAS ATIVIDADES DO PODER LEGISLATIVO E DO PODER EXECUTIVO NA REGULAMENTAÇÃO DO BPC

Os tópicos antecedentes trataram da atividade do Poder Judiciário, poder responsável por um juízo acerca da regulamentação legal deficitária do BPC. Por si, essa conclusão pressupõe uma atividade insuficiente dos Poderes Executivo e Legislativo na regulamentação legal desse

⁹⁹ Não é preciso ir muito longe para ver a plausibilidade desses exemplos. É suficiente pensar numa família composta por um idoso de sessenta e cinco anos de idade que postule o benefício de prestação continuada e também por um de seus ascendentes, de oitenta e cinco anos de idade, que perceba pensão por morte; ou, ainda, em uma família formada por um idoso e por seu cônjuge, também idoso, que perceba auxílio-doença no valor de um salário mínimo.

direito fundamental social. Nada obstante, entendeu-se importante dedicar um tópico ao exame, ainda que breve, do labor desses poderes durante a história de existência do benefício.

Diferentemente dos tópicos anteriores, nos quais se extraíram considerações diretamente do material consultado, este tópico conterà considerações sobre estudo elaborado por Miranda (2013, p. 439-482), denominado “O ciclo de política como campo estratégico: o caso do benefício de prestação continuada”. Este estudo mostrou-se útil para a finalidade deste tópico, uma vez erigiu-se, em grande parte, sobre análise do material normativo produzido (e também sobre o material decorrente da atividade de produção do material normativo) no período de 1993 a 2010, bem como sobre o exame de documentos que resultaram das conferências nacionais, havidas no mesmo lapso temporal, nas quais foram discutidas questões relativas ao BPC.

Miranda (2013, p. 439-440) parte da compreensão de que o ciclo de política deve ser visto como um campo estratégico, no qual há uma indistinção relativa entre aqueles que formulam a política pública, aqueles que a implementam e aqueles à qual é destinada (população-meta). Ao longo da implementação de uma política, forma-se uma rede de implementadores que têm interesses diferentes daqueles que a formularam e que acabam agindo no sentido de influenciar seu desenho original.

Segundo esse modo de ver, ainda, existem determinados períodos nos quais se conjugam questões relativas aos processos de sustentação política dos programas, de coordenação interorganizacional e de capacidade de mobilizar recursos das instituições. Tais períodos são verdadeiros elos críticos que marcam a evolução da política, por resultarem numa tomada de decisão que produz importante inflexão no seu curso inicial. Essa inflexão seria resultado de um aprendizado decorrente de uma interação entre atores estatais, *stakeholders* e população-meta (MIRANDA, 2013, p. 440).

No estudo, por atores estatais entende-se a “alta burocracia” do governo federal, que possui entre suas atribuições detalhar as leis em regulamentos, e os políticos (deputados e senadores), quando integrantes de coalizões partidárias governistas ou opositoristas. Por *stakeholders*, são tidos os grupos interessados na política e nela envolvidos, no caso, os participantes¹⁰⁰ das conferências nacionais da Assistência Social, do Idoso e da Pessoa com Deficiência, nas quais o BPC foi discutido, a Procuradoria-Geral da República, a Defensoria Pública e os políticos (deputados e senadores) quando atuam individualmente. Por fim, por

¹⁰⁰ Gestores de entidades assistenciais, representantes de usuários, acadêmicos e burocratas do governo, de todos os níveis hierárquicos, que têm formalmente, na condição de conferencistas, o mister de deliberar sobre os rumos da política.

população-meta são compreendidos os beneficiários e os requerentes que acreditam preencher os requisitos para auferir o benefício (MIRANDA, 2013, p. 440-442).

Sob este pressuposto teórico, Miranda (2013, p. 440) analisa os problemas colocados à implementação do BPC pela própria Lei Orgânica de Assistência Social e os problemas que surgiram de seu fazer cotidiano, bem como o conteúdo das preferências dos atores estatais, *stakeholders* e população-meta. E o faz com o objetivo de avaliar em que grau foram responsivos os atores políticos e em que grau se insulou a burocracia ante às demandas e pressões dos *stakeholders* e população-meta, ou seja, se houve incorporação de eventuais aprendizados à estrutura regulatória e de gestão e se as eventuais mudanças no direito ao BPC o ampliaram ou restringiram-no.

Convém destacar que, no estudo, a participação dos *stakeholders* foi avaliada a partir das deliberações aprovadas nas conferências nacionais, no caso dos conferencistas, e, no caso da Procuradoria-Geral da República e da Defensoria Pública, a partir de “instrumentos jurídicos específicos”. Já a avaliação da atividade dos parlamentares que atuaram na condição de *stakeholders* (ou seja, individualmente; quando não coligados¹⁰¹), se deu pela análise de projetos de lei por estes apresentados nas duas casas legislativas. A participação da população-meta se deu mediante análise de mandado de injunção¹⁰² e de recursos (MIRANDA, 2013, p. 441-442).

Para fechar a contextualização e passar-se às considerações, incumbe dizer ainda que o estudo foi dividido em três seções, além da parte introdutória e da conclusão. Na primeira seção, apresentam-se os principais embates que circundaram a formulação inicial da política relativa ao BPC, no período de análise que se inicia com a promulgação da constituição de 1988 e termina com a promulgação da Lei 8.742/93. A segunda seção destina-se à análise de implementação do BPC e é dividida em duas fases. A primeira compreendida no período entre os adventos das Leis 8.742/93 e 10.741/03. A segunda se inicia com a promulgação da Lei 10.741/03 e vai até o ano de 2010. Por fim, a terceira seção é dedicada à análise dos efeitos das alterações no desenho da política do BPC no que concerne aos resultados, escopo e grau de judicialização (MIRANDA, 2013, p. 443). Isso colocado, esclarece-se que as informações utilizadas neste tópico serão as trabalhadas pela autora, preponderantemente, na primeira e na segunda seção do estudo.

¹⁰¹ Quando autuaram em coligação, isto é, na condição de atores estatais, a avaliação da atividade dos parlamentares foi compreendida como sendo a atividade do Legislativo.

¹⁰² Trata-se do mandado de injunção 448/RS, deferido em parte, pelo STF, em 05/09/1994, no qual, por maioria, reconheceu-se a mora do Congresso Nacional em regulamentar o artigo 203, V, da CF/88.

Miranda (2013, p. 445) assinala que, mesmo ante a uma conjuntura política e econômica desfavorável, houve amplo debate, integrado por segmentos sociais, por parlamentares e pelo próprio Executivo, sobre a estrutura que deveria ser dada à assistência social brasileira. Dessa discussão resultaram, entre 1989 e 1993, quarenta projetos de lei através dos quais se propunha ou a regulamentação do inciso V do artigo 203 ou a regulamentação de todo o artigo 203, da CF/88.

A primeira iniciativa de uma lei orgânica da assistência social (projeto 3.099, de 1989), embora aprovada em 1990, foi vetada totalmente pelo então presidente Fernando Collor de Mello, sob a justificativa de que continha o projeto dispositivos contrários a uma assistência social responsável, que se restringisse a auxiliar as camadas populares mais carentes, sem, no entanto, comprometer-se com a complementação continuada de renda.

Em 1993, o Executivo apresentou o projeto de lei 4.100, aprovado no curto espaço de quatro meses, que deu origem à Lei 8.742/93 (Lei Orgânica de Assistência Social). Sobre a rapidez da aprovação, a autora pondera:

A rapidez na tramitação decerto se deve ao fato de que, tendo já expirado o prazo o prazo constitucional para a regulamentação da Seguridade Social, a omissão legislativa foi questionada por deficientes físicos, que impetraram, em 1993, o mandado de injunção 448/RS. (MIRANDA, 2013, p. 445).

O Mandado de Injunção 448, ao qual se referiu à autora, foi distribuído em 08/11/1993 e julgado em 05/09/1994 pelo STF, que, por maioria, deferiu em parte o pedido e reconheceu a mora legislativa na regulamentação do inciso V do artigo 203 da CF/88, determinando-se a ciência do Congresso Nacional.

Recapitulando a exposição das regras de concessão do BPC (tópico 3.1), embora a Lei 8.742/93 tenha sido publicada em 08/12/93 (anteriormente ao julgamento do Mandado de Injunção 448), como se pode depreender do artigo 80, incisos I a III, da Portaria Conjunta SPS/INSS/SNAS nº 02/14 e tal como salienta Miranda (2013, p. 448), o BPC somente foi implementado em janeiro de 1996. A concessão do benefício iniciou-se após transcorridos pouco mais de 12 (doze) meses do prazo legal limite para implementação às pessoas portadoras de deficiência, a saber, conforme estabelecia o artigo 37, I, da Lei 8.742/93, até no máximo 12 (doze) meses contados da data da publicação da referida lei.

Sem embargo de, ao tempo do julgamento do mandado de Injunção 448 (05/09/94), já existir lei regulamentadora do BCP e estar ainda em curso o prazo legal de implementação para os titulares deficientes, era possível argumentar sobre a mora ante à expiração dos prazos

previstos no artigo 59, *caput* e parágrafo único, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT¹⁰³, da CF/88.

Cabe abrir aqui um parêntese para mencionar que, antes do Mandado de Injunção 448, fora ajuizada ADI por omissão 877, distribuída em 18/03/93 e julgada, em 05/08/95, por unanimidade, prejudicada, por verificar-se, na ocasião, o suprimento da omissão legislativa pelo advento da Lei 8.742/93¹⁰⁴. Miranda (2013, p. 447) faz menção a essa ação direta como uma pressão importante exercida pela Procuradoria Geral da República, na condição de *stakeholder*, no período compreendido entre a promulgação da Lei 8.742/93 até o final de 1995.

Contudo, acresce-se aqui ao argumento da autora que é bem possível que a ADI 877, tenha influenciado também na elaboração e na tramitação rápida do projeto de lei 4.100 e, por conseguinte, na promulgação da Lei 8.742/93 (ou seja, é factível que a dita ADI possa ter exercido papel importante também no período que antecedeu a promulgação da Lei 8.742/93).

Com efeito, ajuizada, como mencionado, em 18/03/93, nela pedia a Procuradoria Geral da República, tomando como parâmetro o artigo 59, *caput* e parágrafo único, dos ADCT da CF/88, o reconhecimento de mora legislativa e a notificação do Congresso Nacional para providências, ante a existência de projetos de lei, porém não de leis que regulamentassem os artigos 203, V, e 204, da CF/88. Nesse cenário, o ministro Ilmar Galvão, relator, em seu voto¹⁰⁵, fez menção expressa ao fato de realmente ter existido mora legislativa ao momento da propositura da ação, mas que, na ocasião do julgamento, já se contava com a Lei 8.742/93¹⁰⁶. Daí ter sido julgada prejudicada.

¹⁰³ Art. 59. Os projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefício serão apresentados no prazo máximo de seis meses da promulgação da Constituição ao Congresso Nacional, que terá seis meses para apreciá-los. Parágrafo único. Aprovados pelo Congresso Nacional, os planos serão implantados progressivamente nos dezoito meses seguintes

¹⁰⁴ Situando no tempo a ADI 877 em relação a ADI 1232: a primeira foi proposta anteriormente à segunda, esta última distribuída apenas em 24 de fevereiro de 1995. Foi também julgada anteriormente, porém na pendência de julgamento da ADI 1232 (que se ultimou em 27/08/1998) e após ter o STF negado (em 22/03/1995), na ADI 1232, a liminar requerida pelo Procurador Geral da República, no sentido de declarar inconstitucional o artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93.

¹⁰⁵ Na cópia do acórdão disponível na página do STF na internet, não há registro de votos escritos dos demais ministros que participaram do julgamento; somente do ministro Ilmar Galvão, relator.

¹⁰⁶ Talvez seja possível explicar o fato de não ter adentrado o STF, na ADI 877, em considerações sobre a inconstitucionalidade por omissão do artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/93, pela análise dos contornos do pedido feito pelo Procurador Geral da República (omissão por inexistência de lei). A argumentação desenvolvida nos votos do ministro Gilmar Mendes nos Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963 e na Reclamação 4374 (vide tópico 3.3.1.5.2) fornece o contexto de que o STF, à época, possuía um entendimento menos flexível no que refere à utilização dos instrumentais de controle judicial de constitucionalidade. Como dito, registrou o Ministro Gilmar Mendes que, na ocasião do julgamento da ADI 1232, o STF não admitia a declaração de omissão inconstitucional em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Essa também pode ser a razão de ter o ministro Sepúlveda Pertence (presidente) acompanhado o relator para julgar prejudicada a ADI 877 (em 05/08/95, quando já ajuizada ADI 1232 e já apreciado o pedido de liminar nela formulado) e, mais adiante, em 27/08/98, no julgamento da ADI

Pois bem, retomando, a autora menciona ainda o ajuizamento da ADI 1232 também como uma importante pressão feita pela Procuradoria Geral da República, na condição de *stakeholder*, que influenciou o processo de implementação do BPC (MIRANDA, 2013, p. 447). Não se entrará aqui em detalhes sobre a ADI 1232, uma vez que ela já foi objeto de atenção no tópico 3.3.1.1. O que importa antecipar, a título de destaque, é que, na fase de concepção da assistência social e no período inicial de implementação do BPC, houve uma participação ativa do Poder Judiciário, frente a uma postura mais restritiva por parte do Executivo e do Legislativo.

Prossegue Miranda (2013, p. 448) assinalando que, implementado o BPC, a Lei 9.720/98, de iniciativa do Poder Executivo, impediu a diminuição da idade mínima dos titulares idosos para 65 (sessenta e cinco) anos, barrando o decréscimo progressivo da faixa etária inicialmente previsto na Lei 8.742/93, para estancá-la em 67 (sessenta e sete) anos. Rememorando o que se descreveu no tópico 3.1, previa o artigo 38, da LOAS, em sua redação original, que, iniciada a concessão do BPC, a idade mínima seria reduzida, após 24 (vinte e quatro) meses, para 67 anos e, transcorridos 48 (quarenta e oito) meses, para 65 (sessenta e cinco) anos. A Lei 9.720/98 manteve-a em 67 anos, sendo que apenas com o advento da Lei 10.741/03, o Estatuto do Idoso, é que passou a ser de 65 anos.

Destaca a autora, ainda, com referência ao período de regulamentação legal do BPC que antecedeu a Lei 10.741/03, que, embora o Poder Executivo tenha influenciado o Legislativo em movimento por medidas restritivas na veiculação do BPC, não obteve êxito em sua tentativa de ver aprovada, na PEC 33/95, proposta de desvincular o valor do BPC do salário mínimo. Sobre isso, registrou:

Apesar do significativo sucesso do Executivo em suas iniciativas legislativas restritivas, houve uma derrota importante no Congresso: a rejeição, por inconstitucionalidade, da proposta de desvinculação do BPC do salário mínimo, contida na proposta de emenda à Constituição (PEC) 33, de 1995. (MIRANDA, 2013, p. 449)

Neste espaço de tempo, como reação às medidas restritivas, deliberações por propostas mais favoráveis surgiram nas Conferências Nacionais da Assistência Social, como eco da voz de *stakeholders* e da população-meta. Relativamente ao critério da renda *per capita*, verificaram-se propostas: (a) de aumento para um salário mínimo e de exclusão, do cálculo, de Renda Mensal Vitalícia e de BPC concedido a familiares (1995); (b) de aumento para meio salário mínimo e de exclusão, do cálculo, de BPC de familiares (1997); (c) de aumento para um

1232, ventilar que estamparia o artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, certamente, inconstitucionalidade por omissão, mas que não seria aquela ação direta de inconstitucionalidade a via adequada para tal reconhecimento (vide tópico 3.3.1.1).

salário mínimo, exclusão de BPC de familiares e de permissão de acúmulo com outros benefícios (2001) e (d) de aumento para meio salário mínimo e de exclusão de BPC concedido a familiares (2003)(MIRANDA, 2013, p. 450-451).

Miranda (2013, p. 452-455) expõe, pretendendo demonstrar a natureza das preferências do Executivo e sua influência sobre a produção legislativa do período de 1994 a 2003, relação de projetos de lei relacionados ao BPC com destaque para seu conteúdo e partido dos propositores. Do que interessa a este tópico, totalizaram-se, no referido intervalo de tempo, 40 (quarenta) projetos, apresentados na Câmara dos Deputados por parlamentares integrantes de diversos partidos (da oposição ou não) cujo conteúdo continha proposta de aumento da renda *per capita* e 4 (quatro) que contemplavam exclusão de valores do cômputo da renda *per capita*. Os parlamentares que marcaram suas posições por uma ampliação do BPC não conseguiram maioria para consecução de suas propostas.

Em síntese, segundo o estudo em comento, o período que vai da promulgação da Lei 8.742/93 até o advento da Lei 10.741/03 é marcado por alterações restritivas na estrutura regulatória do BPC, que se distanciaram do conteúdo das deliberações das conferências nacionais e dos projetos de lei de caráter ampliativo do benefício. Nesse contexto, registrou-se a recorrente procura do Poder Judiciário pela população-meta¹⁰⁷ (MIRANDA, 2013, p. 453-455).

Ao seu turno, o período que vai da promulgação da Lei 10.741/03 até o ano de 2010 representa, para autora, um elo crítico, na acepção acima mencionada¹⁰⁸. Isso porque esse período iniciou-se no primeiro ano de uma nova dinâmica, mais responsiva, de interação entre o Estado, população-meta e *stakeholders*, sendo que, nele, inaugurou-se também nova fase no conteúdo das demandas feitas por esses dois últimos atores. Nada obstante, embora mais responsiva a interação, os traços básicos da política do BPC não foram alterados de forma significativa (MIRANDA, 2013, p. 457).

Desta fase, sublinha a autora uma mudança importante no rumo das preferências do Poder Executivo, com o fortalecimento de duas tendências: maior receptividade do Congresso aos projetos destinados a ampliar políticas sociais ou imprimir-lhes maior consistência e o fortalecimento das estruturas de gestão dessas políticas. Nesse contexto, teriam fortalecido o

¹⁰⁷ Sobre atividade do Poder Judiciário, dedicou-se o tópico 3.3.

¹⁰⁸ Conforme se referiu, os elos críticos, no estudo de Miranda (2013), são períodos resultado de uma tomada de decisão que produz inflexão importante em uma política pública e marcam sua evolução. Nesses períodos, conjugam-se questões relativas aos processos de sustentação política dos programas, de coordenação interorganizacional e de capacidade de mobilizar recursos das instituições.

BPC, além da vinda da Lei 10.741/03, a criação, na Secretaria Nacional de Assistência Social - SNAS, “[...] de uma burocracia mais disposta ao aprendizado e empenhada na construção de soluções para os problemas gerados pelas inconsistências da legislação ou pelas rotinas estabelecidas na primeira fase.” (MIRANDA, 2013, p. 457).

No que concerne à gestão do benefício, verificou-se articulação interativa da burocracia em espaços e discussão específicos sobre o BPC, tais como Encontro Nacional sobre a Gestão do BPC, Seminário de Regulação e Gestão do BPC, ocorridos em 2004; Seminário Nacional: Construindo o BPC na Perspectiva do SUAS, em 2005; encontros regionais: O BPC no Contexto do SUAS, em 2006, e Seminário Internacional do BPC em 2010. Foram produzidos, também, estudos diversos sobre o impacto social do benefício e a eficiência de sua gestão¹⁰⁹. Tais seriam exemplos da disposição da burocracia para a interação e o aprendizado, bem como evidência de que as deliberações adquiriram feições mais especializadas e complexas (MIRANDA, 2013, p. 459 e 475).

Para os titulares idosos, tal como referido no tópico 3.1, a Lei 10.741/03 fixou a idade mínima para elegibilidade em 65 anos e previu a regra de exclusão, do cálculo da renda *per capita*, de BPC recebido por idoso membro da família de outro idoso que venha a postular BPC. Em 2007, destaca a autora, em importante iniciativa, o BPC foi posto dentro o SUAS pelo Decreto 6.214/07, o que expressa um aprendizado por parte da burocracia vinculada à SNAS, resultado de uma intensa interlocução com diversos setores sociais e uma série de estudos (MIRANDA, 2013, p. 458).

Miranda (2013, p. 458-468) passa então a avaliar se as alterações então introduzidas estão em harmonia com o conteúdo das demandas e sugestões dos *stakeholders* e da população meta e analisa, para tanto, o conteúdo de projetos de lei, bem como das deliberações sobre o BPC havidas nas conferências nacionais da assistência social de 2005, 2007 e 2009, na conferência nacional do idoso de 2006 e nas conferências nacionais dos direitos das pessoas com deficiência, dos anos de 2006 e 2008.

Para os fins do presente tópico, destaca-se que reivindicações de aumento do limite da renda *per capita*, de ampliação do público-alvo e de exclusão da renda oriunda de outros benefícios e de BPC foram feitas na quase totalidade das conferências. O tratamento diferenciado dado aos titulares idosos no cômputo da renda *per capita* familiar deu origem à

¹⁰⁹ Para maiores detalhes sobre tais estudos, remetemos o leitor à nota de rodapé nº 14 do trabalho de Miranda (2013), na qual a autora menciona doze títulos, um deles produzido em 1997 e os demais entre os anos de 2005 e 2010.

deliberação no sentido de uma equiparação das mesmas regras aos titulares deficientes (MIRANDA, 2013, p. 459-461).

No período compreendido entre o advento da Lei 10.741/03 e o ano de 2010, foram apresentados, na Câmara dos Deputados¹¹⁰, 13 (treze) projetos de lei destinados a aumentar a renda *per capita* limite e 9 (nove) que propunham excluir valores do cálculo da renda *per capita*. Tal como ocorreu com os projetos considerados no período anterior (1994 até 2003), não houve distinção numérica considerável entre projetos apresentados por parlamentares cujo posicionamento dos partidos de filiação aproximava-se mais da ideologia do partido no governo, daqueles apresentados por parlamentares filiados a partidos cujo posicionamento se afastava mais das posições do partido no governo (MIRANDA, 2013, p. 463-466).

Embora registre a autora ter havido, relativamente ao período anterior, uma diminuição no número de propostas, inclusive as relacionadas ao critério da renda *per capita*, e uma significativa diferença no conteúdo destas, é certo que permaneceu expressivo o número de projetos que persistiram em propostas de ampliação do critério do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93. E, neste tema, o conteúdo não foi muito diferente em ambos os períodos: entre 1994 e 2003, o aumento mínimo proposto consistiu em elevá-lo para um terço do salário mínimo, ao passo que o máximo representava uma elevação para dez salários mínimos; entre 2004 e 2010, a menor elevação proposta foi para meio salário mínimo, sendo a maior para seis salários mínimos (MIRANDA, 2013, p. 454-455 e 464-465).

À época da publicação do estudo, Miranda (2013, p. 467) ressaltou que, dos projetos analisados em ambos os períodos (1994 a 2003 e 2004 a 2010), 62 (sessenta e dois) em curso na Câmara dos Deputados, foram anexados ao projeto de lei 3.967/97¹¹¹, o qual fora aprovado na Comissão de Seguridade Social e Família e se encontrava na Comissão de Finanças e Tributação desde 2009.

Atualmente, segundo sistema de acompanhamento *on line* da Câmara dos Deputados, encontram-se apensados ao projeto de lei 3.967/97 75 (setenta e cinco) projetos lei. Deste universo, conforme conteúdo do parecer proferido em 25/05/2015 pelo deputado Afonso

¹¹⁰ Relativamente a este período, a autora faz menção, também, de forma mais sucinta, a 13 (treze) projetos de lei apresentados no Senado, que totalizaram 15 (quinze) propostas de alteração da legislação que regula o BPC. Quatro dessas propostas seriam de exclusão de valores de outros benefícios do cálculo da renda *per capita* e uma seria dedicada ao seu aumento. Com relação a estes projetos salienta que foram constatadas diferenças relevantes quanto aos partidos dos proponentes (se da base governista ou oposicionista) (MIRANDA, 2013, p. 466).

¹¹¹ Ementa: “Estende a concessão da gratificação natalina aos que se encontram em gozo da Renda Mensal Vitalícia.”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20527&ord=1>>. Acesso em 26 jun. 2016.

Florence¹¹² (PT-BA), relator, na ocasião, da Comissão de Finanças e Tributação – CFT, 31 (trinta e um) projetos propõem – diretamente ou por meio da exclusão de renda de pessoas da família do cálculo – acréscimo do valor limite da renda *per capita*. Nesse parecer, concluiu o relator pela inadequação financeira e orçamentária dos projetos que implicavam aumentos de despesas para União (a quase totalidade deles), por lhes faltar formalidades necessárias, quais sejam, as estimativas de aumento de despesas, no exercício que entrarem em vigor e nos dois subsequentes, bem como demonstrativo de origem dos recursos.

Na reunião deliberativa ordinária de 15/07/2015 da CFT, o projeto 3.967/97 foi retirado de pauta a pedido do relator. Em 05/08/2015, foi retirado de pauta em razão da ausência do relator, o qual declinou da relatoria em 26/08/2015, tendo sido substituído pelo deputado Enio Verri (PT-PR) em 27/08/2015. Em 13/06/2016, ao que parecem apontar os registros do andamento, foi devolvido da CFT sem manifestação, ou seja, sem que fosse votado o parecer de inadequação financeira e orçamentária.

A autora, então, encerra a segunda seção de seu estudo, sugerindo existir também um embate interno no Poder Executivo quanto aos rumos do BPC, especificamente no que concerne ao critério da renda *per capita*. Isso porque, conforme prevê o artigo 39, da Lei 8.742/93, é permitido ao CNAS, cujos cargos principais são ocupados por representantes do governo, propor ao Executivo alterações nesse limite legal; contudo, não se verificam iniciativas nesse sentido (MIRANDA, 2013, p. 468). É dizer, embora tenha havido uma evolução das práticas institucionais após o advento da Lei 10.741/03, principalmente no que concerne à gestão do BPC, não se verificaram, no âmbito do Executivo, avanços ou propostas de mudanças quanto ao critério do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93.

Por fim, no que toca ao objeto deste tópico, a autora registra a seguinte conclusão:

Se a coalizão de partidos que ascendeu ao poder no nível federal em 2003 demonstrou maior distanciamento da noção de que justiça social se faz por meio de mecanismos de mercado, ainda não conseguiu, contudo, forjar o consenso necessário para alterar os traços básicos da política em tela para além do instituído pela LOAS. Desconsiderando a exclusão da renda de BPC concedido a membro da família do idoso no cálculo da renda *per capita* e a recuperação da idade para 65 anos, instituídas pelo Estatuto do Idoso, não houve alteração na legislação a fim de atender as demandas recorrentes; [...] (MIRANDA, 2013, p. 474)

Em suma, a problemática tratada neste capítulo, a saber, a – histórica – regulamentação legal insuficiente do BPC, demonstrada através da insuficiência das regras dos artigos 20, §3º,

¹¹² Extraído de

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D8B5E2C2F0159BA6B0B4169CAE927240.proposicoesWeb2?codteor=1338473&filename=Parecer-CFT-22-05-2015>, acesso em 08 ago. 2015.

da Lei 8.742/93 e do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, está também evidente através da perspectiva do estudo de Miranda (2013). Os Poderes Executivo e Legislativo pouco trabalharam no sentido de conferir efetividade à regra do inciso V do artigo 203 da CF/88. Esse papel, em verdade, foi e tem sido desempenhado em grande medida pelo Poder Judiciário.

Mas há um ponto importante trabalhado por Miranda (2013). Como colocado linhas acima, existe hoje uma estrutura estatal de gestão do BPC mais interativa, voltada ao aprendizado institucional e capaz de absorver demandas mais complexas, o que, sem dúvida, é um fator a ser considerado para se pensar a confecção de critérios de concessão alternativos aos atuais. A maturidade institucional pode sinalizar a possibilidade da criação de critérios com um nível de complexidade maior que os atualmente vigentes. Sobre isso se ponderará mais adiante. Importa agora o remate deste capítulo.

3.5 OMISSÃO LEGISLATIVA NA REGULAMENTAÇÃO DO BPC: O PAPEL DAS REGRAS JUDICIALMENTE CRIADAS E AS CONSEQUÊNCIAS DE SEU RECONHECIMENTO

Este capítulo foi dedicado à regulamentação legal insuficiente da regra do inciso V do artigo 203 da CF/88. Como dito em sua introdução, seu desenvolvimento se deu, preponderantemente, sobre um olhar para dimensão empírica da dogmática jurídica, que, recorde-se novamente aqui, compreende a cognição do direito positivo e válido, incluído o prognóstico da prática judicial¹¹³. Convém neste momento ligar os pontos do que foi trabalhado acima como que o que se trabalhou no capítulo 2.

No tópico 2.3.2.1, expôs-se a diferença, tida no modelo de Silva, V. (2011a, p. 141-143), entre restrições baseadas em regras e restrições baseadas em princípios. Em rápida reprise, as primeiras são as mais comuns e decorrem de um sopesamento levado a cabo pelo legislador¹¹⁴, cujo resultado é uma norma infraconstitucional restritiva, com natureza de regra. Noutros termos, a regra infraconstitucional, fruto da atividade do legislador, é a restrição a um ou mais direitos fundamentais assegurados *prima facie* por normas com estrutura de princípios. Já as segundas, mais raras, decorrem da competência do juiz de, em determinado caso concreto, tomar uma decisão. O juiz, nesse caso, restringe direitos fundamentais com base em normas com estrutura de princípios,

¹¹³ Sobre a concepção de dogmática jurídica adotada neste estudo, vice tópico 1.3.1.

¹¹⁴ Conforme esclarece na nota de rodapé nº 72, Silva, V. (2011a, p. 143) adota o termo legislador em sentido lato, nele considerando qualquer forma de produção normativa, citando como exemplo as medidas provisórias e decretos.

por não ter o legislador resolvido determinada situação de colisão e, logo, não ter produzido regra infraconstitucional que definisse qual princípio, em dada situação, prevaleceria e qual ou quais teriam de ceder.

Na sequência (tópico 2.3.2.2), foi feita exposição sobre a regra da proporcionalidade. Esclareceu-se que as restrições operadas por meio da atividade do legislador, isto é, por meio de normas infraconstitucionais, podem, em um sistema com jurisdição constitucional, como o brasileiro, ser questionadas judicialmente. A regra da proporcionalidade serve, assim, ao processo de controle de constitucionalidade da lei, ao fim do qual se dirá se uma restrição é constitucionalmente aceita ou não. Em tal processo, a terceira sub-regra da proporcionalidade, a proporcionalidade em sentido estrito – estágio final do exame da proporcionalidade –, compreende um sopesamento entre os direitos envolvidos, para se aferir se equilibram-se a realização de um direito e a restrição do outro, no intuito de evitar-se exageros nas restrições.

Explicitou-se a ideia de Silva, V. (2011a, p. 178-179) de que diverso é o sopesamento levado a cabo na restrição a direitos fundamentais baseada em princípios constitucionais. Com efeito, nessa hipótese, o sopesamento é o recurso de que se vale o juiz ante a ausência de resolução, pelo legislador, de determinada colisão de princípios. E isso é assim porque não existe norma infraconstitucional (não há variável de referência), a ser testada pela regra da proporcionalidade.

No curso dessa exposição, abriu-se um parêntese. O autor registra, em nota de rodapé, que seria uma exceção a diferenciação das situações mencionadas acima (sopesamento na proporcionalidade em sentido estrito e sopesamento na aplicação direta de princípios) a utilização da regra da proporcionalidade para a finalidade de controlar omissões legislativas, situações nas quais, por óbvio, não existe variável de referência a ser testada. Embora não tenha analisado essa hipótese, por fugir ao objeto de seu trabalho, Silva, V. (2011a, p. 179) apontou tratar-se de hipótese problemática.

Antecipou-se, então, no capítulo anterior, que essa colocação apontava para um impasse apenas aparente para o desenvolvimento do presente trabalho. Isso porque, como se viu no tópico 2.3.3, a concepção teórica de um conteúdo essencial relativo dos direitos fundamentais relaciona-se intimamente com a regra da proporcionalidade, de sorte que restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não atingem o conteúdo essencial de um dado direito fundamental. Poder-se-ia julgar, então, dependente do exame da regra da proporcionalidade a demonstração da omissão legal na regulamentação do direito constitucional ao BPC.

Certamente, seria intrincada uma trilha de desenvolvimento teórico que buscasse demonstrar, através de uma reprovação pela meta-regra da proporcionalidade, a regulamentação legal deficitária dos artigos 20, §3º, da Lei 8.742/93 e do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03. Ainda que em perfunctória reflexão, é possível antever dificuldades – e questionar-se a possibilidade de êxito

– na tarefa de submeter, por exemplo, os referidos dispositivos de lei ao exame das sub-regras da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Todavia, o impasse não existe. A omissão inconstitucional na regulamentação do inciso V do artigo 203 da CF/88 está suficientemente reconhecida, na atualidade, pelo Judiciário. Tal como ficou evidente no tópico 3.3.1.6.3, o entendimento sobre a regulamentação legal deficitária do BPC foi construído ao longo de toda a história de existência do benefício. Trata-se de posicionamento amadurecido ao longo do tempo; não simplesmente de uma conclusão imposta de “cima para baixo” pelo STF e pelo STJ. E, do reconhecimento da omissão inconstitucional, derivaram as duas regras criadas judicialmente, das quais se tratou acima.

O que fez o STF, no reconhecimento da regra judicial que excepciona o limite de um quarto do salário mínimo do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, foi cancelar, revendo seu posicionamento anterior, posição de há muito presente nas instâncias inferiores do Judiciário. Completando o cenário acerca da omissão inconstitucional, estão os entendimentos perfilhados pelo STJ, anteriormente às decisões do STF, acerca da não exclusividade, para concessão do BPC, da regra do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, bem como da criação da regra judicial que amplia o alcance do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03 (tópicos 3.3.2.4.1 e 3.3.2.4.2). Em ambos os casos, o STJ assentou entendimentos majoritariamente adotado na primeira e segunda instâncias judiciais.

Dialogando diretamente com os tópicos voltados à atividade do Poder Judiciário e fornecendo o devido fechamento à contextualização da omissão inconstitucional, está o estudo de Miranda (2013), que contém panorama histórico das atividades dos Poderes Executivo e Legislativo no que concerne à regulamentação legal do BPC (tópico 3.4). É possível, assim, demonstrar a existência de omissão inconstitucional na regulamentação legal do inciso V do artigo 203 da CF/88, sem recorrer-se à regra da proporcionalidade.

O cenário trabalhado, ao mesmo tempo que dá conta de demonstrar a regulamentação legal deficitária, aponta para relevância da análise das regras judicialmente criadas. Conforme salientado no tópico 3.3.1.6.3, a comprovação da existência dessas regras desloca a discussão para um estágio mais avançado, no qual os esforços argumentativos deixam ser direcionados para equacionar o sopesamento entre princípios que fundamenta uma decisão *contra legem* (ponto delicado da teoria dos princípios¹¹⁵), para serem alocados nas possíveis consequências que do reconhecimento de tais regras decorram.

Nas linhas acima (tópico 3.3.1.6.3), adiantou-se a primeira consequência da regra judicial que excepciona a regra limitadora do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, qual seja, o direcionamento do foco da discussão para a segurança jurídica. Há, hoje, um maior grau de

¹¹⁵ Confira-se, a respeito, o tópico 2.1.4.

previsibilidade na aplicação do direito relativamente a regra de que o critério da renda *per capita* não é o meio exclusivo de comprovação da situação de pobreza para fins de recebimento do BPC.

Todavia, embora essa regra permita seja excepcionada uma regra legal limitadora, ela não fornece nenhum norte sobre quais os meios de objetiva e previsivelmente fazê-lo. Portanto, o seu reconhecimento acaba por colocar em evidência a necessidade de buscar-se soluções para o problema da efetividade do BPC que levem em conta a segurança jurídica, demonstrando a pertinência atual de estudar-se uma construção que tenha em conta o artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03. Sobre a atual importância deste último dispositivo de lei, dedicou-se o tópico 3.3.1.6.4.

Na introdução deste capítulo, fez-se menção que, ao que parece, essa regra foi tomada em consideração pelo legislador, que houve por bem inserir, através da Lei 13.146/15, o § 11º no artigo 20, da Lei 8.742/93. Esse novo dispositivo autoriza a utilização de outros elementos de prova para comprovação da miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme dispuser o regulamento. Até o presente momento, ele não foi regulamentado. Em princípio, além de uma adequação a um posicionamento histórico do Judiciário, se tomado em consideração o comportamento dos Poderes Executivos e Legislativos ao longo dos anos¹¹⁶, esse parágrafo traz pouca esperança no que diz respeito a uma veiculação mais efetiva do BPC.

A segunda consequência que advém da existência das regras criadas judicialmente é o reconhecimento de que não há fundamentação constitucional para que o Estado se omita em conceder mais amplamente o BPC. Como demonstrado nos precedentes analisados acima, tanto a regra judicial que possibilita excepcionar a regra do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, quanto a regra judicial que amplia o alcance da regra do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, nasceram de um juízo de regulamentação legal insuficiente amplamente aceito no Judiciário, o qual, mais recentemente culminou no reconhecimento, pelo STF, da omissão inconstitucional na regulamentação do inciso V do artigo 203 da CF/88.

Isso torna claro o enquadramento da situação do BPC no modelo de suporte fático adotado neste estudo, tratado no capítulo 2. Recapitulando a exposição do tópico 2.3.1, o âmbito de proteção de um direito social (isto é, os atos, fatos, estados ou posições jurídicas protegidas pela norma garantidora do direito fundamental) é composto pelas ações estatais que fomentem a realização desse direito. A intervenção estatal, no que toca aos direitos sociais, é entendida como a omissão estatal ou como a ação estatal insuficiente. Essa intervenção ou omissão deve

¹¹⁶ A respeito, veja-se tópico 3.4.

ser constitucionalmente fundamentada, pois, do contrário, ativa-se a consequência jurídica que, no caso dos direitos sociais, é o surgimento do direito definitivo à ação que realize o direito social.

Em suma, a admissão dessas regras criadas judicialmente, em última análise, implica no reconhecimento de uma intervenção estatal (regulamentação legal insuficiente) destituída de fundamentação constitucional no âmbito de proteção do direito ao BPC e que tem por consequência o surgimento do direito definitivo à ação do Estado no sentido de fomentar esse direito de maneira mais efetiva.

Diretamente relacionada com a segunda, há por fim uma terceira consequência que deflui do reconhecimento das regras judiciais: a reconhecimento de violação do conteúdo essencial do direito ao BPC. Se não existe fundamentação constitucional (uma justificativa constitucionalmente aceita) para omissão estatal na sua regulamentação, há vulneração de seu conteúdo essencial.

A regras judiciais de que se tratou possuem, portanto, grande importância no exame da omissão legal – inconstitucional – na regulamentação do artigo 203, V, da CF/88. Seu reconhecimento marca um ponto importante na presente pesquisa e permite responder uma pergunta inicial de seu objeto. É sobre que se tratará a seguir.

3.5.1 A possibilidade de se utilizar o artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03 como parâmetro objetivo complementar

Do que se tem até aqui, já é possível responder à indagação inicial colocada pelo objeto deste estudo, a saber, se o artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03 pode ser usado como parâmetro objetivo complementar para concessão do BPC. A resposta é afirmativa: há possibilidade jurídica de utilizar o referido dispositivo de lei para uma veiculação mais ampla do direito social em questão.

Conforme se assentou nos tópicos 2.2, o inciso V do artigo 203 da CF/88 é uma norma de direito fundamental que ostenta a natureza de regra jurídica. Nessa condição, ela garante um direito – e impõe, ao Estado, um dever definitivo. Ela representa, ainda, o resultado de um sopesamento realizado pelo legislador constituinte, o que equivale dizer que, de um universo mais vasto de maneiras de assegurar-se o direito *prima facie* da assistência aos desamparados, garantido por uma norma com estrutura de princípio, fora eleito o direito social estruturalmente definitivo ao BPC. Demonstrou-se neste capítulo que existe uma omissão legal na regulamentação deste direito, destituída de fundamentação constitucional, que caracteriza uma

intervenção estatal indevida em seu âmbito de proteção e faz surgir um direito à sua veiculação mais efetiva.

Já se discorreu sobre a pertinência, no contexto de escassez regulamentar, de uma construção que tenha em conta o artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03¹¹⁷. Neste momento de remate, cabe, em reforço, justificar a utilização do referido legal em lugar de outros dispositivos de outras leis que trataram de benefícios assistenciais diversos e que foram utilizados, como se viu (tópicos 3.3.1.5.2 e 3.3.1.5.3), em algumas teses ampliativas do critério da renda *per capita* que permearam o debate judicial.

A leitura que aqui se faz, direcionada pela estrutura da norma do artigo 203, V, da CF/88, é que o Legislativo, ao laborar na edição de leis contendo critérios mais benéficos para concessão de outros benefícios assistenciais, negligenciou o dever constitucional de regulamentar o BPC. Deveria regulamentá-lo efetivamente, por imposição da Constituição, inclusive com precedência sobre outros direitos sociais veiculados por normas com estrutura de princípios, porém não o fez.

Por esse modo de ver, as leis que veicularam critérios mais benéficos de concessão de benefícios assistenciais diversos não representam uma releitura, por parte do Legislativo, do artigo 203, da CF/88, pelo menos não do inciso V, na visão deste trabalho. O sopesamento realizado pelo legislador, com menoscabo do dever constitucional de regulamentar efetivamente o BPC, direcionou-se, do que se pode depreender dos precedentes do STF¹¹⁸, especificamente a outros benefícios assistenciais. E, neste aspecto, a escolha do legislador foi clara. Por essa razão, não se vê como alternativas dispositivos legais destinados a regulamentar direitos sociais diferentes do BPC.

Respondido afirmativamente o questionamento sobre a possibilidade jurídica de se tomar o artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03 como um parâmetro objetivo complementar de veiculação do BPC, é preciso responder em que extensão isso é possível. Para tanto, será necessário enfrentar-se, dentre outras, questões como o argumento sobre os gastos com esse direito social. A essas tarefas serão dedicados os capítulos posteriores, os quais receberão uma ênfase predominantemente normativa¹¹⁹. Aqui, registre-se apenas que uma

¹¹⁷ Confira-se o tópico 3.3.1.6.4.

¹¹⁸ Sobretudo dos votos dos ministros Gilmar Mendes (tópico 3.3.1.5.2) e Teori Zavascki (tópico 3.3.1.5.3)

¹¹⁹ Conforme colocado no tópico 1.3.1, a dimensão normativa compreende uma etapa além do simples estabelecimento do que pode ser elevado à condição de direito positivo válido (dimensão empírica) e diz respeito à crítica da *praxis* jurídica, sobretudo da *praxis* jurisprudencial. A questão central da dimensão normativa é determinar qual a decisão correta em um caso concreto a partir do direito positivo válido (ou responder adequadamente o problema de pesquisa analisado).

veiculação mais ampla desse direito social, com base nos critérios de concessão hoje existentes, inescapavelmente implicará aumento de gastos.

4 EFETIVIDADE DO BPC: DA VEICULAÇÃO PRIORITÁRIA AO CUSTO

No capítulo anterior, desenvolvido preponderantemente sob enfoque da dimensão empírica da dogmática jurídica, foi respondida, afirmativamente, a pergunta inicial posta pelo objeto do presente estudo, qual seja, sobre a possibilidade de se utilizar o artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, com um parâmetro objetivo e complementar para uma veiculação mais ampla do BPC. Essa resposta invoca outra indagação: em que extensão isso é possível?

A resposta a essa pergunta concerne à dimensão normativa da dogmática jurídica. Tal como se colocou no tópico 1.3, a dimensão normativa compreende uma etapa posterior ao simples assentamento do que pode ser tido como direito positivo e válido (dimensão empírica) e diz respeito à crítica da *praxis* jurídica, sobretudo da *praxis* judicial. A questão central dessa dimensão, conforme salientado, é determinar, a partir do direito positivo e válido, qual a decisão correta em um caso concreto. Ela corresponde, ainda, em muitas situações¹²⁰, à resposta adequada ao problema analisado em um trabalho acadêmico.

Para chegar-se a uma resposta sobre a extensão possível do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, como parâmetro objetivo complementar de veiculação do BPC, dois pontos, objeto de constante tensão na argumentação judicial e na produção acadêmica sobre os direitos sociais, necessitam ser abordados.

O primeiro deles consiste nos fundamentos axiológicos do direito positivado no inciso V do artigo 203 da CF/88, é dizer, refere-se aos valores que foram acolhidos pelo legislador constituinte e que direcionam a leitura das normas que tratam do referido direito social. Para tanto, será explorada a qualidade de direito humano desse direito social. A partir da abordagem acerca dos valores, se passará a considerações sobre a noção de mínimo existencial para, por fim, se assentar, em adição às conclusões a que se chegou no capítulo anterior, que o BPC é direito que reclama veiculação prioritária pelo Estado.

Já o segundo refere-se ao custo dos direitos sociais prestacionais, que, delimitado aqui ao objeto e à concepção teórica deste estudo, será enquadrado como uma limitação fática de evidente relevância. O resultado da tensão entre estes dois pontos será apresentado ao final deste capítulo.

¹²⁰ Sobre os significados de caso concreto, neste estudo, confira-se tópico 1.3.1, nota 20.

4.1 O BPC COMO UM DIREITO HUMANO: O CONSENSO INTERNACIONAL ACERCA DOS VALORES PROTEGIDOS

Afirmou-se, na introdução do capítulo 2, destinado à apresentação dos pressupostos teóricos do presente estudo, ser o BPC um direito humano. Do que lá se assentou e do que no capítulo 3 se viu, já foi possível concluir que existe um dever do Estado de veicular mais amplamente esse direito social. Com efeito, o inciso V do artigo 203 da CF/88 é uma norma de direito fundamental positivada com a estrutura de uma regra jurídica, que garante um direito definitivo e representa o resultado de um sopesamento realizado pelo legislador constituinte (tópico 2.2). Há uma regulamentação legal deficitária desse direito para a qual não existe fundamentação constitucional, situação que caracteriza uma intervenção estatal indevida em seu âmbito de proteção e faz surgir um direito à sua veiculação mais efetiva¹²¹.

A abordagem sobre a qualidade de direito humano do BPC, como dito, tem neste espaço a finalidade de, em complemento às conclusões às quais até aqui se chegou, assinalar os valores acolhidos pelo legislador constituinte e que direcionam a leitura das normas que tratam do referido direito social, com o intuito de demonstrar que o BPC se classifica entre aqueles direitos fundamentais que reclamam veiculação prioritária do Estado.

Portanto, não se ingressará, por reconhecidamente fugirem do objeto do presente estudo, em questões como a problemática de fundamentação dos direitos humanos (de que tem se ocupado a filosofia) para, por exemplo, perquirir-se a razão de ser desses direitos independentemente de sua previsão em dado sistema jurídico, nacional ou internacional¹²² (ou para considerar a indagação sobre até que ponto tem razão de ser sua previsão¹²³), ou, ainda, para se debruçar sobre as imbricações que um tal exame reclama, como as consequências da admissão da tese de sua indivisibilidade, para ficar apenas em um exemplo¹²⁴. Também não se

¹²¹ Confira-se o capítulo 3, em especial, tópico 3.5.

¹²² Confira-se: TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade. In: TORRES, Ricardo Lobo (org). **Legitimação dos Direitos Humanos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 467-519 e SILVA, Alexandre Garrido da. Direitos Humanos, Constituição e Discurso de Legitimação: Possibilidades e Limites da Teoria do Discurso. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 11-96.

¹²³ No âmbito da filosofia política, ver: CAMPBELL, Tom D. **Justice (Issues in Political Theory)**, 3. ed. London: Palgrave Macmillan, 2010, p. 243-256, para uma crítica ao que o autor denomina discurso dos direitos humanos.

¹²⁴ A respeito, as considerações feitas em abordagem sobre os direitos sociais por TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 69-86. Defendendo, a partir de uma concepção contemporânea de direitos humanos extraída da Declaração de 1948, a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relação dos direitos civis e políticos

adentrará, pela mesma razão, na análise da normatividade e âmbito de aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos ou ainda, das implicações que do reconhecimento da qualidade de direito humano possam repercutir na elegibilidade do BPC¹²⁵.

Para os fins perseguidos neste tópico, será tomada em conta a distinção terminológica utilizada por Sarlet (2009, p. 29-35) entre “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, que tem por referência o plano de previsão. Sob essa perspectiva, fundamentais são os direitos positivados na constituição de determinado Estado, ao passo que humanos são os reconhecidos nos documentos de direito internacional, por abarcarem 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.

Embora nessa diferenciação considere-se que não existe uma identidade necessária entre os direitos fundamentais catalogados em uma dada constituição e os direitos humanos previstos nos documentos internacionais, nela não se tomam as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” como necessariamente excludentes. Vale dizer, nessa distinção não se olvida da íntima relação entre os planos positivos internos e internacional, reconhecendo-se possível, no que toca a alguns direitos (como se defenderá ser o caso do BPC), uma identidade entre ambos, ao menos no que concerne aos valores objeto de proteção. Isso porque a maior parte das constituições posteriores à Segunda Guerra Mundial, do que é exemplo a brasileira, foi inspirada tanto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, quanto nos diversos documentos internacionais que a sucederam (SARLET, 2009, p. 35).

Feita essa delimitação, convém sublinhar que o movimento de internacionalização dos direitos humanos iniciado a partir do pós-guerra, como Salienta Piovesan (2003, p. 62; 2009, p. 74), 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

e dos direitos sociais econômicos e culturais: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 6-10.

¹²⁵ Por exemplo, do reconhecimento do BPC como um direito humano pode derivar a conclusão que são elegíveis idosos e deficientes estrangeiros, e não apenas os brasileiros, natos ou naturalizados, ou os portugueses, na forma do Acordo Adicional que alterou o Acordo de Seguridade Social ou Segurança entre o Brasil e Portugal, conforme o Decreto 6.214/07 (artigo 7º) e a Portaria Conjunta SPS/INSS/SNAS nº 02/14 (artigo 3º, §1º e §2), mencionados no tópico 3.1. Embora não se vá adentrar nessa questão, pode-se cogitar que, conjuntamente com o problema do custo de uma extensão do público elegível, deve ser considerado, de uma perspectiva igualmente prática, o problema do enfrentamento da miséria e da exclusão social em território nacional, para o qual, ao menos no que toca ao dilema de conceder-se ou não um benefício social em dinheiro, parece ter muito pouco sentido distinguir pessoas em situação de vulnerabilidade entre nacionais e estrangeiras não contempladas por acordo bilateral de seguridade social.

irredutível”. A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, portanto, convencionaram-se os valores essenciais cuja proteção deve imprescindivelmente, até os tempos atuais, ser buscada pelos Estados signatários.

Para o que aqui se quer destacar, a Declaração Universal de 1948 previu o direito à segurança social (artigo 22), estabelecendo também o direito de todos a um nível de vida bastante a assegurar a saúde e o bem-estar, principalmente no que concerne à alimentação, ao vestuário, à moradia, à assistência médica e aos serviços sociais necessários, bem como à segurança nas contingências desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias involuntárias (artigo 25). Em seu artigo 28, ainda, estabelece que toda pessoa tem direito, nos planos internos e internacional, a uma ordem capaz de tornar plenamente efetivos os direitos e liberdades que enuncia.

Nos preâmbulos do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966¹²⁶ - PIDESC e do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹²⁷ – Protocolo de San Salvador, de 1988¹²⁸, expressamente se assentou que o ideal de ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem as condições que tornem factível o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos.

Nesses documentos estabeleceu-se o compromisso de cada Estado membro de adotar, principalmente nos planos econômico e técnico, por esforço próprio ou por assistência e cooperação internacionais, até o máximo de seus recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, medidas que tenham como escopo assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o exercício pleno e efetivo dos direitos que prevê (artigo 2º, § 1º, do PIDESC e artigo 1º do Protocolo de San Salvador).

E dentre os direitos previstos, está o de um nível de vida adequado (no qual estão compreendidos, além de outros direitos, os direitos à alimentação, vestimenta e moradia adequadas) e o direito a uma melhoria contínua das condições de vida, para a consecução dos quais os Estados signatários deverão adotar medidas apropriadas (artigo 11, § 1º, do PIDESC). No protocolo de San Salvador, previu-se o compromisso de se conferir proteção especial aos

¹²⁶Promulgado em solo pátrio pelo Decreto n. 591, de 06.07.1992.

¹²⁷A 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.

¹²⁸ Concluído em 17.11.1988 e promulgado no Brasil pelo Decreto nº 3.321, de 30.12.1999.

idosos e às pessoas com deficiência, mediante adoção, progressivamente, de medidas pelos Estados para este fim (artigos 17 e 18)¹²⁹.

Esses valores, objeto de consenso no plano internacional, influenciaram os trabalhos do legislador constituinte brasileiro que erigiu a dignidade da pessoa humana como fundamento da Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III, da CF/88) e elencou como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I, da CF/88) e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, III, da CF/88) e, ainda, como objetivos da ordem social o bem-estar e a justiça social (artigo 193, da CF/88). 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. Tais valores tiveram, portanto, influência direta na positivação do direito à assistência aos desamparados (artigo 6º, da CF/88) e do direito ao BPC, que dele diretamente resulta (artigo 203, V, da CF/88) e do qual se ocupa este estudo.

É verdade que pode haver muita margem de discussão sobre qual, na prática, seja o nível suficiente e adequado possível de ser assegurado através da efetivação de direitos sociais por um Estado, considerando-se o (nada simples) cenário de seus recursos disponíveis e de seu atual estágio de desenvolvimento. É igualmente verdade que dito espaço de discussão pode criar – e muitas vezes cria – um ambiente propício para o questionamento sobre se um dado direito social previsto internamente tem, de fato, ligação direta com o ideal de um patamar de vida apropriado.

Contudo, essa não é uma dificuldade própria do direito fundamental à assistência aos desamparados, que, evidentemente, busca tutelar aquelas pessoas em condições de pobreza extrema, sem o devido acesso aos bens materiais mínimos que tornem possível uma inclusão social que lhes permita o exercício de outros direitos fundamentais (por exemplo, liberdade, cultura, saúde, educação).

Dando nitidez aos objetivos dos documentos internacionais de direitos humanos anteriores (e atestando-lhes a atualidade), recentemente, em 4 de junho de 2012, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos – OEA, aprovou a Carta Social das Américas, na qual se considerou a pobreza crítica um obstáculo ao pleno desenvolvimento democrático, cujo enfrentamento constitui-se responsabilidade comum dos Estados americanos.

¹²⁹ Mais recentemente, celebrou-se, em 30.03.2007, em Nova York, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. Este documento foi aprovado pelo Congresso Nacional, nos termos do artigo 5º, § 3º, da CF/88, por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9.07.2008, e promulgado pelo Decreto 6.949, de 25.08.2009. Em 15 de junho de 2015, os Estados Membros da Organização dos Estados Americanos – OEA aprovaram a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas, da qual o Brasil é signatário.

Para tanto, devem os Estados membros, dentre outras ações, adotar e executar medidas para erradicar a fome e promover a distribuição equitativa de renda, contribuindo assim para oferecer proteção social efetiva, especialmente à população em condições de pobreza extrema. Nesse contexto, comprometeram-se os Estados em adotar políticas e programas de proteção social integral que deem prioridade às pessoas que vivem em condições de pobreza e vulnerabilidade, levando em conta as circunstâncias nacionais¹³⁰.

Não há dúvida, portanto, acerca da confluência, no plano axiológico, entre os valores acolhidos pelo legislador constituinte na positivação dos artigos 6º e 203, V, da CF/88, e os constantes da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e dos documentos posteriores. Não pode haver dúvidas, também, quanto a importância desses valores na interpretação das referidas normas.

E, dos valores que se quer sublinhar aqui, está a relevância, para os ordenamentos jurídicos internos, daqueles direitos indispensáveis ao livre desenvolvimento da personalidade (dentre os quais se situa o direito à assistência aos desamparados), que aponta para o dever dos Estados de promovê-los efetivamente, empregando o máximo possível os recursos disponíveis.

A ênfase na condição de direito humano do BPC, assim, deve-se ao fato de existir uma clara identidade entre os valores albergados pela Constituição Federal de 1988 em sua positivação e os eleitos nos documentos internacionais de proteção aos direitos humanos. Esta confluência foi aqui utilizada para destacar o grau de relevância, sob o prisma axiológico, do direito em questão no ordenamento jurídico pátrio. Em continuidade ao desenvolvimento dessa ideia, o tópico seguinte trata de situar o direito ao BPC na discussão acerca do mínimo existencial.

4.2 O BPC E O MÍNIMO EXISTENCIAL: O CONSENSO INTERNO ACERCA DOS VALORES PROTEGIDOS

No tópico 2.3.3, assentou-se o que, para o modelo teórico adotado, representa o mínimo existencial: aquilo que é possível realizar diante das condições fáticas e jurídicas que se apresentem. Longe de resumir a ideia a uma construção simplista, Silva, V. (2011a, p. 205) a expõe após o enfrentamento dos problemas (inter-relacionados) que compõe o fenômeno complexo que é, em seu trabalho, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

¹³⁰ Confira-se: considerandos e artigos 1º, 3º e 14, da referida carta.

Recapitulando o que se expôs no capítulo 2, esses problemas, sobretudo, são os relacionados (i) ao exame daquilo que é protegido pelas normas de direitos fundamentais, (ii) à relação entre o que é protegido e suas possíveis restrições, (iii) a como fundamentar tanto o que é protegido como as suas restrições. Da relação dessas variáveis e de todos os problemas que as circundam é que o autor define o conteúdo essencial dos direitos fundamentais (SILVA, V., 2011a, p. 183-184).

Sob essa perspectiva, o conteúdo essencial de um direito social possui uma ligação íntima com um complexo de fundamentações obrigatórias para justificar eventuais não-realizações desse direito. Como os direitos sociais, à semelhança dos outros direitos fundamentais, nascem como normas com natureza de princípio, eles devem ser realizados na maior medida possível, ante as condições fáticas e jurídicas presentes. Assim, o conteúdo essencial de um direito social é nessas condições o que é realizável (SILVA, V., 2011a, p. 205).

Nesse contexto, portanto, é que se diz que o mínimo existencial é aquilo possível de se realizar dentro das condições fáticas e jurídicas possíveis. As condições fáticas e jurídicas possíveis representam o que muitas vezes se denomina reserva do possível (sobre o que se discorrerá no tópico seguinte). Mas, cabe mais uma vez reforçar: a inércia estatal que implica na não realização de um dado direito fundamental social exige a adequada fundamentação constitucional.

Vê-se que, nesse modelo, ao menos no que toca aos direitos fundamentais sociais, a questão de estabelecer-se o que seja o mínimo existencial e a reserva do possível equaciona-se nas fundamentações necessárias para se estabelecer uma violação ou não ao conteúdo essencial de um direito fundamental.

Conforme já se teve a oportunidade de salientar, o modelo de Silva, V. (2011a) foi concebido em grande medida sob o enfoque de uma abordagem metodológica analítica¹³¹. Nessa condição, não aceita a agregação de conceitos sem o devido exame de sua compatibilidade teórica. O objeto deste trabalho, ao seu turno, não é a construção de um conceito de mínimo existencial, e tampouco compreende em si um levantamento crítico dos conceitos existentes. Porém, neste tópico se recorrerá a alguns conceitos de mínimo existencial com a finalidade de, através, deles, apontar para existência de um consenso na doutrina, apesar das diferenças entre as construções teóricas sobre o tema, acerca da atenção que deve ser dispensada a direitos sociais fundamentais como o BPC em nosso ordenamento jurídico.

¹³¹ Confira-se tópicos 1.3 e 2.3.

Não se quer, portanto, afirmar a compatibilidade teórica entre o modelo adotado neste trabalho e as teorias que serviram de base aos trabalhos adiante mencionados. Também não se pretende extrair, a partir do que aqui será desenvolvido, o direito subjetivo definitivo (exigível em face do Estado) de uma veiculação mais efetiva do direito ora estudado. Isso já foi feito nos capítulos anteriores.

Contudo, a ideia de um razoável consenso doutrinário sobre a atenção a ser dispensada pelo Estado na efetivação de direitos sociais fundamentais como o BPC reforça a noção de prioridade, por uma perspectiva axiológica, desse direito, e é importante para a problemática de definir-se a extensão possível de aplicação do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, como um parâmetro objetivo e complementar ao critério da renda *per capita*.

Pois bem, parte-se do voto escrito do ministro Marco Aurélio no Recurso Extraordinário 567.985, explanado no capítulo anterior (tópico 3.3.1.5.1), no qual foi deduzida uma linha argumentativa que buscou demonstrar relevância do direito ao BPC pela via de um consenso no meio acadêmico. A ideia geral sobre a qual se discorre nesta quadra é a mesma, mas existem algumas diferenças entre as abordagens.

Em seu voto, o ministro aponta para um consenso também na produção literária internacional no âmbito da filosofia política; aqui os pontos de vista expostos se limitarão ao âmbito do direito constitucional nacional. Por outro lado – e essa é a diferença que deve receber maior destaque – seu argumento serve para sustentar a aplicação, excepcional, mas direta, do princípio da dignidade da pessoa humana na tese que teria como resultado, se tivesse sido acolhida, o reconhecimento da constitucionalidade em abstrato do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, mas com a possibilidade de reconhecer-se situações concretas de inconstitucionalidade, nas quais caberia aos juízes a superação do referido dispositivo legal em cada caso. Como se disse, o argumento do consenso, neste estudo, servirá ao desenvolvimento de tese de delimitação do alcance do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, como um parâmetro objetivo complementar.

É necessário abrir-se um parêntese: embora não se negue a importância e a centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito Brasileiro e comungue-se da ideia que, materialmente, esse princípio justifica a positivação, em maior ou menor grau¹³², dos direitos fundamentais implícita ou explicitamente previstos na Constituição de 1988, neste estudo explora-se a relação entre o direito de assistência aos desamparados

¹³² Evidentemente, em maior grau, o princípio da dignidade da pessoa humana justifica materialmente a positivação do direito constitucional da assistência aos desamparados.

(positivado no artigo 6º, da CF/88, com natureza de princípio) e o direito social ao BPC (positivado no artigo 203, V, da CF/88, com a natureza de regra jurídica).

Não se defende uma aplicação direta do princípio da dignidade da pessoa humana, porque, à luz dos pressupostos teóricos adotados neste estudo, entende-se que o legislador constituinte atendeu a uma exigência imposta pelo referido princípio ao prever no texto constitucional os direitos à assistência aos desamparados previstos nos artigos 6º e 203, V, da CF/88. Tal fato é relevante aqui para compreensão dos valores que informaram a confecção dessas normas que preveem esses direitos, porém não para aplicar, de forma direta, o princípio da dignidade da pessoa humana na condição de norma jurídica¹³³. Quanto ao ponto, porém, convém dizer novamente que se tem como pressuposta aos modelos tomados por referência a ideia de que a Constituição de 1988 é dotada de força normativa suficiente para ser considerada como lugar imprescindível para uma efetiva discussão acerca do fortalecimento e da concretização de direitos fundamentais sociais (tópico 1.2).

Pois bem, aqueles que na doutrina se dedicam a considerar o mínimo existencial o fazem integrando-o em construções teóricas complexas, nas quais a centralidade de muitas das premissas adotadas tem repercussão direta na forma de se entender os direitos fundamentais e, por conseguinte, nas conclusões que desse entendimento possam ser extraídas. Não poderia ser diferente, pois, como observa Sarlet (2009, p. 22), a vasta temática dos direitos fundamentais, ante multiplicidade de abordagens que se oferecem, faz necessária uma tomada de posição quanto ao enfoque adotado. As exposições adiante serão feitas cômicas quanto à delimitação necessária a este espaço, e, portanto, não abarcarão exposição integral das teorias dos autores.

Isso considerado, Sarlet (2008, p. 18-27; 2009, p. 319-321) explica que, em termos gerais, o direito brasileiro tem seguido a tradição alemã quanto à ideia do mínimo existencial e, ressaltadas peculiaridades importantes de cada sistema, a vem fundamentando tanto no direito à vida quanto na dignidade da pessoa humana, vinculando-a ao livre desenvolvimento da personalidade, de maneira que o mínimo existencial venha a consistir não somente numa garantia da sobrevivência física (mínimo vital) mas também de um mínimo sociocultural que inclua o direito a educação e, em certa proporção, o próprio acesso a bens culturais.

Ou seja, a garantia de uma existência efetivamente digna abarca mais do que a mera garantia de sobrevivência e situa-se para além do limite da proteção contra pobreza absoluta. Nas palavras do autor: “Não deixar alguém sucumbir à fome é certamente o primeiro passo em

¹³³ O que poderia ocorrer na ausência de previsão (constitucional ou infraconstitucional) do direito à assistência aos desamparados. Cuidar-se-ia de hipótese representativa de restrição (aos outros direitos fundamentais envolvidos na equação) baseada em princípios (cf. tópico 2.3.2.1).

termos da garantia de um mínimo existencial, mas não é – e muitas vezes não o é sequer de longe – o suficiente.” (SARLET, 2008, p. 22).

Diz ainda registrar-se um amplo consenso, inclusive na jurisprudência constitucional, sobre 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 relevo para proteção e exigibilidade dos direitos fundamentais. O mínimo existencial, nessa ótica, é um direito e uma garantia e, em uma de suas facetas, funciona como uma “cláusula de barreira” contra qualquer ação ou omissão do Estado ou por este induzida que se constitua em empecilho à 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 positiva de assegurar prestações que lhe são inerentes. É compreendido pelo conjunto de prestações indispensáveis para assegurá-lo e não pode ser reduzido a um objeto fixo ou a um valor pecuniário determinado, pois depende de um conjunto de fatores, inclusive ligados a condições pessoais de cada pessoa, além de componentes de ordem econômica, cultural e social (SARLET, 2008, p. 26; 2009, p. 320-321).

Para Barcellos (2012, p. 291-349), o mínimo existencial é o núcleo sindicável (a fração nuclear) da dignidade da pessoa humana¹³⁴. Ele representa as condições materiais básicas para a existência do indivíduo. Na teoria desenvolvida pela autora, na qual ocupa importante posição a construção sobre as modalidades de eficácia jurídica do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos compreendidos no mínimo existencial é reconhecida a eficácia simétrica ou positiva, é dizer, a possibilidade de serem exigidos, como direitos subjetivos, diretamente perante o Poder Judiciário.

Integrantes do mínimo existencial são os direitos à educação básica, saúde básica, assistência aos desamparados (estes três direitos classificados como elementos materiais do mínimo existencial) e ao acesso à Justiça (elemento instrumental do mínimo existencial). A assistência aos desamparados é identificada por um conjunto de pretensões que têm como

¹³⁴ Este é precisamente o título do capítulo IX do livro “A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana”: “Conclusão. O mínimo existencial como núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana. Uma proposta de concretização a partir da Constituição de 1988.”. Sobre as reflexões da autora acerca do reconhecimento do mínimo existencial nas teorias de John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy, vide: BARCELLOS, Ana Paula de. *O mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy*. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 97-135; trabalho no qual se aponta o mínimo existencial como um conjunto formado por uma seleção de direitos levando-se em conta, dentre outros critérios, principalmente sua essencialidade, bem como que o surgimento da ideia de mínimo existencial deu-se como tentativa de apresentar soluções para o problema da falta de efetividade de direitos previstos constitucionalmente.

objetivo evitar a indignidade em termos absolutos (BARCELLOS, 2012, p. 301-302). Do pensamento da autora, destaca-se: “Não há quem possa, com seriedade intelectual, afirmar, por exemplo, que uma pessoa tem sua dignidade respeitada se não tiver o que comer ou o que vestir, se não tiver oportunidade de ser alfabetizada, se não dispuser de alguma forma de abrigo.”. (BARCELLOS, 2012, p. 298).

Olsen (2008, p. 311-333) em tentativa de delimitação do conceito de mínimo existencial¹³⁵, após fornecer em seu trabalho um panorama conceitual na doutrina nacional, conclui que, ainda que as definições possam variar, é possível reconhecer entre elas um ponto comum naquelas prestações materiais que o legislador constituinte incumbiu ao Estado como essenciais para manutenção da vida. Sintetiza a autora: “Sempre que a vida humana, e a personificação do homem (em contraposição à ideia de coisificação do homem) estiverem em risco, poderá o intérprete aquilatar a presença do mínimo existencial.” (OLSEN, 2008, p. 318).

Embora, para autora, não seja o mínimo existencial um parâmetro para definição da fundamentalidade dos direitos previstos na Constituição Federal Brasileira¹³⁶, ele possui importância por reforçar o discurso da efetividade dos direitos sociais, principalmente no confronto com a reserva do possível (OLSEN, 2008, p. 318-319). É, nesse contexto, um importante instrumento jurídico quando se trata de refrear restrições aos direitos fundamentais sociais, havidas sob invocação da reserva do possível, as quais, em última análise, reduzem a responsabilidade do Estado no que toca a prestações materiais previstas. Sobre isso, salienta:

[...] Ainda que não seja o mais adequado considerá-lo como fator determinante da subjetividade (exigibilidade) dos direitos dos direitos fundamentais sociais, é certo que diante da atuação da reserva do possível, atingindo desvantajosamente o âmbito de proteção da norma jusfundamental, e reduzindo a responsabilidade do Estado para com as prestações materiais normativamente previstas, o mínimo existencial, compreendido como condições necessárias à sobrevivência do homem, e como núcleo essencial do direito fundamental no dado caso concreto, em relação direta com a dignidade da pessoa humana, erige-se, tal qual verdadeira muralha, que não poderá ser transposta, sob pena de comprometimento de todo o sistema constitucional, e da legitimidade do Estado Democrático de Direito. (OLSEN, 2008, p. 333)

Leal (2009, p. 91-113), em uma análise que atribui forte ênfase à prática judicial nacional, refletindo sobre o que denominou de “variáveis demarcatórias do mínimo existencial”, após ressaltar a importância de se considerar os demais sujeitos potencialmente impactados com o atendimento de um direito individual ou coletivo num cenário no qual é nota

¹³⁵ Este é o título atribuído ao tópico 4.1 do trabalho citado.

¹³⁶ A autora refere-se à definição da fundamentalidade, pois admite em seu estudo a existência de direitos constitucionais fundamentais implícitos e de direitos fundamentais explicitamente previstos fora do catálogo formal da Constituição de 1988.

característica a limitação de recursos coletivos, entendeu razoável utilizar-se como parâmetro de definição a perspectiva do mínimo fisiológico, entendido como proteção contra necessidades de caráter existencial básico, embora ressalve – da leitura que aqui se faz – que uma tal utilização não implique em retirar a importância das concepções de mínimo existencial social e cultural.

Torres (1989, p. 29-49), constantemente aclamado por seus pares como o primeiro a dedicar-se diretamente à temática no Brasil, compreende o mínimo existencial como o direito às condições mínimas de uma digna existência humana, que obsta a intervenção do Estado e que dele reclama prestações estatais positivas. O mínimo existencial, segundo o autor, não tem previsão constitucional expressa, pode ser identificado em direito de qualquer espécie¹³⁷, encontrando fundamento na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nos privilégios e imunidades do cidadão. Não seria mensurável, por implicar em mais aspectos de qualidade do que de quantidade, o que cria dificuldades em demarcá-lo em seu limite com o “máximo de utilidade (*maximum welfare*)”.

Torres (1989, p. 48-49; 2008, p. 80-86) é adepto de uma visão mais restritiva de direitos sociais, segundo a qual apenas alguns direitos sociais – aqueles que se identificam com o mínimo existencial – devem ser considerados fundamentais. Dessa forma de ver decorre, diretamente, a compreensão de que direitos sociais não-fundamentais dependem integralmente da concessão do legislador (que pode ser a orçamentária), são veiculados por normas meramente programáticas (que se restringem a fornecer orientação ao legislador e são destituídas de eficácia vinculante) e que existem sob a reserva de lei instituidora de políticas públicas e de lei orçamentária (soberania orçamentária do legislador ou reserva do possível), bem como do empenho de despesa por parte da Administração. As mesmas condicionantes não recaem sobre o mínimo existencial, que, embora deva obedecer, quanto aos gastos, para sua realização, as regras constitucionais que regulam a lei orçamentária, não tem a fruição diretamente dependente da soberania orçamentária do legislador (ou reserva do possível).

Para o autor, o caminho para solução da problemática de delimitar o que é obrigatório ao Estado prever e entregar a título de prestações públicas é buscar-se a obtenção de maior clareza na distinção entre mínimo existencial (ou direitos fundamentais sociais) e direitos

¹³⁷ Para fornecer o devido contexto do trabalho citado, deve-se esclarecer que o autor faz referência à possibilidade de identificar-se o mínimo existencial em qualquer direito, ainda que “originariamente não-fundamental”. Sob essa ótica, são considerados não-fundamentais, num primeiro momento, os direitos à alimentação, saúde e educação; mas tais adquiririam o *status* de fundamentais quando considerados relativamente à parcela mínima sem a qual a pessoa não sobrevive (TORRES, 1989, p. 29-33).

sociais (TORRES, 2008, p. 80). Mas sua posição é clara quanto ao ponto que o problema do mínimo existencial se confunde com a própria questão da pobreza absoluta (TORRES, 1989, p. 30). Das ideias do autor, destaca-se:

Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem *as condições iniciais da liberdade*. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.

O fundamento do direito ao mínimo existencial, por conseguinte, está nas *condições para o exercício da liberdade*, que alguns autores incluem na *liberdade real*, na *liberdade positiva* ou até na *liberdade para*, ao fito de diferenciá-las da liberdade que é mera ausência de constrição. (TORRES, 1989, p. 30)

Não é difícil ver que o direito à assistência aos desamparados (artigo 6º, da CF/88) e, em especial a sua modalidade prevista no artigo 203, V, da CF/88, estaria presente em todas as concepções de mínimo existencial vistas acima, incluídas as mais restritivas.

Sob o prisma axiológico, o BPC aponta, dada sua importância no ordenamento jurídico, para o dever do Estado em promovê-lo efetiva e prioritariamente. Isso é evidenciado por um consenso verificável nas diferentes (e, por vezes, acentuadamente divergentes) posições doutrinárias sobre o mínimo existencial. Também nessa linha, como se apontou anteriormente (e ressalvadas as diferenças), é o posicionamento do STF e do STJ.

4.3 O BPC E O CUSTO DOS DIREITOS

Se há consenso, internacional (documentos internacionais de direitos humanos) e interno (produção acadêmica nacional), quanto ao fato de que os valores tutelados pela norma do artigo 203, V, da CF/88, apontam para um dever do Estado de veicular efetiva e prioritariamente o BPC, existe também, atualmente, consenso de que todos os direitos têm um custo¹³⁸.

Como analisou sistemática e detidamente Galdino (2007, p. 209-242), o custo das prestações estatais nem sempre foi objeto de consideração na produção acadêmica nacional no passado. Todavia, é assente hoje no pensamento doutrinário brasileiro e estrangeiro, no qual encontrou eco, de diferentes formas, o multicitado trabalho de Holmes & Sustain (2.000), “The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes”, que os direitos, inclusive aqueles por meio dos quais se atribui um dever estatal de não intervenção (liberdades públicas negativas), geram

¹³⁸ No modelo utilizado neste estudo, inclusive, tal fato é considerado na tese acerca da eficácia das normas constitucionais (tópico 2.3.4.1).

despesas para o Estado, num ambiente em que recursos são escassos e necessidades infinitas (AMARAL, 2008, p. 96-102; 2010; BARCELLOS, 2012, p. 279-281; CALCIOLARI, 2012, p. 71-72; GALDINO, 2007, p. 209-285; LEAL, 2009, p. 103-104; NABAIS, 2007, p. 163-175; OLSEN, 2012, p. 201-214; SARLET, 2009, p. 204-228; SCAFF, 2008, p. 153, TIM, 2008, p. 55-61, TORRES, 1989¹³⁹, p. 48-49; SILVA, S., p. 182-183; SILVA, J., 2012. p.137-149; SILVA, V., 2008, p. 587-590).

Por outro lado, embora não tenha integrado expressamente as razões de decidir nos precedentes do STJ analisados no capítulo anterior,¹⁴⁰ a questão do custo foi objeto de consideração, pelo STF, nos julgamentos dos Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963 e da Reclamação 4374, como abordado no tópico 3.3.1.6.5. Tendo integrado três linhas argumentativas distintas entre si (mas com a característica comum de não se aprofundarem sobre dados empíricos fornecidos por aqueles que de alguma forma auxiliaram – ou poderiam ter auxiliado – na formação da convicção dos julgadores), compôs teses que inibiram a Corte Suprema brasileira de conferir um trato ampliativo na veiculação do BPC para além do já existente¹⁴¹.

É importante, assim, despendar atenção à problemática do custo. Este tópico tem a finalidade de situá-la na concepção teórica de direitos fundamentais adotada neste estudo, conciliando-a com a conclusão alcançada no tópico anterior (prioridade de veiculação efetiva do BPC sobre o prisma axiológico), para, com as delimitações que impõe o objeto deste trabalho, possibilitar a resposta, no capítulo seguinte, da parte do problema de pesquisa concernente à indagação sobre a extensão possível de utilização do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, como um parâmetro objetivo e complementar do critério da renda *per capita*.

4.3.1 Situando a abordagem sobre o custo

Algumas delimitações são necessárias. Em primeiro lugar, é preciso deixar claro que não se fará aqui exame e interpretação de dados contábeis presentes nas leis orçamentárias, nem se percorrerá a trilha de se definir a natureza jurídica das referidas leis ou das contribuições sociais que constituem receita da seguridade social, para delas extrair a obrigatoriedade de uma

¹³⁹ Texto publicado antes do mencionado trabalho de Holmes e Sustain, porém que, de maneira mais geral, considera em sua conclusão a questão dos custos dos direitos sociais.

¹⁴⁰ Recurso Especial 1.112.557 e Petição 7.203 (tópico 3.3.2.3.3).

¹⁴¹ Vistas quanto ao resultado, nenhuma das teses dos ministros que abertamente abordaram a questão do custo implicava ou implicou na ampliação da veiculação do BPC para além do estágio atual da discussão.

veiculação mais efetiva dos direitos sociais em geral, e, em particular, do BPC. Essa forma de ver é determinante em alguns dos trabalhos citados no desenvolvimento deste tópico, os quais, nada obstante não sigam o mesmo caminho do presente estudo, são pertinentes no que respeita à argumentação sobre o custo dos direitos.

Também não se analisará a questão do custo dos direitos sob a perspectiva de algum modelo econômico ou à luz de alguma vertente da análise econômica do direito¹⁴². O enfoque que será dado à questão do custo se cingirá às balizas úteis ao controle da argumentação (ou controle intersubjetivo) da fundamentação acerca da realização de direitos sociais prestacionais, principalmente a destinada a restrição de tais direitos.

A ausência de uma medição empírica dos custos do BPC não torna menos importante a abordagem que se fará. Há que se concordar com Holmes e Sustain (2000) no ponto no qual afirmam que, mesmo que fosse possível estabelecer até o último centavo o custo para assegurar um direito em um dado exercício financeiro, ainda não se saberia, enquanto nação, o quanto (montante total que) se deveria gastar com ele, visto ser esta uma pergunta sujeita à avaliação política e moral, que não pode ser equacionada somente pela contabilidade¹⁴³. Fazendo a devida contextualização da citação, essa é também, no Brasil, na visão deste trabalho, conquanto não exclusivamente, uma questão jurídica.

Tal colocação remete a outra delimitação. Nos debates acerca do custo dos direitos é recorrente argumentação acerca do papel do Poder Judiciário e das possibilidades e limites de sua intervenção na realização de direitos sociais prestacionais. Na concepção teórica adotada neste estudo, admite-se possibilidade de intervenção do Judiciário o que revela, em última análise, uma forma não estanque ou absoluta de enxergar-se a separação dos poderes.

Silva V., (2011a, p. 246-251), ao expor os ganhos possíveis advindos a partir de sua tese sobre a eficácia das normas constitucionais, precisamente quando põe em perspectiva a

¹⁴² Por exemplo: POSNER, Richard A. *Values and Consequences: an Introduction to Economic Analysis of Law*, University of Chicago Law School, *Program in Law and Economics Working Paper* 53, 1998 e TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 69-86. O que, acredita-se, faria desviar o foco do presente trabalho.

¹⁴³ Exemplificativamente, na fala dos autores, o direito de acesso à justiça. Para fornecer o contexto da citação, transcreve-se o excerto original: Liberal may be skeptical initially about the very subject of this book. But why should cost consciousness diminish our commitment to the protection of basic rights? To ask what rights cost, first of all, is not to ask what they are worth. If we could establish to the last penny what it would cost to enforce, say, the right of equal access to justice in a given budgetary year, we would still not know how much we, as a nation, should spend on it. That is a question for political and moral evaluation, and it cannot be settled by accounting alone. (HOLMES; SUSTEIN, 2000, e-book kindle, posição 277-283, de 3.579)

construção que faz com a tradicional tese das normas de eficácia limitada (classificação, aponta o autor, comumente utilizada como argumento para não realização de direitos sociais), aponta como contributo de seu modelo teórico a exigência de um diálogo constitucional entre os três poderes¹⁴⁴. E, ao fazê-lo, expõe que seu modelo não é compatível nem com a simples inação do Judiciário, nem com um ativismo judicial incontrolado.

Com efeito, nesse modelo, de cuja exposição se ocupou o capítulo 2, toda não-realização de direitos que exigem uma ação do Estado é uma forma de restrição ao âmbito de proteção desses direitos e exige, portanto, tal como uma restrição a qualquer direito fundamental, uma fundamentação. Fundamentada a restrição, será tida por possível; não fundamentada, será reputada violação, casos em que se torna possível a intervenção do Judiciário.

No capítulo 3, cuidou-se de comprovar que há, no caso do BPC, uma omissão na regulamentação legal destituída fundamentação constitucional adequada, o que se fez através da demonstração de duas regras judicialmente criadas, que têm por base a insuficiência do critério de concessão da renda *per capita*. Também se viu que, desde a criação do benefício, o Judiciário ocupou e tem ocupado papel de destaque na sua implementação e efetivação.

Não se ignoram as dificuldades¹⁴⁵ decorrentes da realização judicial de direitos sociais e as críticas existentes a respeito¹⁴⁶. Todavia, no caso do BPC, acredita-se, à vista de tudo o que foi explorado até aqui, que não há dúvidas quanto à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário. Está-se diante de situação na qual, como com propriedade afirmou Pereira Filho (2012, p. 198), o Judiciário, “[...] al mismo tiempo en que se abstenga de prácticas intervencionistas, deberá estar consciente de que, en muchos casos, su propia legitimidade

¹⁴⁴ Vide tópico 2.3.4.1.

¹⁴⁵ Principalmente na temática do direito à saúde. Por exemplo, podem-se citar as dificuldades criticamente trabalhadas por Amaral (2010, p. 34-40), embasada na tensão entre microjustiça e macrojustiça (embora ressalte o autor que seu trabalho abarque os direitos prestacionais em geral), ou ainda as dificuldades oriundas do cumprimento das denominadas por Scaff (2008, p. 149-160) de sentenças aditivas, entendidas como aquelas que acarretam aumento ao erário através do reconhecimento de um direito social não previsto no orçamento do poder público demandado, com destaque para os casos em que há determinação do desembolso imediato de dinheiro ou de realizações que implicam em seu imediato desembolso.

¹⁴⁶ Sobre a intervenção do Judiciário na realização de direitos sociais, com reflexão crítica sobre o papel do juiz e exemplo tirado de estudo de caso sobre judicialização da saúde, vide: SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs). **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599.

estará adstricta a su vocación para solucionar problemas sociales de manera participativa.”¹⁴⁷. Portanto, ao assunto não será dispensado maior desenvolvimento.

Há por fim, um último esclarecimento. Segundo ideia resgatada no tópico 4.2, no presente modelo, os direitos sociais nascem, via de regra, como uma norma com estrutura de princípio (que garante direitos ou impõe deveres *prima facie*¹⁴⁸), sendo que as condições fáticas e jurídicas que tornam possível a sua realização representam, segundo Silva, V. (2011a, p. 205) a noção de reserva do possível.

Como mencionado no tópico 2.2, a norma prevista no inciso V do artigo 203 da CF/88 possui a estrutura de regra jurídica, produto de um sopesamento levado a efeito pelo legislador constituinte. É, contudo, limitada por outra regra, que é a que remete à lei ordinária a regulamentação das hipóteses de concessão, como, por exemplo, os critérios de elegibilidade dos titulares estabelecidos na regra constitucional. Por seu turno, o critério da renda *per capita* foi criado e ampliado (para os idosos) por normas infraconstitucionais também com estrutura de regras jurídicas (artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93 e artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03).

Com se expôs no tópico 2.1.1, regras, para serem aplicadas, não dependem de “condição jurídicas”, ao menos no sentido em que o termo é empregado em relação aos princípios (limitação de um princípio por outro por colisão entre ambos). Todavia, houve, no caso do critério da renda *per capita*, a superação de regras legais restritivas através da criação de regras judiciais que as excepcionaram (tópicos 3.3.1.6.3 e 3.3.2.3.2), o que aponta ter havido, antes de consolidadas tais regras judiciais (ou seja, nas primeiras decisões proferidas *contra legem*), um sopesamento entre um princípio prevalecente e o princípio que deu suporte às regras restritivas (como se viu, um ponto problemático da teoria dos princípios).

A definição desse sopesamento inicial deixou de ser feita, pois, conforme se colocou no tópico 2.1.4, a leitura que se faz do modelo ora adotado é que o momento em que travada a discussão definirá a alocação dos esforços argumentativos. Assim, para o caso em estudo, consolidado o entendimento que deu origem à regra criada judicialmente, a ênfase da argumentação será direcionada à demonstração da existência da regra, que será aplicada por subsunção, bem como às consequências dela advindas, e não à demonstração do porquê, no sopesamento, o princípio que dá suporte a regra posta em questão teve de ceder.

¹⁴⁷ Em tradução livre: “[...] ao mesmo tempo em que se abstenha de adotar práticas intervencionistas, deverá estar consciente de que, em muitos casos, sua própria legitimidade estará adstrita a sua vocação para solucionar problemas sociais de maneira participativa.”

¹⁴⁸ Sobre isso, vide tópico 2.1.1.

Essa situação pode remeter ao raciocínio segundo o qual propor uma extensão mais ampla do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, implicará um novo sopesamento (pois se irá superar, novamente, uma regra restritiva) e, nessa situação, seria o caso de se cogitar atribuir tratamento de “condição jurídica” à reserva do possível, ou seja, em última análise, trabalhar como compreendido no termo alguma norma com estrutura de princípio que de algum modo oferecesse os limites jurídicos à pretendida extensão. Esta é uma forma possível de pensar e teria de ser equacionada caso não houvesse sido – observadas todas as peculiaridades que circundam a problemática do BPC – pronunciada a inconstitucionalidade¹⁴⁹, pelo STF, do referido dispositivo legal (confira-se tópico 2.1.4)¹⁵⁰.

O termo reserva do possível será neste tópico identificado com as condições materiais para realização dos direitos sociais prestacionais, e será abarcado, dentro dos limites deste estudo, conjuntamente com a questão do custo. Será empregado aqui, assim, no sentido de condições fáticas.

Reforce-se que o impasse da possibilidade jurídica de superação das regras restritivas dos artigos 20, §3º, da Lei 8.742/93 e 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, resolveu-se com a admissão das regras judicialmente criadas, que lhes excepcionam. Admitir a existência de regras objeto de criação judicial, obviamente implica admitir, no caso, a possibilidade jurídica de intervenção do Poder Judiciário.

Por fim, recorde-se uma vez mais, reconhecida a existência de omissão destituída de fundamentação constitucional, surge a consequência jurídica que é o dever do Estado de promover (no caso, realizar mais efetivamente) o direito social em jogo. Realizar ou realizar mais efetivamente o direito ao BPC, como antecipado no tópico 3.5.1, implicará, inevitavelmente, aumento de gastos. O termo reserva do possível deve, portanto, ser tido como uma limitação fática. Com tais considerações, passa-se à questão do custo.

¹⁴⁹ Da leitura que aqui se faz do modelo teórico adotado, esta forma de pensar seria consequência de buscar-se reconhecer-se uma omissão inconstitucional através da meta-regra da proporcionalidade, ponto reputado problemático por Silva, V. (2011a, p. 179) e não desenvolvido em seu trabalho. Como discorrido no tópico 3.5, a questão de utilizar-se a meta regra da proporcionalidade para se chegar a uma omissão inconstitucional não se constituiu um impasse para o presente trabalho, ante ao reconhecimento da omissão inconstitucional por regras judicialmente criadas, com uma posterior declaração de inconstitucionalidade parcial (sem pronúncia de nulidade) pelo STF. Portanto, o presente estudo não seguirá esse caminho na proposta de extensão do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, que será desenvolvido no capítulo seguinte. O sopesamento ocorrerá, mas não tendo como motivo de superação de uma regra jurídica.

¹⁵⁰ Sobre a declaração de inconstitucionalidade, pelo STF, vide tópico 3.3.

4.3.2 O incômodo custo dos direitos e o diálogo constitucional entre os poderes constituídos: necessária busca por clareza e transparência na argumentação

Se o custo dos direitos é uma realidade hoje no pensamento jurídico brasileiro, pode-se dizer que ele é uma realidade incômoda. Não é ousar demais assumir a possibilidade de ser esta uma das razões pelas quais muitas vezes foge-se de uma abordagem sobre o custo no debate sobre a efetivação dos direitos sociais prestacionais ou se a apresenta de maneira muito pouco clara.

Holmes e Sustain (2000), ao tratar sobre porque, no cenário norte americano, essa questão vinha sendo ignorada, ponderaram que considerar que um direito tem custo é confessar que é preciso dar algo para adquiri-lo ou assegurá-lo. Os autores apontaram alguns motivos pelos quais falar em custo dos direitos poderia desagradar tanto a conservadores quanto a liberais.

Em linhas bem gerais, para o que aqui importa e tentando-se preservar o tom incisivo dos autores, conservadores podem preferir ficar quietos, ou como sua retórica sugere, podem não estar conscientes sobre a forma com a qual os impostos de toda a comunidade são usados para proteger os direitos de propriedade de indivíduos ricos¹⁵¹. Liberais (lá os defensores de uma maior promoção de direitos sociais), com razão, podem temer um uso indevido da análise custo-benefício pelo poder econômico, mediante a repercussão, na parcela menos esclarecida da opinião pública, do argumento de ausência de recursos apresentado pelos conservadores. Podem, também, temer uma inevitável divulgação de desperdícios, ineficiências, custos elevados, que, embora boa em princípio, conduzirá a um corte nas alocações orçamentárias destinadas a proteger até mesmo direitos mais preciosos (HOLMES; SUSTEIN, 2000¹⁵²).

Nabais (2007, p. 155-157), indica algumas das causas do esquecimento, pela doutrina europeia do segundo pós-guerra, do que qualifica como deveres fundamentais, nos quais estão compreendidos os custos financeiros dos direitos (ou custos em sentido estrito)¹⁵³. Como uma

¹⁵¹ Ebook kindle, posição 236 de 3.579.

¹⁵² E-book kindle, posição 285 de 3.579. No original, para que a síntese não prejudique o que literalmente foi dito pelos autores: Fearing that short-sighted voters may respond all too eagerly to “we cannot afford it” arguments put forward by conservatives, liberals may worry, reasonably enough, that cost-benefit analysis will be misused by powerful private interests. They may fear inevitable disclosure of waste, inefficiencies, cost overruns - while good in principle - eventually lead to a further slashing of budgetary allocations for the protection of even our most precious rights.

¹⁵³ Convém assinalar que, para o autor, os deveres fundamentais equivalem ao custo dos direitos *lato sensu* e representam a responsabilidade comunitária que os indivíduos assumem ao integrar uma comunidade organizada, que visa realizar um determinado nível de direitos fundamentais. Os deveres fundamentais, são para o autor, categoria autônoma, diferentes dos deveres que decorrem dos próprios direitos fundamentais. Há, sob a sua ótica,

causa mais próxima do que aludiu ser um pacto de silêncio, o autor menciona a conjuntura política, social e cultural, que revelou uma preocupação dominante no sentido de instituir ou fundar (inclusive no Brasil dos anos oitenta) regimes constitucionais suficientemente fortes no que toca a proteção dos direitos e liberdades fundamentais e que se opusessem eficazmente a toda tentativa de regresso ao passado totalitário ou autoritário, dominado por deveres sem direitos. Atribui, também, a desatenção pelos ditos deveres fundamentais a um discurso quantitativo dos direitos fundamentais.

A patente diferença entre os sistemas políticos brasileiro e norte americano, bem como as diferenças contextuais entre o Brasil e países europeus recomenda cautela quando o assunto é comparação. Sem embargo, é possível o emprego do raciocínio indutivo para tirar proveito do argumento de Holmes e Sustain (sem qualquer intenção de, como os autores, descortinar aqui intenções políticas); mostrando-se pertinente, também para nós, a observação de Nabais. Ora, também no Brasil, falar de custo de direitos, dentre outras muitas questões, pode revelar opções políticas impopulares ou implicar no confronto aberto de posições ideológicas e até mesmo criar embaraço à propagação de muitas delas.

A assunção de que todo direito tem um custo deve ser feita conjuntamente com a de que essa é uma questão sensível, característica esta que repercute no debate acerca da realização de direitos sociais prestacionais e torna imprescindível uma busca contínua por clareza e transparência na argumentação.

A possibilidade de um maior diálogo constitucional entre os três poderes, apontada por Silva V., (2011a, p. 246-251) apresenta-se como um bom caminho nesse sentido. Como exemplo fornecido pelo autor, o juiz, em uma lide, pode exigir justificações objetivas e transparentes acerca da alocação de recursos públicos por meio de políticas públicas, de forma a poder, sempre que se fizer necessário, discutir ou contestar essas alocações com os outros poderes políticos (SILVA, V., 2011a, p. 251).

Não se quer afirmar aqui que um diálogo constitucional nesses termos seja algo fácil e destituído de complexidades, mas crê-se que, através dele, possa se desenvolver um ambiente para se buscar maior clareza e transparência na interação entre os poderes políticos, mediante o enfrentamento aberto de questões difíceis na fundamentação sobre a promoção ou restrições de direitos fundamentais sociais, que pode resultar também em ganhos institucionais.

basicamente, três tipos de custos dos direitos: os ligados à existência e sobrevivência do Estado (por exemplo, dever, militar ou não, de defender a pátria), os referentes ao funcionamento democrático (por exemplo, para realização de eleições) e o dever de pagar impostos (que concretizam custos em sentido estrito ou financeiros públicos). Em que pese aproveite aqui a colocação do autor sobre o silêncio acerca do custo dos direitos, seu posicionamento é distinto do de Silva, V. (2011a), ao menos no que se refere à restrições de direitos fundamentais.

Seria o caso de aproximar-se, no campo da argumentação, por exemplo, o contraste entre escassez de recursos como fundamento de restrição de direitos sociais prestacionais e a desvinculação de receitas da União – DRU¹⁵⁴. Conforme esclarecem Calciolari (2012, p. 111-112) e Silva, S. (2007, p. 101-103), a DRU destina-se à manutenção do equilíbrio das contas do Governo Federal, a garantia de maior flexibilidade dos gastos públicos federais e, em especial, possibilita o pagamento de serviços da dívida externa. Dentre outros questionamentos que a medida levanta¹⁵⁵, está a inconstitucionalidade das autorizações de desvinculação de percentual arrecadado a título de contribuições sociais, que, como se sabe, deveriam ter aplicação no custeio do sistema de seguridade social (CALCIOLARI, 2012, p. 111-115; SILVA, S., 2007, 101-105). Na perspectiva de um diálogo constitucional, mostra-se relevante compreender, além do nível da generalidade, argumentos relativos a equilíbrio de contas, pagamento da dívida externa, dentre outros.

Esse exemplo invoca outro. Uma argumentação em torno da realização de direitos fundamentais pode aproximar-se mais dos orçamentos. Sua análise não é simples. Há diversas metodologias para analisar as informações que contêm (CALCIOLARI, 2012, p. 150-151), a colheita de informações que os compõem se dá muitas vezes com considerável grau de imprecisão (principalmente dos orçamentos estaduais e municipais), os critérios de seleção das informações que integrarão um dado orçamento podem implicar escolhas que não retratem fielmente um determinado dado da realidade, a forma como alocadas as informações podem gerar distorções em seu conteúdo (BITTENCOURT, GRAÇA, 2008, p. 222-226) e há quem clame pela ausência de estudos que esclareçam a origem dos recursos públicos utilizados na compra de medicamentos realizada em cumprimento de determinações judiciais (AMARAL, MELO, 2008, p. 105).

Calciolari (2012, p. 149-166), debruçando-se sobre os orçamentos da seguridade social relativos aos anos de 2000 a de 2008 (até outubro), apontou, como uma das conclusões de seu

¹⁵⁴ Embora não com esse nome, a DRU teve início com a Emenda Constitucional de Revisão nº 1/94, com a Criação do Fundo Social de Emergência. Foi perpetuando-se, por sucessivas Emendas Constitucionais, até 31 de dezembro de 2015. Notícia veiculada na página *site* do senado na internet, em 13/07/16, noticiou a aprovação, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, da PEC 31/16 (número do Senado), proposta pelo Executivo, em 08/07/15, como PEC 87/15 e anexada, na Câmara dos Deputados, à PEC 04/15, do deputado André Figueiredo (PDT-CE). Se aprovada nos termos em que proposta, a PEC 31/16 terá efeitos retroativos e perpetuará a DRU até 2023. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br> <acesso em 30/07/2016>. Sobre o surgimento da DRU e críticas, ver: CALCIOLARI, Ricardo Pires. **Orçamento da Seguridade Social e a Efetividade dos Direitos Sociais**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 111-115 e SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos Sociais**. Leis Orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá, 2007.

¹⁵⁵ Como, por exemplo, de servir como instrumento de que se vale a União para violar o pacto federativo; aumentando sua carga tributária exclusivamente por meio de contribuições sociais, coibindo o repasse de dinheiro, através do Fundo de Participação, aos outros entes federados (CALCIOLARI, 2012, p. 112).

trabalho, contrariamente ao discurso oficial do governo, que a previdência social foi, em todos esses anos, superavitária, mesmo excluídos dos cálculos os valores atinentes às DRUs.

Essas singelas notas sobre DRU e os orçamentos são feitas aqui para evidenciar a importância, na busca de clareza e transparência, de apreenderem-se o mais possível, na racionalidade da argumentação jurídica afeta à realização de direitos sociais prestacionais, informações fornecidas com base em estudos empíricos realizados por outros ramos científicos afins ao direito, que tornem possível fundar seu valor para além da simples autoridade de quem os emite.

Com relação ao BPC não é diferente. Como se apontou no tópico 3.3.1.6.5, três linhas argumentativas presentes no julgamento dos Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963 e da Reclamação 4374, consideraram, cada qual de maneira diversa, a questão do custo. Em todas elas, a argumentação acerca do custo não conduzia a um resultado de julgamento que ampliasse a veiculação do benefício para além do estágio em que se encontra atualmente, muito embora tenha reconhecido o STF a omissão parcial (regulamentação legal deficitária). Nenhuma delas também considerou os dados empíricos arguidos pelos *amici curiae* relativamente ao impacto no orçamento dos percentuais de ampliação da renda *per capita* propostos.

Naquele espaço se discorreu mais detalhadamente sobre a necessidade, no caso do BPC, de enfrentar-se mais a fundo a questão do custo. Aqui cabe apenas recapitular que as projeções de impacto financeiro do IPEA, transcritas no voto do ministro Gilmar Mendes na Reclamação 4374, às quais se fez remissão nos votos proferidos no Recurso Extraordinário 580.963, se restringiu apenas a uma ilustração, sem considerações sobre os parâmetros de cálculo e de coleta de dados empíricos, sobre a metodologia de estudo empregada e sem uma contextualização que compreendesse o orçamento da seguridade em sentido global.

Em resumo, reputa-se possível e necessário (que não é sinônimo de facilidade) ao debate, como imperativo de clareza e transparência em um diálogo constitucional entre os poderes políticos, atravessar a linha de uma abordagem mais genérica e menos precisa sobre a incômoda questão do custo, desenvolvendo-se melhor os argumentos sobre informações empíricas trazidas por outros ramos científicos.

Nesse sentido, não podem ser suficientes, para tanto, sob o risco de restringir ou promover direitos sociais prestacionais com base numa retórica vazia, os argumentos unicamente embasados no temor de crises econômicas ou na autossuficiência do texto das normas. Se, por exemplo, o orçamento não pode ser considerado simplesmente uma “questão menor”, como pontuam Amaral e Melo (2008, p. 103-105), também não pode a reserva do possível ser representada pelo terror econômico, que aguça o medo pelo desconhecido, como a

bem situou no tempo Barcellos (2011, p. 279); não ao menos do ponto de vista da clareza e transparência exigidas no diálogo constitucional.

Como conjugar, à luz do modelo teórico seguido, nos limites deste trabalho, a relação de tensão existente entre prioridade de efetivação e custo (limitações fáticas materiais à realização dos direitos sociais prestacionais)? Pelo reconhecimento de um ônus argumentativo ao Estado no sentido de evidenciar a impossibilidade material (fática) de veicular mais amplamente o BPC.

Essa conclusão é uma decorrência natural das conclusões até aqui alcançadas. Com efeito, há um dever dirigido ao Estado no sentido de fundamentar constitucionalmente uma não realização suficiente do BPC (ou uma intervenção em seu suporte fático). Essa fundamentação não existe, como se comprovou, de forma que há o dever de uma veiculação mais efetiva do direito em questão, o que, evidentemente, implica aumento de custo. Ocorre que a omissão inconstitucional recai sobre direito cuja veiculação – efetiva – é prioritária, conforme revela a estrutura da norma que o prevê e os valores que a informam.

Nesse sentido, assentados tanto o dever de veiculação mais ampla quanto a prioridade em fazê-lo, há um ônus argumentativo do Estado e demonstrar eventual não cumprimento em razão da ausência de recursos materiais para tanto (argumento da reserva do possível).

As formas de se desincumbir desse ônus serão amplas e ganharão contornos específicos nos casos concretos, conforme o terreno em que se dê a discussão (por exemplo, no Judiciário: tipo de lide, efeitos e alcance da decisão, instância, etc.). Porém, o que é possível definir de antemão é que a argumentação permeará informações extraídas de juízos empíricos de outros ramos científicos e que, segundo a concepção que aqui se adota, requererá o seu enfrentamento com todas as complexidades que se apresentarem.

Postas tais considerações, impõem-se a resposta acerca da extensão possível do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, como um parâmetro objetivo complementar ao critério da renda *per capita*.

5 CONCLUSÃO: A EXTENSÃO DO ARTIGO 34, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 10.741/03, COMO PARÂMETRO OBJETIVO COMPLEMENTAR AO CRITÉRIO DA RENDA *PER CAPITA* E ALGUNS CAMINHOS PARA FUTUROS ESTUDOS QUE SE DEDIQUEM À CRIAÇÃO DE UM NOVO CRITÉRIO

Neste capítulo, responde-se, em sua inteireza, o problema de pesquisa apresentado. Convém reprimir que a indagação inicial colocada pelo objeto deste estudo, qual seja, se o artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, poderia ser utilizado como um parâmetro objetivo complementar para concessão do BPC, foi respondida afirmativamente no tópico 3.5.1. Aqui será trabalhada a resposta ao questionamento acerca da extensão possível de aplicação desse dispositivo legal, bem como indicados alguns caminhos para elaboração de estudos futuros que se direcionem à criação de um novo critério econômico de concessão do BPC.

A abordagem metodológica adotada neste trabalho¹⁵⁶ requereu uma exposição que pautasse pela delimitação clara das ideias e conclusões relativas a cada uma das dimensões da dogmática jurídica, bem como exigiu, para devida correlação dos conteúdos desenvolvidos (e exigirá, como adiante se verá, para o remate final), a constante recapitulação de tais ideias e conclusões. Essa estrutura conduziu a uma opção – talvez menos convencional – de não conceber uma síntese final a título de considerações finais.

Pois bem, resgate-se, em forma de breve síntese, algumas conclusões alcançadas nos capítulos anteriores. Os artigos 20, § 3º, da Lei 8.742/93, e 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, encontram-se em vigor atualmente, conforme se discorreu no tópico 3.3.1.6.1, pois tiveram a inconstitucionalidade parcial declarada, sem que houvesse pronúncia de nulidade. Pronunciar a nulidade, no entendimento do STF, implicaria retirar os referidos dispositivos legais do mundo jurídico, o que implicaria em danos muito maiores que os advindos de sua manutenção.

A proposta do ministro Gilmar Mendes nos votos vencedores proferidos nos Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963 e na Reclamação 4374 era a fixação da vigência de ambos os artigos pelo prazo de dois anos, porém para tanto não foi obtido quórum mínimo, de sorte que a vigência permanece até que o Legislativo labore na confecção de novos critérios de concessão em lugar dos atuais.

Com o resultado do julgamento do STF, ressaltou-se a importância do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03. Com efeito, no cenário de escassez regulamentar de um direito fundamental de implementação prioritária, no qual está reconhecida omissão parcial

¹⁵⁶ Vide tópico 1.3.1.

destituída de fundamentação constitucional (regulamentação legal deficitária) e, por conseguinte, estabelecido o dever constitucional de fomentá-lo mais amplamente, o referido dispositivo exsurge como material normativo para atividade dos juristas, pois é um parâmetro objetivo que, embora insuficiente, representa uma decisão do legislador endereçada diretamente à regulamentação do BPC (tópicos 3.3.1.6.3 e 3.3.1.6.4).

Demonstrou-se a existência de duas regras judicialmente criadas, que excepcionam as regras do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93 (tópico 3.3.1.6.3), e do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03 (tópico 3.3.2.3.1). Essas regras expressam, dentre outras coisas, um entendimento sobre a insuficiência do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93 e, logo, sobre a regulamentação legal deficitária do BPC. Como se discorreu, esse entendimento foi construído, ao longo de aproximados vinte anos, por um movimento marcado pelo protagonismo da primeira e segunda instâncias do Judiciário e, somente ao final, foi acolhido pelo STF. Não se constituiu, portanto, uma conclusão imposta “de cima para baixo” por nossa Suprema Corte.

Também se abordou no tópico 3.5 que o reconhecimento, na atualidade, pelo Judiciário, da omissão inconstitucional na regulamentação do inciso V do artigo 203 da CF/88 afasta um impasse aparente nesse estudo, que seria ter que fundamentar a inconstitucionalidade por omissão dos artigos 20, §3º, da Lei 8.742/93, e 34, parágrafo único, da Lei 10.741/93, utilizando-se a meta-regra da proporcionalidade (ponto reputado problemático por Silva, V., porém não explorado em seu modelo teórico).

No tópico 4.3.1, ao situar-se a reserva do possível na concepção teórica que se adotou, explicitou-se não ser o caso de, para propor uma extensão mais ampla do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, recorrer-se a um sopesamento para superar regra restritiva.¹⁵⁷ Isso ante o atual estágio da discussão no Judiciário, no qual esta regra, embora em vigor pelo motivo recordado acima, já está superada (a inconstitucionalidade por omissão fora declarada pelo STF, que se alinhou ao posicionamento histórico do Judiciário sobre o tema).

Na visão deste trabalho, a exigência de equacionar um sopesamento para superação de uma regra legal decorreria de uma abordagem que trilhasse o caminho de fundamentar a inconstitucionalidade por omissão com utilização da meta-regra da proporcionalidade, o que não foi feito aqui. Destarte, o sopesamento a que se recorrerá mais adiante para se estabelecer a extensão do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, não terá como foco uma colisão dos princípios envolvidos com o princípio que serviu de base diretamente às regras restritivas.

¹⁵⁷ Sobre essa forma de sopesamento, vide tópico 2.1.4.

Esclareceu-se, no capítulo anterior, que a reserva do possível deve ser identificada, na problemática do critério da renda *per capita*, com as condições materiais para realização do BPC (uma limitação fática). Lá se concluiu, também, que o resultado da tensão entre a noção de prioridade que deflui dos fundamentos axiológicos desse direito e as limitações decorrentes de seu custo é a imposição de um ônus argumentativo ao Estado acerca de demonstrar a impossibilidade de sua realização mais ampla (ou da falta de recursos para tanto).

Feitas essas considerações, convém recordar, do ponto de vista da estrutura das normas, o histórico da regulamentação legal do artigo 203, V, da CF/88.

Em seu comando original, o artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, define como incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a um quarto do salário-mínimo. A regra judicial que a excepcionou pode ser representada pelo seguinte enunciado: é permitido demonstrar a falta de condições de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família por outras formas de prova além de uma renda *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo. Ela constituiu uma cláusula de exceção à regra original.

O artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, passou a prever que o BPC já concedido a qualquer membro idoso da família não seria computado para os fins do cálculo da renda familiar *per capita* de outro idoso que requeira o benefício. Representou outra cláusula de exceção à regra do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93. A regra judicial que ampliou o artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, segundo a leitura feita neste estudo, pode ser representada pelo seguinte enunciado: nos pedidos de BPC formulados por idosos, também o benefício previdenciário de aposentadoria equivalente ao valor de um salário mínimo concedido a qualquer membro idoso da família não será computado para fins de cálculo da renda *per capita*. Ela representou uma cláusula de exceção à regra do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, e também, em última análise, como dito, mais uma cláusula de exceção à regra do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93.

Veio, por fim, posteriormente, a declaração, pelo STF, de inconstitucionalidade parcial sem a pronúncia de nulidade dos referidos dispositivos de lei.

O que se tinha e se tem até hoje, em termos de vigência, é a seguinte situação: (a) para se comprovar a situação de pobreza de pessoas com deficiência, utiliza-se o critério da renda familiar *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo ou possibilita-se comprová-la em juízo por outras formas de prova; (b) para se comprovar a situação de pobreza de pessoas idosas (b.1) se não há idoso na família que receba BPC ou benefício de aposentadoria no valor de um salário mínimo, utiliza-se o critério da renda familiar *per capita* inferior a um quarto do salário

mínimo ou possibilita-se comprová-la em juízo por outras formas de prova e (b.2) se há idoso na família que receba BPC ou aposentadoria no valor de um salário mínimo, exclui-se o referido valor do cálculo da renda *per capita* (isto é, aumenta-se o limite *per capita*) e/ou possibilita-se comprová-la em juízo, por outras formas de prova.

Tal como salientado no voto do ministro Gilmar Mendes proferido no Recurso Extraordinário 580.963, 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 (tópico 3.3.1.5.2).

Asseverou o ministro que, lido na literalidade de seu texto, esse dispositivo de lei gera uma patente situação de afronta à isonomia entre os titulares do BPC, na medida em que não há uma justificativa constitucionalmente aceitável para excluir do cálculo da renda *per capita* familiar o valor de BPC já recebido por idoso membro da família do idoso requerente e não aplicar o mesmo enunciado normativo para as hipóteses em que o requerente do benefício ou o membro da família for pessoa com deficiência. Ponderou, ainda, haver espaço para questionar se existe uma justificativa constitucional para limitar a exclusão do cômputo da renda *per capita* familiar apenas de valores de um salário mínimo correspondentes à rubrica BPC, e não valores idênticos provenientes de outras fontes (aposentadorias, pensões, auxílios-doença, etc.).

No tópico 3.3.1.6.4, mencionou-se que, se resultasse exitosa a estratégia concebida nos votos do ministro Gilmar Mendes¹⁵⁸ (e se mostrasse exitoso igualmente o resultado dos trabalhos do Legislativo na elaboração de um critério novo), o artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, muito provavelmente perderia sua razão de ser e estaria resolvida a situação de inconstitucionalidade por omissão que lhe foi atribuída pelo STF. Mas não foi o que ocorreu.

Como lá se disse, o atual quadro reclama que o direito e a prática jurídica atribuam sentido à essa incoerência do sistema. Esta é a proposta trabalhada a seguir.

Há de fato um tratamento desigual injustificável na regra original do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03. Embora a regra judicial demonstrada através do julgamento, no STJ, da Petição 7.203 tenha, ainda que por razões equivocadas, ampliado a veiculação do BPC, ela não deu

¹⁵⁸ Como exposto no tópico 3.3.1, fixar, mediante modulação dos efeitos da decisão, um prazo de vigência de aproximados dois anos da conclusão do julgamento dos precedentes para que o Legislativo elaborasse novos e melhores critérios de concessão do BPC.

conta de eliminar essa situação de afronta à isonomia, pois apenas estendeu a ampliação do critério da renda *per capita* para hipóteses em que o membro idoso da família perceba benefício previdenciário de um salário mínimo. Com sintetizado acima, todas as demais situações estão excluídas dessa ampliação.

A desigualdade se dá entre titulares de um direito destinado justamente a tutelar pessoas em situação de pobreza extrema, isto é, já em condições de desigualdade social, sem o devido acesso aos bens materiais mínimos que tornem possível uma inclusão social que lhes permita o exercício de outros direitos fundamentais (por exemplo, liberdade, cultura, saúde, educação). Por outro lado, já se rememorou nas linhas acima o que foi descrito nos capítulos anteriores sobre a importância do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, no tratamento do dever imposto ao Estado em veicular mais amplamente o BPC no atual estágio do debate sobre o critério da renda *per capita*. Portanto, a solução que se propõe levará em conta a situação de quebra da isonomia provocada pela redação original do aludido dispositivo.

Pois bem. Parte-se do âmbito de incidência das regras em vigor (situações descritas nas regras dos artigos 20, §3º, da Lei 8.742/93, e 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03 e das regras judiciais que lhes instituíram cláusulas de exceções), que integram o cenário atual de inconstitucionalidade por omissão parcial (ou seja, representam a regulamentação legal deficitária), e através de sopesamento, chega-se à extensão possível do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03 até o limite de excluir-se um resultado incompatível com a isonomia em seu enunciado normativo.

Os princípios que fornecem o panorama da colisão, no sopesamento, são: pelo estabelecimento do alcance mais amplo do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03 mediante a eliminação da situação de quebra da isonomia: assistência aos desamparados e igualdade, em sua acepção jurídica; a oferecer os limites da extensão, separação dos poderes e princípios que veiculam outros direitos sociais prestacionais.

À vista do que se discorreu, no capítulo anterior, sobre os fundamentos axiológicos que informam as normas que veiculam o BPC, o direito à assistência aos desamparados compreende em si, na visão deste trabalho, a finalidade de proporcionar aos seus destinatários igualdade material e liberdade fática (condição para o exercício dos demais direitos), daí porque restringir-se o sopesamento apenas a esse princípio e ao princípio da igualdade. O princípio da igualdade, ao seu turno, e por esta razão, diz respeito à igualdade jurídica, isto é, ao direito de receber do legislador tratamento igualitário na confecção da lei. Nesse sentido, o que diz o quadro atual de regulamentação legal (deficitária!) do critério da renda *per capita* é que se está a admitir

desigualdade jurídica entre titulares de um direito que tem por finalidade justamente promover a redução de desigualdades (fática e jurídica).

Ao seu turno, também no capítulo anterior, discorreu-se sobre a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na realização do direito ao BPC. É evidente que, como foi dito, embora possa e deva intervir em situações como a que é objeto deste estudo, há limites na sua atuação.

O sopesamento que ora se coloca busca encontrar o alcance de um dispositivo que será utilizado como parâmetro objetivo complementar de uma veiculação mais ampla do BPC. O princípio da separação dos poderes auxilia na delimitação tanto do ponto de partida da extensão, quanto de seu limite final. Ele recomenda a utilização do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, por representar esse dispositivo de lei uma opção clara do legislador de regulamentar a norma do artigo 203, V, da CF/88, no uso de suas atribuições e no cumprimento de seus deveres. Ele sugere também que a superação da desigualdade promovida não supere o limite do enunciado normativo expresso no referido artigo.

Decorre do princípio da separação dos poderes que o Legislativo exerça, nos limites da Constituição, suas atribuições, dentre as quais a de realizar direitos sociais prestacionais. Como se viu, essas realizações acabam sempre por implicar, de alguma maneira, em restrição ao próprio direito regulamentado e a outros direitos sociais prestacionais que deixaram de ser regulamentados. Dessa maneira, embora seja obviamente impossível inventariar aqui os possíveis direitos sociais que sofreriam restrições por uma ampliação na veiculação do BPC, não se pode deixar de considerá-los (sem que com isso se incorra em prejuízo na argumentação), de maneira mais abrangente e no contexto da fundamentação, como uma limitação à extensão.

Atualmente, a discriminação feita pelo artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03 ocorre em relação a (a) titulares do BPC deficientes (todos os casos) e idosos (os que não possuam em sua família membro idoso que receba BPC ou aposentadoria no valor de um salário mínimo), (b) membros da família (somente são excluído do cálculo da renda BPC ou aposentadoria no valor de um salário mínimo de familiar idoso), (c) natureza do rendimento excluído (BPC ou aposentadoria de membro idoso da família) e (d) montante total do rendimento que será objeto de exclusão (valor de um salário mínimo).

Os argumentos determinantes que permearam, nos precedentes analisado, a discussão judicial, oscilam, de modo geral, entre a impossibilidade de se aumentar benefício sem fonte de custeio, leitura gramatical do dispositivo com base no princípio da separação dos poderes e impossibilidades fáticas (argumento do custo com ampliação do BPC).

Do que se concluiu até aqui nesse estudo, não parece haver outra razão discernível para nenhuma dessas discriminações senão reduzir, através de escolhas arbitrárias, o universo de titulares elegíveis para evitar aumento de gastos com o benefício. Sozinha, como se esclareceu, esta não pode ser uma razão determinante. Portanto, qualquer tentativa de promover uma ampliação da regra da renda *per capita* derrubando apenas uma ou algumas dessas formas de discriminações não resolve a quebra da isonomia.

Em seu alcance máximo, dentro das balizas ora assentadas, isto é, em um sentido livre de discriminações injustificadas, resta do enunciado do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, a exclusão, no cálculo da renda *per capita* familiar, do valor de um salário mínimo, independentemente (a) do titular que o postule (idoso ou deficiente), (b) da qualidade do membro familiar¹⁵⁹ que o receba (idoso, deficiente, ou qualquer outro), (c) da natureza do rendimento (por exemplo, salários, proventos, pensões) e (d) do valor de ingresso deste na renda familiar (até o valor exato de um salário mínimo ou mais que isso). Em última análise, equivale a majorar o limite *per capita* para um salário mínimo (tese da extensão do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03) e um quarto (artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93).

Como já se teve a oportunidade de mencionar, o aumento de custo é uma consequência natural do reconhecimento da omissão destituída de fundamentação constitucional no fomento do BPC (da violação de seu conteúdo essencial), que resulta no reconhecimento do dever do Estado de veiculá-lo mais amplamente. Existe a possibilidade de arguir-se a reserva do possível, entendida aqui como a escusa no cumprimento do dever por ausência de condições materiais, mas existe um ônus argumentativo do Estado em demonstrá-la, para o que é insuficiente a simples arguição (tópico 4.5).

Esta é a resposta à parte do problema de pesquisa destinada a perquirir a extensão possível de aplicação do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03. Ela consiste em contribuição à problemática da regulamentação legal deficitária do BPC. Contudo, nada obstante permita o avanço para uma veiculação mais ampla e com maior grau de previsibilidade na aplicação desse direito social, devido a limitações próprias do atual estágio de regulamentação legal e da discussão judicial (isto é, às limitações próprias do que se tem por direito positivo e válido), ela foi concebida sobre uma sistemática de aferição de pobreza inadequada (limite de renda *per capita*). Como não poderia deixar de ser, não representa um ponto final na discussão. Isso remete à parte final do problema de pesquisa.

¹⁵⁹ Não está compreendida aqui a possibilidade do postulante do BPC perceber qualquer tipo de rendimento, excetuadas as situações já regulamentadas

A partir das conclusões e reflexões elaboradas neste estudo, apontam-se alguns caminhos futuros a estudos que se dediquem à criação de um novo critério de concessão do BPC em lugar do atual critério econômico (critério da renda *per capita*). A ideia condutora aqui é a de que, embora o direito ocupe posição imprescindível nessa tarefa, dela não dará conta sozinho: faz-se necessária a atuação de outros ramos do conhecimento que lhe são vizinhos.

Para desenvolver essa ideia, recorre-se ao fenômeno da intercompreensão, do âmbito da ciência das línguas. Não há a pretensão de importar teorias de outros domínios do conhecimento, tampouco de sugerir que o que se dirá seja novidade no estado da arte. O referido fenômeno tem lugar aqui na condição de figura que ilustrará o que se irá dizer. Não se busca, com ela, igualmente, alcançar-se conclusões com o rigor de cientificidade. Mas o exercício é válido.

Intercompreensão, neste espaço, é compreendida tal como o é no trabalho “Gramática comparativa Houaiss: quatro línguas românicas: português, espanhol, italiano e francês”. Ela é o fenômeno segundo o qual é possível a comunicação efetiva utilizando-se línguas diversas, porém pertencentes a um grupo específico dentro de uma determinada família das línguas. É dizer, cada falante pode expressar-se em sua própria língua e compreender o que está sendo dito em uma língua diferente (AZEREDO, *et all*, 2010, p. 15).

Uma aprendizagem prévia muito simples permite observar diferenças sistemáticas e semelhanças evidentes entre as línguas. Sabe-se que, em condições normais de diálogo, deve-se evitar certos termos e que convém se expressar de modo claro e sem pressa excessiva. A intercompreensão é atingida tanto mais quanto elevado for o nível de cultural dos locutores, sobretudo se vivem em uma região onde se pode captar os meios de comunicação dos outros países. O que importa na intercompreensão é compreender as línguas envolvidas sob a sua forma escrita e oral e não as falar ou escrevê-las (AZEREDO, *et all*, 2010, p. 15).

Uma breve contextualização. O trabalho citado foi originado de pesquisa coordenada por Jørgen Schimitt Jensen, então professor de línguas românicas da Universidade de Aarhus, Dinamarca. A ideia original foi-lhe sugerida pela situação linguística de seu país. O dinamarquês pertence à família das línguas escandinavas, que são a continuação do antigo nórdico (ramo setentrional do germânico). Esta família é compreendida por dois grupos, um dos quais é composto pelo dinamarquês, pelo sueco e pelo norueguês. Entre essas línguas é possível a intercompreensão.

Com base nessa realidade, foi posta a questão de estudar se a intercompreensão podia funcionar entre as línguas românicas português, espanhol, italiano e francês. Fizeram-se experiências prévias com estudantes e descobriu-se, rapidamente, que funcionava. Um

estudante formado em uma dessas quatro línguas conseguia, através de uma aprendizagem direcionada, compreender relativamente rápido uma das outras três. Um trimestre em geral basta para conseguir ler enunciados escritos simples e, continuando-se o aprendizado, pode-se ter acesso à imprensa, textos literários e à língua falada. Foram assim criados cursos, redigidos manuais, tendo as análises se desenvolvido em um nível elevado até dar origem ao trabalho, que foi publicado nas quatro línguas referidas em seu título (AZEREDO, *et all*, 2010, p. 15).

Com auxílio da figura da intercompreensão, portanto, será desenvolvido este tópico. Antes de passar-se às considerações acerca da criação de um novo critério econômico, convém tecer algumas considerações sobre a relação entre o direito e outros ramos científicos no diálogo constitucional entre os poderes políticos, do qual tratou Silva, V. (2011a) em seu modelo teórico e que serviu, neste trabalho, à condução das colocações que se fez sobre o custo dos direitos.

Conforme se discorreu no tópico 4.3, um diálogo constitucional entre os poderes políticos é um bom caminho para se buscar clareza e transparência no tratamento da questão dos custos dos direitos sociais prestacionais. Ponto recorrente no debate acerca dos custos, a influir diretamente nesse diálogo constitucional, é o recurso a construções produzidas por outros ramos científicos (dentre elas, mas não somente, as empíricas), que não raras vezes são determinantes em um dado posicionamento, seja pela realização mais ampla, seja pela não realização de um dado direito social. Os julgamentos do STF analisados neste estudo são um bom exemplo disso (tópico 3.3.1.6.5). Em verdade, pode-se dizer que não só nas questões relativas ao custo dos direitos, mas nas relativas à realização em sentido lato dos direitos sociais.

Há uma proximidade necessária do direito com outros ramos do conhecimento – economia, contabilidade, etnografia, dentre outros – na argumentação que permeia um diálogo constitucional desejável. A reforçar o que se diz, está a conclusão a que se chegou no capítulo 4, acerca da existência de um ônus argumentativo imposto ao Estado no que toca à demonstração da falta de recursos materiais para realização mais ampla do BPC, assim como as conclusões semelhantes, mas alcançadas por trilha teórica diversa, no sentido de existir, para determinados direitos, uma presunção de existência de recursos (SARLET, 2008, p. 32; BARCELLOS, 2011, p. 357). Por entre as noções de “prever o impossível” e de “ônus de demonstrar que não é possível” (com as quais o direito lida com maior tranquilidade)¹⁶⁰, transitam as colaborações prestadas por outros ramos do conhecimento, as quais diretamente tocam os problemas da prática cotidiana dos direitos sociais prestacionais.

¹⁶⁰ Por exemplo: Olsen (2012, p. 212), Calciolari (2012, 173), Sarlet, Barcellos (p. 2012, 274-275), Torres (1989, p. 48-49) e Leal (2009, 91-113).

Ao menos no âmbito de um controle intersubjetivo das fundamentações concernentes à problemática de realização desses direitos, acredita-se que a interação entre o direito e as diferentes vertentes do saber possa ocorrer nos moldes de uma intercompreensão.

Concepções teóricas minimamente relevantes devem ser compreendidas entre os falantes, ou seja, valendo-se da figura aqui utilizada, “deve-se evitar certos termos e convém se expressar de modo claro e sem pressa excessiva”. Se a intercompreensão não se define pelo domínio, pelos falantes que conversam, do idioma que não é o seu próprio, mas pela possibilidade de uma comunicação efetiva travada entre eles em idiomas diferentes, é possível exemplificar que não se exige de um juiz que deduza uma fórmula econométrica ou de um economista elabore uma peça processual cujo conteúdo contenha uma argumentação no sentido de que a restrição de um determinado direito fundamental social é constitucionalmente aceitável¹⁶¹. Porém, pode esperar-se do juiz que compreenda as situações nas quais se aplica determinada fórmula econométrica e quais são suas possíveis limitações, quanto à precisão, na representação de uma dada situação da realidade, e é possível esperar do economista que compreenda conceitos relevantes à argumentação jurídica (por exemplo, coisa julgada, direito adquirido, benefício previdenciário não inferior a um salário mínimo, cláusulas pétreas), bem como porque um dado arranjo de argumentos neles embasados pode, no debate jurídico (travado no meio acadêmico e nos tribunais), potencialmente conter uma carga persuasória maior que um outro arranjo de argumentos.

É conveniente que as relações entre construções teóricas e empíricas sejam expostas com clareza. Comumente, há, ainda que parcialmente, uma concepção teórica (que pode ser uma teoria da justiça) por trás de um construto baseado em dados empíricos; exceto se o objetivo é a criação de uma nova teoria a partir do fenômeno de interesse analisado (EISENHART, 1989, p. 532-550). Por vezes, a teoria (ou as teorias) adotadas acabam por influenciar a escolha de métodos, colheita de dados e sua organização e leitura, o que repercute no resultado empírico a que se chegou. A própria definição do que se entenderá por “caso”, em um trabalho que se denomine um estudo de caso, como observaram Ragin e Becker (1992, p. 1-5), é relevante e repercutirá no desenvolvimento e resultados alcançados. Para o que aqui se quer frisar, é importante que algumas informações sejam veiculadas com clareza àqueles que de alguma forma se apropriarão do resultado do estudo.

Pode ser de grande valia um diálogo que envolva métodos utilizados envolvidos em pesquisas empíricas. Existem discussões que recaem sobre as forças e fraquezas de determinado

¹⁶¹ Ou, por exemplo, que fundamente a aplicação de uma pena valendo-se do sistema trifásico.

método e de determinada forma de colheita de informação (MCKINNON, 2006, p. 34-54) que podem ajudar na compreensão de estudos, principalmente numa leitura mais lúcida acerca da precisão ou intensidade com que retratam um dado da realidade ou um fenômeno de interesse¹⁶². Também uma aproximação à compreensão do emprego de métodos pode ser útil para se entender melhor comparações (por exemplo, entre políticas públicas) e para se inferir mais conscientemente relações de causalidade (por exemplo, entre o impacto de políticas públicas no orçamento ou no público alvo) que se extrai de determinados estudos¹⁶³. Alguns ramos do conhecimento estão mais habituados com as dificuldades e complexidades envolvidas em medições e variações das situações observadas¹⁶⁴. Nesse aspecto, um diálogo de uma perspectiva da intercompreensão, pode trazer ganhos para o direito.

Assim, no que toca aos direitos sociais prestacionais, para clareza e transparência desejáveis no diálogo constitucional entre os poderes políticos, é importante, para efeito de um controle intersubjetivo das fundamentações, que o direito compreenda na racionalidade de sua argumentação as contribuições prestadas por outros ramos do conhecimento que lhe são afins e que, ao mesmo tempo, faça-se compreender a eles. Os construtos de outros domínios, para fundamentar uma decisão de restrição ou promoção de direitos sociais, devem ser tidos como mais que meros argumentos de autoridade.

¹⁶² Não como exemplo direto dessa abordagem, mas como ilustração de seu emprego em um estudo empírico, vide: BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho Garcia; GRAÇA, Luís Otávio Barroso da. Decisões judiciais e orçamento público no Brasil: aproximação empírica de uma relação emergente. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 217-263. Os autores são Consultores de Orçamento do Senado Federal. Chamam a atenção, no início do trabalho, para ausência de estudos sobre o impacto direto da ação judicial (decisões do judiciário) sobre os recursos do orçamento.

¹⁶³ Diferentemente do que pode parecer, estabelecer uma relação de causalidade, por exemplo, entre uma política pública e um possível impacto dela advindo, não é algo fácil e requer cautela. Sobre isso, vide: MENEZES FILHO, Naercio (org). **Avaliação Econômica de Projetos Sociais**. São Paulo: Dinâmica, 2012, p. 31-106 e, também, nota abaixo.

¹⁶⁴ Por exemplo, há, na Faculdade de Administração de Ribeirão Preto – FEA-USP, uma disciplina denominada Avaliação de Políticas Públicas Sociais, que busca analisar alguns dos principais modelos disponíveis para a estimação dos efeitos de programas sociais, bem como estudar as aplicações empíricas desses modelos utilizando ferramentas econométricas. Na linha da ilustração da intercompreensão, feitas as formatações para ser compreendida por juristas, acredita-se de grande utilidade ao debate acerca da efetivação de direitos sociais, por contribuir para aprofundamento do preparo para compreensão de estudos empíricos destinados a avaliar os efeitos de políticas públicas sociais. Para o que aqui se quer destacar, transcreve-se trecho da justificativa da disciplina: [...] “Contudo, o efeito causal do programa não pode, na maior parte das vezes, ser identificado de forma trivial. Duas informações relevantes para identificação são o desenho da avaliação e o mecanismo de seleção dos participantes ao programa. Com essas informações, a estimação do efeito causal do programa pode ser feita de diferentes formas.”. Disponível em: <https://uspdigital.usp.br/janus/componente/disciplinasOferecidasInicial.jsf?action=3&sgldis=REC5013>, <acesso em: 10.07.15>.

Postas tais considerações, passem-se aos possíveis caminhos de futuros estudos que se dediquem à criação de um novo critério econômico.

De início, assente-se a importância do direito nesta tarefa. Conforme demonstrado neste estudo, a Constituição atribui prioridade e relevância na veiculação do BPC. Há uma reconhecida omissão legal em sua regulamentação e um conseqüente dever de regulá-lo mais amplamente. Todas essas conclusões ganharam corpo no âmbito do direito. Decorreu da atividade do Judiciário a compreensão de que existe uma regulamentação legal deficitária desse direito. E mais, o Judiciário ocupou papel de destaque no cumprimento das normas constitucionais desde a fase de implementação até os dias atuais, ocupando-se diuturnamente em pensar a problemática de concessão desse direito através dos inúmeros casos que lhe foram e são submetidos à apreciação.

Assim, a atividade de refletir sobre novo critério econômico não pode desconsiderar os conceitos próprios do direito e, principalmente, que a problemática de concessão do BPC repercutiu e repercute no Judiciário. Isso deve ser apreendido por outros ramos afins ao direito. Vista por esse ângulo, a máxima de que os recursos são escassos e as necessidades infinitas deve causar preocupação, em outras áreas do saber, a requerer a cautela de se elaborar um critério que não seja flagrantemente contrário à forma como o Judiciário concebe o benefício¹⁶⁵. Seriam desastrosas, inclusive do ponto de vista do custo, as conseqüências de um novo critério que nascesse fadado a ser derrotado judicialmente.

Deve ser levada em conta a possibilidade de questionamento judicial da constitucionalidade de um novo critério de concessão. A atuação do Poder Judiciário, no caso do BPC, é um vívido exemplo do que disseram Pereira Filho e Moraes (2012, p. 33-56), ao analisar, com suporte sobretudo nas teorias de Paul Ricoeur e Carlo Ginzburg, a atividade jurisdicional na atual Constituição como sendo necessária a dar proteção concreta ao direito cidadão: o juiz historiador (isto é, equidistante, preocupado somente com a mera reconstrução histórica dos fatos e cuja neutralidade claramente prejudicava a parte mais fraca na relação processual), ficou na história!

Se, por um lado, devem ser levadas em consideração as peculiaridades da discussão travada no Judiciário, por outro, como salientou o ministro Gilmar Mendes (tópico 3.3.1.5.2), é complexa a tarefa de se estabelecer um novo critério de concessão do BPC em lugar dos critérios atuais. Nela, apontou o ministro, devem ser consideradas projeções orçamentárias e macroeconômicas e haveriam de ser pensadas na construção as diferenças socioeconômicas

¹⁶⁵ Por exemplo, à forma como o Judiciário, nesses casos, concebe a isonomia.

locais de diversas regiões do país, para evitar incongruências na concessão do BPC, cuja consequência mais evidente seria o tratamento anti-isonômico entre os destinatários das políticas de assistência social.

De fato, os critérios atuais são inadequados. Não propriamente no sentido de inadequação empregado para descrever uma das sub-regras da regra da proporcionalidade, a adequação (tópico 2.3.2.2), mas porque captam inadequadamente a pobreza no Brasil ao limitá-la ao cálculo da renda *per capita* familiar.

Ao que referiu o ministro Gilmar Medes, e reconhecendo-se as limitações próprias do direito na atividade de pensar-se um critério de concessão do BPC, arrisca-se acrescer que parte do desafio está em despender atenção e pesquisa ao fenômeno da pobreza. Ele é complexo, condicionado a fatores ambientais e associado a inúmeras contingências (necessidades). Para os fins de recebimento do benefício de prestação continuada, deverá ser apreendido de forma a permitir selecionar idosos e deficientes elegíveis ao BPC. Nesse sentido, a investigação talvez tenha de considerar captar em campo as contingências inúmeras que acometem idosos e deficientes e buscar perquirir a possibilidade de, indutivamente, extrair alguma característica que aproveite na definição geral de elegibilidade no que toca ao requisito pobreza.

Há sem dúvidas dificuldade em definir-se, sob o aspecto moral, quais, dentre um universo de idosos e pessoas com deficiência passíveis de serem consideradas pobres, serão consideradas pobres para fins de recebimento do benefício. Por outro lado, ao menos se arrisca intuir que existe também uma dificuldade fática. Enviesando a máxima para expressar o que se quer dizer: no Brasil, os recursos são escassos, mas os necessitados, infinitos.

É desejável estudar-se a possibilidade de conter um novo critério a característica de adaptar-se aos câmbios da realidade quanto aos aspectos que vierem a ser considerados relevantes na sua formação, colocação que só é possível fazer aqui no nível da generalidade.

Sem dúvida, para grande parte das colocações feitas neste espaço, outros ramos do conhecimento científico terão condições de oferecer um nível mais sofisticado de problematização. Contudo, do que das reflexões deste estudo se constatou, registra-se mais um ponto, que se acredita relevante. No trabalho analisado no tópico 3.4 (MIRANDA, 2013), observou-se que, atualmente, existe hoje uma estrutura estatal de gestão do BPC mais interativa, voltada ao aprendizado institucional e capaz de absorver demandas mais complexas, o que é um fator a ser considerado para se pensar a confecção de critérios de concessão alternativos aos atuais. A maturidade institucional pode sinalizar a possibilidade da criação de critérios com um nível de complexidade maior que os atualmente vigentes.

Aqui estão algumas colocações sobre possíveis caminhos para futuros estudos direcionados para criação de novos critérios de concessão do BPC, que surgiram como resultados das reflexões e conclusões resultantes da presente pesquisa. Com elas se buscou contribuir, a partir de uma perspectiva do direito, para se pensar a questão. Sem embargo de suas limitações, elas apontam para a possibilidade de se elaborar critérios mais adequados para uma veiculação mais ampla do BPC, o que implica dizer que é preciso ir além de propostas – tais como as que são recorrentes no Legislativo – que busquem alterar os critérios de concessão atuais seguindo a lógica do percentual da renda *per capita*¹⁶⁶.

O desafio é grande e deve ser enfrentado pelo direito, conjuntamente com outros ramos do conhecimento, em constante diálogo. Diálogo, não monólogo. É necessário aos outros domínios científicos apropriarem-se de alguns conceitos próprios do direito e de peculiaridades próprias do funcionamento de suas instituições, ao passo que ao direito se mostra relevante assimilar, adequadamente, na racionalidade de sua argumentação, as contribuições prestadas por outros ramos do conhecimento, de forma a apreendê-las para além do simples argumento de autoridade. Resgatando-se a figura utilizada, é preciso haver uma comunicação efetiva, mesmo falando-se línguas diferentes.

Embora haja lacunas e imperfeições no atual processo de veiculação do BPC, acredita-se que é possível um diálogo produtivo entre as áreas do conhecimento envolvidas na tarefa de pensar um novo critério de concessão. Associada à contínua pesquisa, essa interação pode resultar em ganhos quanto à forma de compreender a pobreza, transcendendo o âmbito das instituições envolvidas apenas com o BPC, e aumentar assim as possibilidades de contínuas melhorias no enfrentamento deste fenômeno complexo, aprimorando-se, por exemplo (mas não somente), mecanismos de distribuição de renda.

Nenhum modelo econômico ou de Estado que admita em si algum conteúdo ético pode tolerar qualquer forma de exclusão social extrema. O comprometimento com direitos indispensáveis ao desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana há de estar sempre em pauta e constituir-se condição para se pensar qualquer outra acepção de desenvolvimento. No caso do direito social de que se ocupou o problema de pesquisa deste estudo, esta tem sido uma incumbência cumprida pelo direito.

¹⁶⁶ A respeito, vide tópico 3.4.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. México, D.F.: Fontamara, 2010.

ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para filosofia do direito. 2 ed. Tradução Luís Afonso Heck. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2 ed. Belo Horizonte: Lumen Iuris, 2010.

AMARAL, Gustavo; MELO, Daniele. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 87-109.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16 ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

AZEREDO, José Carlos de; BRITO, Ana Maria; LOHSE, Birger; OLIVEIRA NETO, Godofredo de. **Gramática Comparativa Houaiss**. Quatro línguas românicas. Português, espanhol, italiano e francês. São Paulo: Publifolha, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. 3 ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 97-135.

BENITEZ, Luiz Braulio Farias, STRINGARI, Amanda Kauling. O benefício assistencial de prestação continuada sob o enfoque da teoria da integridade de Ronald Dworkin. 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. 123-145.

BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho Garcia; GRAÇA, Luís Otavio Barroso da Graça. Decisões judiciais e orçamento público no Brasil: aproximação empírica de uma relação emergente. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 217-263.

BOM FILHO, Ricardo Pedro. Argumentação jurídica e constituição: a teoria de Klaus Günther aplicada ao benefício assistencial. 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. 147-173.

BORTOLI, Adriano. Direito sobre direito: O enfoque do garantismo jurídico sobre a constitucionalidade do critério de renda *per capita* familiar para a concessão do benefício de prestação continuada. 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. 51-86.

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 dá 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. **Decreto nº 6.135, de 26 de junho de 2007**. Dispõe sobre o Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 27 jun. 2007.

BRASIL. **Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007**. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 28 set. 2007.

BRASIL. **Decreto nº 6.564, de 12 de setembro de 2008**. Altera o Regulamento do Benefício de Prestação Continuada, aprovado pelo Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 15 set. 2008.

BRASIL. **Decreto nº 7.617, de 17 de novembro de 2011**. Altera o Regulamento do Benefício de Prestação Continuada, aprovado pelo Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007. **Diário Oficial da União**. Brasília, 18 nov. 2011.

BRASIL. **Decreto nº 7.788, de 15 de agosto de 2012**. Regulamenta o Fundo Nacional de Assistência Social, instituído pela Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 16 ago. 2012.

BRASIL. **Instrução Normativa nº 77, de 21 de janeiro de 2015**. Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 22 jan. 2015.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 17 jan. 1973.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 25 jul. 1991.

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 9.528, de 10 de dezembro de 1997.** Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. **Diário Oficial da União.** Brasília, 11 dez. 1997.

BRASIL. **Lei nº 9.533, de 10 de dezembro 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 9.720, de 30 de novembro de 1998.** Dá nova redação a dispositivos da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social, e dá outras providências. **Diário Oficial da União.** Brasília, 1º dez. 1998.

BRASIL. **Lei nº 10.180, de 06 de fevereiro de 2001.** Organiza e disciplina os Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União.** Brasília, 07 fev. 2001.

BRASIL. **Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001.** Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. **Diário Oficial da União.** Brasília, 13 jul. 2001.

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. **Lei nº 12.435, de 06 de julho de 2011.** Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. Diário Oficial da União, Brasília, 07 jul. 2011.

BRASIL. **Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011.** Altera os arts. 21 e 24 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Custeio da Previdência Social, para estabelecer alíquota diferenciada de contribuição para o microempreendedor individual e do segurado facultativo sem renda própria que se dedique exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencente a família de baixa renda; altera os arts. 16, 72 e 77 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Benefícios da Previdência Social, para incluir o filho ou o irmão que tenha deficiência intelectual ou mental como dependente e determinar o pagamento do salário-maternidade devido à empregada do microempreendedor individual diretamente pela Previdência Social; altera os arts. 20 e 21 e acrescenta o art. 21-A à Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 - Lei Orgânica de Assistência Social, para alterar regras do benefício de prestação continuada da pessoa com deficiência; e acrescenta os §§ 4º e 5º ao art. 968 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil,

para estabelecer trâmite especial e simplificado para o processo de abertura, registro, alteração e baixa do microempreendedor individual. Diário Oficial da União, Brasília, 1º set. 2011.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Diário Oficial da União, Brasília, 07 jul. 2015.

BRASIL. **Portaria Conjunta SNAS/SPPS/INSS nº 2, de 19 de setembro de 2014.** Estabelece critérios e procedimentos a serem adotados pelo Instituto Nacional do Seguro Social na operacionalização do Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social - BPC e das outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 25 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.112.557/MG, Representativo de Controvérsia. Recorrente: YGPS (menor). Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 28 de janeiro de 2009. **Diário de Justiça Eletrônico.** Brasília, 20 nov. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=924960&num_registro=200900409999&data=20091120&formato=PDF>. Acesso em: 26 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Petição nº 7.203/PE, Incidente de Uniformização de Jurisprudência. Requerente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Requerida: Zenide Adelaide da Conceição Ferreira. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2011. **Diário de Justiça Eletrônico.** Brasília, 11 out. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1079914&num_registro=200900710966&data=20111011&formato=PDF>. Acesso em: 26 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 877/DF, requerente: Procurador-Geral da República, requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional, relator Ministro Ilmar Galvão, pleno, Brasília, DF, 05 out. 1995, **Diário de Justiça** 27 out. 1995, p. 36.331. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=&dataPublicacaoDj=27/10/1995&incidente=1564398&codCapitulo=5&numMateria=81&codMateria=1>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

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. Mandado de Injunção nº 448/RS, requerente: Antonio Jorgeli Ribeiro e outros, requeridos: Congresso Nacional, relator Ministro Marco Aurélio, pleno, Brasília, DF, 05 set. 1994, **Diário de Justiça** 06 jun. 1997, p. 24.871 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=106&dataPublicacaoDj=06/06/1997&incidente=1576101&codCapitulo=5&numMateria=17&codMateria=2>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

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>>.

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.

CADEMAROTI, Luiz Henrique Urquhart; SANTOS, Priscilla Camargo. A teoria de Friedrich Müller e a concretização da norma constitucional no benefício de prestação continuada. In: CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart et al. (Coords). **Hermenêutica aplicada. O benefício assistencial de prestação continuada à luz das teorias neoconstitucionais**. Curitiba: Juruá, 2012.2012, p. 107-122.

CALCIOLARI, Ricardo Pires. **Orçamento da Seguridade Social e a Efetividade dos Direitos Sociais**. Curitiba: Juruá, 2012.

CAMPBELL, Tom D. **Justice (Issues in Political Theory)**, 3. ed. London: Palgrave Macmillan, 2010.

CARTA SOCIAL DAS AMÉRICAS. Aprovada na sessão plenária de 4 de junho de 2012 da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos e revisada pela Comissão de Estilo, no 42º Período Ordinário, em Cochabamba, Bolívia. Disponível em: https://www.oas.org/docs/publications/carta_social_das_americas.doc, acesso em 20.06.2016.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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.

ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS, 24, 2015, Universidade Federal de Sergipe, Aracaju/SE. **Benefício constitucional de prestação continuada: o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o critério da renda per capita à luz da efetividade** (Anais). Florianópolis/SC: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2015, p. 218-247. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/51f4alp5/2cL78e6hpo2w713R.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2016.

EISENHARDT, Kathleen M. Building Theories from Case Study Research. **Academy of Management Review**. v. 14, n. 4, p. 532-550, out. 1989.

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

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 209-285.

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.

HAWKING, Stephen. **Uma Breve História do Tempo**. Edição digital (ebook Kindle). Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Intrínseca: 2015.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor: 1991.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights**. Why Liberty Depends on Taxes. New York: W.W. Norton & Company, 2000.

KYMLICKA, Will. **Filosofia Política Contemporânea**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais**. Os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MCKINNON, Jill. Reliability and Validity in Field Research: Some Strategies and Tactics. **Accounting, Auditing & Accountability Journal**. vol. 1. Iss: 1. p. 34-54, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MENEZES FILHO, Naercio (org). **Avaliação Econômica de Projetos Sociais**. São Paulo: Dinâmica, 2012.

MIRANDA, Geralda Luiza de. O ciclo de política como campo estratégico: o caso do benefício de prestação continuada. **Revista de Ciências Sociais**. vol. 56 n°. 2. Rio de Janeiro Abr./Jun. 2013, p. 439-482. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52582013000200007&script=sci_arttext>. Acesso em 12.05.2015.

NABAIS, José Casalta. A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: os deveres e custos dos direitos. **Revista de direito público e economia**, Belo Horizonte, v. 5, n. 20, p.153-181, out./dez. 2007.

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

PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, n. 73: 60, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **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.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. El poder del juez: ayer y hoy. **UWM Law Review**, Olsztyn, v. 4, p. 181-198, dez. 2012. Disponível em: <<http://lawforensics.org/wp-content/uploads/2012/12/UWM-LR-Vol.-4.pdf>> Acesso em: 30 ago. 2015.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; MORAES, Daniela Marques de. A tutela dos direitos e a remodelação do papel reservado ao juiz como corolário principiológico do acesso à justiça. **Pensar**, Fortaleza, v. 17, n. 1, p. 33-56, jan./jun. 2012.

POSNER, Richard A. **Values and Consequences**. an Introduction to Economic Analysis of Law, University of Chicago Law School, *Program in Law and Economics Working Paper 53*, 1998.

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.

RAGIN, Charles C.; BECKER, Howard S. **What is a case?** Exploring de foundations of social inquiry. New York: Cambridge University Press: 1992.

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.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-49.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 149-172.

RAMMÊ, Adriana Santos. Interpretando o critério econômico de concessão de benefício assistencial à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. 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. 27-49.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes?** Para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013.

SILVA, Alexandre Garrido da. Direitos Humanos, Constituição e Discurso de Legitimação: Possibilidades e Limites da Teoria do Discurso. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos Direitos Humanos.** 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 11-96.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: Mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais.** v. 1, p. 607-630, 2003. Disponível em: <http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf>. Acesso em 8 jan. 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs). **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599. Disponível em: <http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2008-Judiciario_e_politicas_publicas.pdf> Acesso em 29 ago. 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e Objetividade da Interpretação Constitucional. In: MACEDO JR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.), **Direito e interpretação: racionalidades e instituições.** São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 363-380.

SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos Sociais**. Leis Orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá, 2007.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 69-86.

TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade. In: TORRES, Ricardo Lobo (org). **Legitimação dos Direitos Humanos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 467-519.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**. v. 177. p. 29-49, jul./set. 1989.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 69-86.