

REFLEXÕES SOBRE A DECISÃO DO STF QUE DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DO CRITÉRIO DE MISERABILIDADE ESTABELECIDO PELA LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL (LOAS - LEI Nº 8.742/1993)

REFLEXIONS ABOUT OF THE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECISION WHICH DECLARED UNCONSTITUTIONALITY THE CRITERIA OF MISERABLENESS FIXED BY SOCIAL ASSISTENT LAW (LOAS - LEI Nº 8.742/1993)

Carlos Gustavo Moimaz Marques¹

Professor da Escola Paulista de Direito - EPD

RESUMO: O objeto deste artigo é fazer algumas reflexões sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do critério de miserabilidade estabelecido pela Lei nº 9.742/1993, focando-se no caráter universalizante que define o núcleo teórico dos direitos sociais e a própria sistematização constitucional da seguridade social.

PALAVRAS-CHAVE: Eficácia dos direitos sociais; benefício assistencial de prestação continuada; inconstitucionalidade do critério de miserabilidade fixado pela LOAS.

ABSTRACT: *The objective of this research is to make some reflexions of the Supremo Tribunal Federal decision which declared unconstitutionality the criteria of miserableness fixed by Law 8.742/93, addressing the universalizing character that defines the theoretical core of social rights and constitutional own systematization of social security.*

KEYWORDS: *Social rights efficacy; continuous assistance benefit; unconstitutionality of the criteria of miserableness fixed by LOAS.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A concessão do benefício assistencial de prestação

¹ Graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Araçatuba (1998), Mestrado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (2007), Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2012), Professor da Universidade Mackenzie, Procurador Federal em exercício na Procuradoria-Regional Federal da 3ª Região, atualmente integrando o Núcleo de Ações Prioritárias. Foi Procurador Chefe do Serviço de Tribunais em Matéria Previdenciária (2010-2011) e Chefe de Orientação da Atuação Recursal da PFE/INSS em São Paulo (2008-2009). Tem experiência na área do direito, com ênfase em Direito Público e Direito Social (Seguridade Social). Autor do Livro *O benefício assistencial de prestação continuada*. Integrante do Grupo de Pesquisa Inclusão e Seguridade Social - Mackenzie.

continuada e a discussão envolvendo a fixação da miserabilidade; 2 A decisão do STF e a fixação da miserabilidade – Paradoxo judicial; 3 A coerência do sistema de seguridade social e a Constituição; Conclusões; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The obtainment of continuous assistance benefits and discussion involving the criteria of misery; 2 The Supremo Tribunal Federal decision and the fixing of misery – Judicial paradox; 3 The coherence of social security system and the Constitution; Conclusions; References.*

INTRODUÇÃO

Em 18 de abril de 2013 o Plenário do Supremo Tribunal Federal reanalisou o critério de miserabilidade fixado pela Lei nº 8.742/1993 para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada à pessoa portadora de deficiência ou idoso. Ao julgar os Recursos Extraordinários nºs 580.963 e 567.985-3, bem como a Reclamação nº 4.374, declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 3º art. 20 da Lei nº 8.742/1993. Segundo argumentou, há situação de inconstitucionalidade por omissão parcial, provocada por uma “insuficiência normativa” trazida pelo critério de miserabilidade do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993. Nesse sentido apontou o Ministro Gilmar Mendes em seu voto (Reclamação nº 4.374):

A violação, pelo legislador, dessa proibição de proteção insuficiente decorrente do direito fundamental gera um *estado de omissão inconstitucional* submetido ao controle do Supremo Tribunal Federal. Isso ocorre não exatamente em razão da ausência de legislação, ou tendo em vista eventual mora do legislador em regulamentar determinada norma constitucional, mas quando *o legislador atua de forma insuficiente*, isto é, edita uma *lei que cumpre apenas de forma parcial o comando constitucional*.

Ao assim dispor, a Corte Constitucional fixou em tom forte sua postura ativista que adentra e intervém na própria definição da política pública social. Esta constatação é destacada pelo próprio Órgão Julgador, como observa textualmente o Ministro Gilmar Mendes no julgamento do Recurso Extraordinário nº 580.963: “Toda a problemática enfrentada evidencia que a

política pública deve ser revista e reajustada, de modo a melhor se adequar aos comandos constitucionais”².

Mais do que atestar a invalidade de uma política pública, a decisão do Supremo Tribunal Federal ganha contorno impar na medida em que não adota “perfil aditivo”³, com indicação de regra análoga para substituição do critério de miserabilidade⁴, permitindo, assim, que a aferição de miserabilidade continue sendo apontada caso a caso pelo próprio aplicador (julgador). Neste particular, frisa-se que, apesar da Corte apontar que “[...] as legislações em matéria de benefícios previdenciários e assistenciais trouxeram critérios econômicos mais generosos, aumentando para 1/2 do salário mínimo o valor padrão da renda familiar *per capita*”, o Julgado não impôs nem tampouco estabeleceu a observância a tal parâmetro (1/2 salário-mínimo) para fins de apuração do benefício assistencial, uma vez que claramente declarou que a definição da miserabilidade deve ser feita pelos “setores competentes dos Poderes Executivo e Legislativo”, como deixa claro o voto do Ministro Gilmar Mendes:

É certo que não cabe ao Supremo Tribunal Federal avaliar a conveniência política e econômica de valores que podem ou devem servir de base para a aferição de pobreza. Tais valores devem ser o resultado de complexas equações econômico-financeiras que levem em conta, sobretudo, seus reflexos orçamentários e macroeconômico e que, por isso, devem ficar a cargo dos setores competentes dos Poderes Executivo

² Trechos do voto proferido no RE 580.963/PR.

³ Como observou o Ministro Gilmar Mendes no voto proferido na Reclamação nº 4.374, “em tema de omissão inconstitucional, o Tribunal já vem adotando, inclusive, típicas *sentenças de perfil aditivo*, tal como ocorreu no conhecido caso do direito de greve dos servidores públicos. Como se sabe, no Mandado de Injunção nº 20 (Rel. Celso de Mello, DJ de 22.11.1996), firmou-se entendimento no sentido de que o direito de greve dos servidores públicos não poderia ser exercido antes da edição da lei complementar respectiva, com o argumento de que o preceito constitucional que reconheceu o direito de greve constituía norma de eficácia limitada, desprovida de autoaplicabilidade. Na mesma linha, foram as decisões proferidas nos MI 485 (Rel. Maurício Corrêa, DJ de 23.08.2002) e MI 585/TO (Rel. Ilmar Galvão, DJ de 02.08.2002). Assim, nas diversas oportunidades em que o Tribunal se manifestou sobre a matéria, reconheceu-se unicamente a necessidade de se editar a reclamada legislação, sem admitir uma concretização direta da norma constitucional”.

⁴ Ao contrário do que tem ocorrido em decisões que declaram a inconstitucionalidade por omissões ante a “insuficiência normativa”, no caso em testilha não foi fixado critério legislativo análogo até que nova política fosse fixada por lei.

e Legislativo na implementação das políticas de assistencialismo definidas na Constituição.⁵

Diante disso, o STF, ao mesmo tempo que reconhece a impropriedade do limite legal de 1/4 do salário-mínimo para fixação da miserabilidade, mantém em aberto a possibilidade de aferição da miserabilidade como consolidou a jurisprudência das demais Cortes deste País.

O presente trabalho busca fazer algumas reflexões sobre a presente decisão à luz da sistematização constitucional da seguridade social, na qual a assistência social está inserida, e o próprio caráter universalizante que define o núcleo teórico dos direitos sociais e que, por assim o ser, é o norte de qualquer política pública social.

1 A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA E A DISCUSSÃO ENVOLVENDO A FIXAÇÃO DA MISERABILIDADE

A Constituição Federal previu casuisticamente o benefício assistencial de um salário-mínimo devido à pessoa portadora de deficiência e ao idoso.

A Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS – Lei nº 8.742/1993) incumbiu-se de regulamentá-lo. Segundo ela, para fazer jus à proteção, deve-se cumprir dois requisitos essenciais: 1. Ser o beneficiário portador de deficiência ou idoso; e 2. Não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua própria família.

Para fins de subsunção ao segundo requisito, nos termos do que preceitua o § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993, “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”.

Como pode ser observado, o legislador pátrio preferiu definir pobreza para fins assistenciais sob uma conceituação absoluta, ou seja, miserável é aquele que apresenta renda *per capita* inferior a 1/4 do salário-mínimo⁶.

⁵ Trechos do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes na Reclamação nº 4.373.

⁶ Conforme já tivemos oportunidade de apontar, andou bem o legislador ao adotar o critério da falta de renda para definir a miserabilidade, uma vez que é o mecanismo mais usual pelos países e organismos internacionais para definir a pobreza e a miserabilidade (*O benefício assistencial de prestação continuada*. LTr, p. 119/120).

Atualmente, segundo o Banco Mundial (que emprega o critério da falta de renda para definição da pobreza desde 1990) aponta em situação de indigência como sendo aquela que apresenta renda por

Foi justamente neste sentido que o Supremo Tribunal Federal definiu o tema inicialmente em outubro de 1998, quando o analisou na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232/DF, que restou assim ementada:

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

Nessa ação, proposta pelo Procurador-Geral da República, argumentava-se que a disposição da norma legal limitava e restringia indevidamente o direito constitucional ao benefício assistencial.

Ao analisar a questão, este entendimento restou afastado por nossa Suprema Corte. Esta, na ocasião, não deixou dúvidas ao estabelecer que o único e exclusivo critério para aferição da miserabilidade para fins do benefício assistencial era aquele traçado pelo art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993, que atendia aos ditames do Texto Constitucional.

O Ministro Ilmar Galvão, em seu voto, até que tentou traçar o entendimento de que a regra de mensuração da miserabilidade trazida pela Lei nº 8.742 não era absoluta, permitindo-se ao intérprete flexibilizá-la diante do caso concreto. Nesse sentido observou:

O § 3º do art. 20 da Lei Federal nº 8.742, de 1993, nada mais estava fazendo, senão instituindo típica *presunção juris et de jures*, ou seja, *dispensando de qualquer*

dia de até US\$ 1,25 dólares, e pobreza até US\$ 2,00 dólares (Disponível em: <<http://data.worldbank.org/contry/brasil>>. Acesso em: 16 jun. 2013).

No mesmo caminho definiu a ONU no projeto “Objetivos do Milênio” como situação de extrema pobreza aqueles cuja renda seja inferior a 1 dólar.

No Brasil, o Governo Federal estipulou que o indivíduo com menos de R\$ 70 (*per capita*) mensais está em extrema pobreza. São justamente estes indivíduos que estão no foco de projetos sociais do Plano Brasil sem Miséria criado em 2011.

Sobre o tema veja a notícia publicada pela Agência Brasil em março de 2013: Disponível em: <<http://agenciabrasil.etc.com.br/noticia/2013-03-07/governo-700-mil-familias-que-vivem-na-miseria-ainda-estao-fora-dos-programas-sociais>>.

comprovação, no específico caso considerado – continuando os demais casos –, submetidos a regra geral de comprovação –, no que não extrapolou a outorga que lhe foi conferida pelo texto constitucional.

No entanto, este entendimento foi rechaçado pelo voto dos demais Ministros, como concluiu o Ministro Nelson Jobim:

Sr. Presidente, data vênua do eminente Relator, compete a lei dispor a forma da comprovação. Se a legislação resolver criar outros mecanismos de comprovação, é problema da própria lei. O gozo do benefício depende de comprovar na forma da lei, e esta entendeu de comprovar dessa forma. Portanto não há interpretação conforme possível porque, mesmo que se interprete assim, não se trata de autonomia de direito algum, pois depende da existência da lei, da definição.

Tanto isto é verdade que, mesmo sendo várias vezes instado a se manifestar sobre a questão, o STF reiterou o entendimento de que o critério de aferição da miserabilidade estatuído pela Lei nº 8.743/1993 era o único e exclusivo para definir o que seja miserável⁷.

⁷ Nesse sentido vide decisão proferida pela Ministra Ellen Graice ao julgar a Reclamação nº 2264: “Trata-se de reclamação ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS contra a decisão da 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que determinou o pagamento de benefício assistencial previsto pelo inciso V, do artigo 203 da CF, a necessitado com renda familiar mensal *per capita* superior a 1/4 do salário mínimo, por considerar inconstitucional o limite inscrito na Lei nº 8.742/1993. A autarquia reclamante aponta descumprimento do conteúdo decisório encerrado na ADIn 1.232 (redator para o acórdão Min. Nelson Jobim, Plenário, maioria, DJ de 01.06.2001). A liminar foi deferida (f. 102). Nas informações prestadas, a autoridade reclamada propugnou por uma interpretação conforme da regra inserida na Lei nº 8.742/1993 que autorize a utilização de outros critérios, pelo órgão julgador, na aferição do estado de incapacidade econômica ensejador da concessão do benefício. O Ministério Público Federal opinou pela improcedência da reclamação (parecer de f. 113/118). 2. Do exame destes autos verifico que a decisão impugnada adotou fundamentação contrária ao entendimento proclamado pela maioria do Plenário desta Casa por ocasião do julgamento da ADIn 1.232, consubstanciando afronta ao julgado apontado como paradigma. *Anoto que, naquela oportunidade, o Colegiado rejeitou a proposta de interpretação conforme então sugerida pelo relator, Ministro Ilmar Galvão, no sentido de que outros critérios pudessem ser utilizados para a verificação da condição de miserabilidade, além daquele inscrito no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993. Há precedentes: RCL 2.303, de minha relatoria, Plenário, maioria, DJ de 01.04.2005; RCL 2.733, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 07.12.2004; RCL 2.298, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 04.06.2004. 3. Ante o exposto, julgo procedente a reclamação, nos termos do art. 161, parágrafo único, do Regimento Interno do STF, de modo a cassar a decisão que concedeu o benefício previdenciário sem a observância do limite inscrito na Lei nº 8.742/1993. Publique-se. Brasília, 9 de maio de 2005. Ministra Ellen Gracie Relatora”.*

No entanto, ante a divergência de interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais e Turmas Recursais que incisivamente continuaram mantendo o entendimento de que “o critério de aferição da renda mensal deve ser tido como um limite mínimo, um quantum considerado insatisfatório à subsistência da pessoa portadora de deficiência ou idosa, não impedindo, contudo, que o julgador faça uso de outros elementos probatórios, desde que aptos a comprovar a condição de miserabilidade da parte e sua família” (STJ, Recurso Especial nº 868.800/SP, Rel^a Min. Maria Thereza de Assis Moura), ou seja, admitia-se a comprovação da miserabilidade por outros meios, a questão novamente chegou ao Supremo Tribunal Federal, que, diante da nova composição da Corte, começou a repensar o tema. Nesse sentido observou o Ministro Gilmar Mendes quando do julgamento da Reclamação nº 4.374/RE, já em 2007:

Tenho observado, porém, que algumas decisões monocráticas recentes têm dado tratamento diferenciado ao tema.

Os Ministros *Celso de Mello*, *Carlos Britto* e *Ricardo Lewandowski* têm negado seguimento às reclamações ajuizadas pelo INSS com o fundamento de que esta via processual, como já assentado pela jurisprudência do Tribunal, não é adequada para se reexaminar o conjunto fático-probatório em que se baseou a decisão reclamada para atestar o estado de miserabilidade do indivíduo e conceder-lhe o benefício assistencial sem seguir os parâmetros do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993 (RCL 4.422/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 30.06.2006; RCL 4.133/RS, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 30.06.2006; RCL 4.366/PE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 01.06.2006).

O Ministro *Sepúlveda Pertence* tem enfatizado, quando em análise de decisões que concederam o benefício com base em legislação superveniente à Lei nº 8.742/1993, que as decisões reclamadas não têm declarado a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 dessa lei, mas dado interpretação a tal dispositivo em conjunto com a legislação posterior, a qual não foi objeto da

ADIn 1.232 (RCL 4.280/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30.06.2006).

Somem-se a estas as decisões do Ministro *Marco Aurélio*, que sempre deixou claro seu posicionamento no sentido da insuficiência dos critérios definidos pelo § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993 para fiel cumprimento do art. 203, inciso V, da Constituição (RCL 4.164/RS, Rel. Min. Marco Aurélio).

Em decisão mais recente (RCL 3.805/SP, DJ 18.10.2006), a Ministra *Cármen Lúcia* também posicionou-se sobre o assunto, em trechos dignos de nota, *verbis*:

[...]

O Tribunal parece caminhar no sentido de se admitir que o critério de 1/4 do salário mínimo pode ser conjugado com outros fatores indicativos do estado de miserabilidade do indivíduo e de sua família para concessão do benefício assistencial de que trata o art. 203, inciso V, da Constituição.

Diante disso, o tema foi posto novamente ao plenário da Corte, que, em 2008, reconhece sua repercussão geral nos Recursos Extraordinários nºs 567.985 e 580.964, e na Reclamação nº 4.374.

Finalmente em abril de 2013 o Plenário do STF julgou-as, declarando *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 3º art. 20 da Lei nº 8.742/1993. Como atestou a Corte Constitucional, o critério de miserabilidade apontado pela norma caracteriza-se por sua “insuficiência normativa” típica das declarações de inconstitucionalidade por omissão. Nesse sentido (Reclamação nº 4.374):

Assim, ao contrário de outras ordens jurídicas, que preferiram não estampar no texto constitucional promessas sociais mais ambiciosas, a *ordem constitucional brasileira protege a assistência social e, especificamente o benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição de 1988, como um verdadeiro direito fundamental exigível perante o Estado*. Esse direito ao benefício assistencial de um salário mínimo possui uma dimensão subjetiva, que o torna um típico direito público subjetivo de

caráter positivo, o qual impõe ao Estado obrigações de ordem normativa e fática. Trata-se, nesse sentido, de um *direito à prestação em face do Estado*, o qual fica obrigado a assegurar as condições normativas (edição de normas e conformação de órgãos e procedimentos) e fáticas (manutenção de um estado de coisas favorável, tais como recursos humanos e financeiros) necessárias à efetividade do direito fundamental.

[...]

Além de uma dimensão subjetiva, portanto, esse direito fundamental também possui uma complementar dimensão objetiva. Nessa dimensão objetiva, o direito fundamental à assistência social assume o importante papel de *norma constitucional vinculante* para o Estado, especificamente, para os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Ela assim impõe ao Legislador um *dever constitucional de legislar*, o qual deve ser cumprido de forma adequada, segundo os termos do comando normativo previsto no inciso V do art. 203 da Constituição. O não cumprimento total ou parcial desse dever constitucional de legislar gera, impreterivelmente, um *estado de proteção insuficiente do direito fundamental*. Destarte, como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um *postulado de proteção* (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma *proibição de proteção insuficiente* (*Untermassverbot*).

[...]

Tendo em vista o direito fundamental ao benefício assistencial previsto no inciso V do art. 203 da Constituição, parece sensato considerar a omissão legislativa parcial no tocante ao § 3º do art. 20 da LOAS. O próprio histórico da concessão judicial desse

benefício, tal como acima apresentado, demonstra cabalmente a insuficiência da LOAS em definir critérios para a efetividade desse direito fundamental. E, como já demonstrado, a omissão legislativa foi verificada pelo próprio Tribunal no julgamento da ADIn 1.232.

O fato é que, hoje, o Supremo Tribunal Federal, muito provavelmente, não tomaria a mesma decisão que foi proferida, em 1998, na ADIn 1.232. A jurisprudência atual supera, em diversos aspectos, os entendimentos naquela época adotados pelo Tribunal quanto ao tratamento da omissão inconstitucional. A Corte tem avançado substancialmente nos últimos anos, principalmente a partir do advento da Lei nº 9.868/1999, cujo art. 27 abre um leque extenso de possibilidades de soluções diferenciadas para os mais variados casos de omissão inconstitucional.

[...]

Ressalte-se, ainda, que recentemente o Supremo Tribunal Federal reviu sua antiga jurisprudência e passou a adotar o entendimento segundo o qual existe uma *fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão* (ADIn 875, 1987, 2727, 3243, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 29.04.2010). Na ocasião, o Tribunal reconheceu a omissão parcial quanto à regulamentação do art. 161, II, da Constituição, segundo o qual lei complementar deve estabelecer os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, com a finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos. A Corte então adotou *técnica diferenciada de decisão*, aplicando o art. 27 da Lei nº 9.868/1999, para declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único da Lei Complementar nº 62/1989 (Lei dos Fundos de Participação dos Estados), assegurando a sua aplicação até 31 de dezembro de 2012.

[...]

Nesse contexto de significativas mudanças econômico-sociais, as legislações em matéria de benefícios previdenciários e assistenciais trouxeram critérios econômicos mais generosos, aumentando para 1/2 do salário mínimo o valor padrão da renda familiar per capita. Por exemplo, citem-se os seguintes.

[...]

Portanto, os programas de assistência social no Brasil utilizam, atualmente, o valor de 1/2 salário mínimo como referencial econômico para a concessão dos respectivos benefícios. Tal fato representa, em primeiro lugar, um indicador bastante razoável de que o critério de 1/4 do salário mínimo utilizado pela LOAS está completamente defasado e mostra-se atualmente inadequado para aferir a miserabilidade das famílias que, de acordo com o art. 203, V, da Constituição, possuem o direito ao benefício assistencial. Em segundo lugar, constitui um fato revelador de que o próprio legislador vem reinterpretando o art. 203 da Constituição da República segundo parâmetros econômico-sociais distintos daqueles que serviram de base para a edição da LOAS no início da década de 1990. Esses são fatores que razoavelmente indicam que, ao longo dos vários anos desde a sua promulgação, o § 3º do art. 20 da LOAS passou por um processo de inconstitucionalização.

Portanto, além do já constatado estado de omissão inconstitucional, estado este que é originário em relação à edição da LOAS em 1993 (uma inconstitucionalidade originária, portanto), hoje se pode verificar também a inconstitucionalidade (superveniente) do próprio critério definido pelo § 3º do art. 20 da LOAS. Trata-se de uma inconstitucionalidade que é resultado de um processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados

como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).

Como já afirmado inicialmente, a Corte Suprema, apesar de declarar a inconstitucionalidade do critério, não o substitui, nem tampouco apontou critério substitutivo provisório até que ocorra a alteração legal (promovida pelos Poderes Executivo e Legislativo). Como também não rechaçou a possibilidade de que o critério de miserabilidade seja feito individualizadamente, por cada órgão jurisdicional, como fortemente fixou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, das Cortes Regionais e Turmas Recursais.

Por outro lado, reforça a necessidade de que a aferição da pobreza deva ser feita pelos Poderes Executivo e Legislativo ante a complexidade que envolve a questão. Ressaltando, no entanto, que essa modificação se concretize de “forma sistemática” para se evitar incongruências na concessão de benefícios previdenciários e assistenciais.

É justamente sobre esses dois pontos (complexidade da questão coletiva e sistematização da seguridade) que o presente trabalho busca refletir.

2 A DECISÃO DO STF E A FIXAÇÃO DA MISERABILIDADE - PARADOXO JUDICIAL

Como foi observado no tópico anterior, apesar do Supremo Tribunal Federal ter apontado a inconstitucionalidade do critério de 1/4 do salário-mínimo para fixação da miserabilidade, em momento algum apontou um substituto a este critério nem tampouco teceu qualquer comentário sobre a postura jurisprudencial de “fixação da miserabilidade diante do caso concreto”, ou seja, mesmo com a decisão continua sendo possível que cada órgão julgador fixe a miserabilidade subjetivamente.

Diante disso, a “variabilidade de critérios para a concessão do benefício assistencial”, como destacou o próprio Supremo Tribunal Federal continuará a existir, o que torna a presente decisão contraditória, além de abrir o seguinte precedente histórico: fixação individual de critério norteador de política pública social, política esta que tem como núcleo constitutivo a universalidade e a distributividade.

Para melhor demonstrar a afirmação *supra*, faz-se necessário algumas observações:

Ao apreciar o critério de miserabilidade trazido pela LOAS, o Supremo Tribunal Federal reconhece e destaca a incompetência funcional e jurídica do Poder Judiciário para delimitação do que seja miserabilidade ante a complexidade da questão. O Ministro Gilmar Mendes ressalta isso em seu voto:

É certo que não cabe ao Supremo Tribunal Federal avaliar a conveniência política e econômica de valores que podem ou devem servir de base para a aferição de pobreza. Tais valores devem ser o resultado de complexas equações econômico-financeiras que levem em conta, sobretudo, seus reflexos orçamentários e macroeconômico e que, por isso, devem ficar a cargo dos setores competentes dos Poderes Executivo e Legislativo na implementação das políticas de assistencialismo definidas na Constituição.

No entanto, a partir do momento em que conclui pela inconstitucionalidade legal do critério e não o substitui por nenhum outro, nem tampouco rechaça a possibilidade de que essa aferição seja feita individualmente por cada órgão jurisdicional à luz do cada caso concreto, o STF mantém o *status quo* anterior a esta decisão, chancelando a variedade de critérios judiciais de fixação de miserabilidade.

Veja que a fixação judicial de aferição da miserabilidade de forma casuística e variada foi lembrada pelo Ministro Relator em seu voto:

Mas as reiteradas decisões do STF não foram suficientes para coibir as decisões das instâncias inferiores na solução dos casos concretos. A inventividade hermenêutica passou a ficar cada vez mais apurada, tendo em vista a necessidade de se escapar dos comandos impostos pela jurisprudência do STF. *A diversidade e a complexidade dos casos levaram a uma variedade de critérios para concessão do benefício assistencial, tais como os descritos a seguir:*

- a) O benefício previdenciário de valor mínimo, ou outro benefício assistencial percebido por idoso, é excluído da composição da renda familiar (Súmula nº 20 das Turmas Recursais de Santa Catarina e Precedentes da Turma Regional de Uniformização);

- b) Indivíduos maiores de 21 (vinte e um) anos são excluídos do grupo familiar para o cálculo da renda *per capita*;
- c) O benefício assistencial percebido por qualquer outro membro da família não é considerado para fins da apuração da renda familiar;
- d) Consideram-se componentes do grupo familiar, para fins de cálculo da renda *per capita*, apenas os que estão arrolados expressamente no art. 16 da Lei nº 8.213/1991;
- e) Os gastos inerentes à condição do beneficiário (remédios etc.) são excluídos do cálculo da renda familiar.

Assim, ao afastar a regra legal sem supri-la com outro critério aditivo, o STF acabou por admitir que até que seja elaborado novo critério legal a fixação da miserabilidade será individual e judicial, pois será elaborada segundo critério subjetivos feitos por cada órgão jurisdicional diante do caso concreto. E mais do que isso, permitirá também que cada órgão jurisdicional continue, mesmo após uma futura legislação substitutiva, fixando a “miserabilidade” individualmente (diante do caso concreto), bastando que argumente que o novo critério não atenda à situação concreta, como reiteradamente fez a jurisprudência por todos esses anos.

Como isso, além de concretizar aquilo que repeliu (fixação pelo Poder Judiciário da aferição da pobreza), chancela a possibilidade de que critérios de fixação de políticas públicas sociais sejam definidos individualmente, sem atentar para o caráter universalizante que compõe o reconhecimento de tais direitos.

Tendo em vista que a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio de ações individuais (recursos extraordinários e reclamações), e se o fundamento de tais decisões era justamente a possibilidade de que o órgão julgador poderia fixar a miserabilidade à luz do caso concreto, tornava-se imprescindível que o STF analisasse a possibilidade de alteração e fixação judicial de critério definidor de política pública em ações individuais.

Ada Pellegrini Grinover, ao admitir que o Poder Judiciário interfira em políticas públicas, destaca, à luz do princípio da razoabilidade, a necessidade de conformidade ou da adequação dos meios para com os fins.

Ora, o mesmo juízo de razoabilidade (proporcionalidade) que levou o reconhecimento pelo STF da superação do critério de miserabilidade fixado pela LOAS, exigia também que a Corte abordasse a adequação entre o meio (ação individual) e o fim (declaração de inconstitucionalidade do critério de miserabilidade do benefício de prestação continuada), justamente porque no debate posto sobre o tema a jurisprudência se consolidou atestando a viabilidade de fixação individual do critério.

Como é cediço, sendo a política pública assistencial de indisfarçável caráter social, não resta dúvida de que a energia que a move é a redistribuição, bem como que seu destinatário é o ser humano concreto, ou seja, todos aqueles que se encontram na mesma situação.

Consequentemente, não há como deixar de reconhecer que os elementos constitutivos de qualquer política social são a generalidade e a universalidade, visto que não há como se pensar em redistribuição social sem uma visão do todo. *Mutatis mutanti*, juízo individual atinge de morte o núcleo dos direitos sociais e o norte de qualquer política pública em sentido geral, quebrando justamente o aspecto universalizante e geral.

Habacuque Wellington Sodré apresenta as seguintes características definidoras das políticas públicas sociais (2011, p. 6):

Portanto, observa-se que as características centrais das políticas públicas sociais são: (1) análise dos custos e dos benefícios dos meios de efetivação dos direitos sociais, ou seja, dos mecanismos de intervenção do Estado; (2) *a universalização dos benefícios concedidos, isto é, os indivíduos em iguais condições fazem jus a igual benefício, o que configura o ideal de justiça distributiva, implicando na atuação do Estado frente à globalidade daqueles que preenchem os requisitos previstos em lei e na regulação da política pública*; (3) os custos devem ser suportados por toda sociedade; (4) implicam uma atuação ou prestação por parte do Estado, por meio da colocação de serviços públicos eficientes à disposição dos administrados; e, por fim; (5) os direitos sociais têm como destinatários o

ser humano em sentido concreto, do que resulta que o ser humano só sujeito enquanto parte de um grupo, a saber, como doente, criança, idoso, trabalhador, adulto, homem, mulher, pobre, rico, buscando-se com isso garantir o ideal de igualdade substancial e não apenas a igualdade formal presente nas declarações de direitos oitocentistas. (destaquei)

Dessa forma, a partir do momento que o STF reconhece a ausência de razoabilidade da fixação do critério de miserabilidade fixado pela LOAS, declarando-o inconstitucional, deveria também analisar se há “razoabilidade” dos meios empregados (ações individuais) para o reconhecimento de “outros critérios para aferição da miserabilidade” (como reiteradamente tem feito a jurisprudência dos demais Tribunais).

Não fazendo, a Corte Suprema acabou por perpetuar uma contradição: ao mesmo tempo em que deixa a possibilidade de que a aferição de miserabilidade continua sendo feita individualmente à luz do caso concreto, atesta que

tais valores devem ser o resultado de complexas equações econômico-financeiras que levem em conta, sobretudo, seus reflexos orçamentários e macroeconômicos e que, por isso, devem ficar a cargo dos setores competentes dos Poderes Executivo e Legislativo na implementação das políticas de assistencialismo definidas na Constituição o Poder Judiciário.

Contradição esta que não pode ser afastada ante a incompatibilidade entre a tutela individual e a natureza coletiva dos direitos sociais.

Ninguém diverge de que o direito social se caracteriza pela titularidade coletiva e pela busca da concretização da isonomia material. Como aponta Osvaldo Canela Junior (2009, p. 114),

os direitos fundamentais sociais foram concebidos para garantir a igualdade substancial de todos os membros da sociedade. O objetivo da satisfação dos bens da vida protegidos pelos direitos fundamentais sociais é o fornecimento de oportunidades iguais de desenvolvimento a todos os integrantes da sociedade. Logo, estes bens da vida devem ser disponibilizados indistintamente, sem quaisquer privilégios particulares.

Dessa forma, há que se concluir que toda sistemática que alimenta os direitos sociais gravita sob duas regras básicas: 1. O direito de todos sobre bens coletivos; 2. A busca pela isonomia material.

A concretização/aplicação dos direitos sociais por ações individuais se contrapõe a essas duas ordens, seja porque os processos individuais são construídos para dirimir conflitos singulares, com escopo da concretização da justiça comutativa⁸, seja porque, sendo genuinamente um direito coletivo, sua definição se faz pela própria coletividade a qual está inserido. Agrega-se a isto, também, o fato de que, como a perspectiva analisada é individual, resta inviabilizada qualquer tentativa de se alcançar um tratamento desigual entre os desiguais (norte da isonomia material), visto que essa compatibilização pressupõe a compreensão da realidade coletiva (ignorado nas ações individuais)⁹.

Daí a necessidade de se observar que tais direitos não devem ser visto e apontados como “direitos subjetivos” de forma isolada e sem contextualização:

⁸ Como lembra José Reinaldo da Lima Lopes (2006, p. 199), o processo judicial tradicional caracteriza-se como instrumento hábil para dirimir conflitos de direitos individuais (divisíveis) entre partes identificadas ou identificáveis (estrutura bipolar), reportando-se a fatos passados (natureza retrospectiva). Por seu turno, os direitos sociais envolvem necessariamente direitos coletivos (bem comuns), com destaque ao caráter plurilateral do conflito (justiça distributiva) e reportando-se a fatos futuros (impingindo a realização de serviços públicos com intuito de relocação da riqueza). Como todo o sistema foi estruturado dentro da idéia do processo judicial tradicional (operacionalizado para realizar justiça comutativa), o mencionado autor destaca seis pontos que denomina “limites do Judiciário” para analisar questão envolvendo direitos sociais dentro do processo tradicional. São eles: 1. Os limites da coisa julgada; 2. Legitimação política para decidir; 3. O processo contraditório bilateral; 4. A inércia institucional; 5. O precedente, a tradição e a cultura jurídica; e 6. O aparelhamento insuficiente.

⁹ Já tivemos oportunidade de escrever (2012) o seguinte sobre a quebra da isonomia envolvendo a fixação judicial individual da miserabilidade: na discussão envolvendo a aferição da miserabilidade para fins de obtenção do benefício assistencial de prestação continuada, inclina-se majoritariamente a jurisprudência para pugnar pela definição da miserabilidade à luz do caso concreto. Justamente por isso, o grau de subjetividade impregna essa definição, levando a contradições inafastáveis quando analisado o coletivo: vide Proc. 200.61.20.007278-5 (TRF 3ª Região), em que o benefício foi deferido sendo o núcleo familiar de três pessoas e a renda do grupo de R\$ 1.642,68; ao passo que no Proc. 2000.03.99.070194-1 (TRF 3ª Região), com o mesmo núcleo familiar e renda abaixo da metade daquela (R\$ 760,00), o benefício foi indeferido. Frisa-se que a divergência de resultados ocorreu ante a diversidade de critérios utilizados pelos julgadores, uma vez que a situação concreta de miserabilidade retratada nos dois casos apontava em sentido radicalmente contrário ao desfecho concretizado nas ações.

os direitos sociais só podem ser apontados como “direitos subjetivos” quando a perspectiva coletiva prévia assim o tenha definido¹⁰.

A problematização do tema tratado pelo Supremo (análise da miserabilidade) retrata bem a impropriedade da proteção coletiva com a perspectiva da ação individual, veja:

O cerne para a ampliação da definição da miserabilidade pela jurisprudência dos Tribunais se dá justamente na necessidade de melhor proteger os miseráveis, permitindo, assim, que um maior número de pessoas efetivamente consigam a proteção do sistema assistencial.

Analisando sob a perspectiva individual, o raciocínio não merece censura. No entanto, quando a questão é abordada sob a perspectiva da coletividade, os contornos dessa maior proteção se mostra questionável.

Exemplificando: se empregado for o raciocínio desenvolvido pela jurisdição ativista, estima-se que o aporte orçamentário do benefício assistencial de 0,5% do PIB, e que hoje atinge menos que 4 milhões de pessoas¹¹, passará a comprometer o orçamento no aporte de 1,5% do PIB (mais do que o dobro do programa assistencial “bolsa-família”).

Pelo viés individual, não há dúvidas de que a interpretação dada pelo Poder Judiciário vai efetivamente proteger novos miseráveis que, pela regra legal, estariam de fora. No entanto, se agregado for a esta análise também o viés coletivo, esse raciocínio não se mostra tão evidente assim, pois se deixa o foco individual e parte para análise macro, da proteção assistencial social como um todo, integrando novos argumentos, inclusive no que diz respeito à interação entre as diversas políticas públicas de proteção à miserabilidade: concomitante com o benefício de prestação continuada, a assistência social trabalha também

¹⁰ Para a delimitação de um direito individual social, faz-se necessário a conjunção do binômio direito subjetivo – bem comum. Como consequência, “ninguém pode operar distribuições sem considerar o conjunto inteiro dos possíveis candidatos à fruição do benefício que será distribuído. Ao menos, ninguém pode fazê-lo sem que se perca a racionalidade da operação distributiva, ou sem que se obtenham resultados finais indesejados sob o ponto de vista da racionalidade que se quis aplicar” (Veríssimo, p. 112). Até porque só se pode dizer o que pode ou deve ser apropriado (direitos subjetivo) quando se tem a exata compreensão do que se tem (bem comum).

Nas ações individuais, como o foco da questão é apresentada apenas e tão somente sob a perspectiva subjetiva, inexistente qualquer análise do aspecto objetivo (interesse da coletividade). O bem da vida buscado e delineado nas ações individuais é o bem particular (direito subjetivo) e não o bem comum. Consequência: define-se um direito plurilateral pela perspectiva individual.

¹¹ Segundo dados do IPEA, até 2011 o número total de beneficiários era de 3.863.503.

com outro instrumento de proteção social que é o bolsa-família (por exemplo), e que tem sido destacado como um dos principais instrumentos de combate à miséria brasileira¹².

Apenas para apontar a complexidade da análise quando abordado pelo viés coletivo, cumpre destacar que, em termos financeiros, o bolsa-família compreende hoje 0,6% do PIB, e protege quase 14 milhões de famílias¹³.

Ora, se analisado sob a ótica coletiva, principalmente comparando a coletividade protegida pelos dois sistemas, o gasto orçamentário, e a própria eficácia dos dois mecanismos de proteção da assistencial social, verifica-se que a resposta apresentada pelo Poder Judiciário nas ações individuais envolvendo os benefícios assistenciais de prestação continuada não consegue analisar qual realmente é a melhor efetivação dos valores protegidos pela assistência social, e de qual seria o melhor para a coletividade (uma ampliação do sistema do benefício de prestação continuada, sobrepondo ao gasto financeiro do bolsa-família é mais eficaz para se combater a miserabilidade da sociedade brasileira? O aparato financeiro que será dispensado com a flexibilização do conceito de miserabilidade para o benefício assistencial, ainda que só judicialmente, está justificado e se mostra mais legítimo com a política assistencial pública?¹⁴).

Diante desse contexto, faz-se necessário concluir que a análise judicial é fragmentada, restringindo-se ao caso concreto, sendo afastada a perspectiva de que direitos sociais exigem (re)construção, reforma social, especificamente justiça social.

É por isso que se fazia necessário que, mais do que apontar a inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993, o Supremo Tribunal analisasse a razoabilidade na possibilidade e permanência da fixação

¹² Segundo relatório das Organizações das Nações Unidas, o programa assistencial bolsa família tem merecido destaque dentre os programas mundiais de combate e enfrentamento da miséria em razão de seus resultados (Disponível em: <<http://www.onu.org.br/desigualdades-na-area-da-saude-persistem-no-brasil-aponta-organizacao-mundial-da-saude>>. Acesso em> 10 out. 2012).

¹³ Segundo relatório divulgado no site do Ministério do Desenvolvimento Social, "O Programa Bolsa Família (PBF) beneficiou, no mês de setembro de 2012, 13.724.590 famílias, que receberam benefícios com valor médio de R\$ 136,62. O valor total transferido pelo governo federal em benefícios às famílias atendidas alcançou R\$ 1.875.032.856 no mês (Disponível em: <<http://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/RIV3/geral/relatorio.php#>>).

¹⁴ O caso em testilha deixa bem claro que, além de não resolver a desigualdade buscada pelos direitos sociais, ela também pode interferir de forma concreta em toda a política pública definida e trabalhada da coletividade.

da miserabilidade por critérios variados feitos em ações individuais como consolidou a jurisprudência dos demais Tribunais.

3 A COERÊNCIA DO SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL E A CONSTITUIÇÃO

À luz da definição constitucional (art. 194), pode-se concluir que o ordenamento jurídico brasileiro de seguridade social compreende três subsistemas: previdência, assistência e saúde.

O subsistema de assistência social preocupa-se com o hipossuficiente, ou seja, aquele que se encontra impedido de integrar o mercado de trabalho e, conseqüentemente, não apresenta condições mínimas para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por seus familiares (situações atuais de necessidade/indigência).

Dessa forma, o sistema assistencial é um típico instrumento a tutelar uma situação de penúria ou necessidade, ou seja, indigência. Esta indigência pode ser consequência específica ou conjunta de duas classes de causas: 1. *Causa individual*: decorrente da existência de limitações físicas ou intelectuais inerentes ao indivíduo, de caráter permanente ou temporal; 2. *Causa social*: decorrente de desequilíbrio próprio de toda a coletividade – destruição bélica, depressão econômica, discriminações raciais, etc.

Justamente para afastar este estado de penúria, o homem, ao longo do seu desenvolvimento, criou gradativamente formas para tutelar essas situações ruinsas, que são: a assistência prestada pela família (*assistência familiar* – nisto se retira o próprio dever de alimentos entre seus membros), por grupos ou pessoal de forma espontânea e circunstancial (*assistência particular* – nada mais é do que a caridade feita pelo particular) e, por fim, pelo próprio Estado (*assistência pública/social*).

Conclui-se, assim, que a assistência compõe-se de três espécies: assistência familiar, assistência particular e assistência pública.

O princípio da subsidiariedade no campo assistencial vem justamente ressaltar e hierarquizar a atuação dessas várias espécies de assistência. A atuação do sistema assistencial mais complexo (estatal) só ocorrerá quando os menores (família e privado) não se mostrarem aptos o suficiente. Por esse motivo é que se pode afirmar que a assistência social pública é *duplamente subsidiária*, ou seja, é subsidiária em relação aos outros subsistemas de seguridade (previdência e

saúde) e também em relação à assistência privada (ausência do auxílio familiar e particular).

Nesse sentido ressalta Zélia Luiz Pierdoná (2008, p. 241):

A segunda face divide-se em previdência social e assistência social, sendo que esta é subsidiária daquela, ou seja, teremos assistência apenas quando o indivíduo não está protegido pela previdência, a qual, em sua essência, visa à garantia de recursos ao trabalhador e seus dependentes quando da ausência de capacidade laboral. Já a assistência objetiva a proteção aos necessitados, ou seja, os que não são nem segurados nem dependentes da previdência e, além disso, não possuem a proteção familiar (assistência privada).

O viés subsidiário do sistema assistencial em relação à previdência vem expressamente apontado pelo constituinte que define como fundamento da ordem social o primado do trabalho: se o que move a ordem social é o trabalho, e se os titulares da proteção previdenciária são os trabalhadores, só haverá assistência àqueles que não consigam trabalhar ou prover a sua própria subsistência. Até porque a lógica de proteção social é a autoproteção.

No mesmo diapasão, reforça este mesmo constituinte ao estabelecer que o benefício assistencial de prestação continuada só será devido àqueles “que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou *de tê-la provido por sua família*” (art. 203, inciso V, da CF – grifo nosso).

Pode-se, portanto, afirmar que qualquer sistema de assistência social público será necessariamente subsidiário, por ser imprescindível a ausência da proteção individual. Por consequência, as ações estatais não excluem as demais (família e sociedade); ao revés, as primeiras devem ser vistas como mecanismo subsidiário de complementação e substituição, que só virá à tona se os demais subsistemas se mostrarem inábeis.

Diante disso, tem-se que concluir necessariamente que qualquer política pública assistencial ou de seguridade social como um todo deva estar atrelada à subsidiariedade do sistema delineado constitucionalmente.

Pois bem. Se a assistência social deve ser subsidiária à Previdência, não se pode admitir qualquer política pública que estimule a assistência social em detrimento da previdência, sob pena de quebra do eixo subsidiário que constitui

a seguridade e, mais, a próprio princípio motor que liga toda a ordem social, qual seja, o primado do trabalho.

A necessidade de que o sistema seja “consistente e coerente” é destacada pelo próprio Ministro Gilmar Mendes, ao abordar especificamente a regra estabelecida no art. 34 do Estatuto do Idoso¹⁵.

No entanto, a pretexto de reiterar a necessidade de tratamento da matéria “de forma sistemática”, apontando a necessidade de alteração legislativa, ao concluir pela inconstitucionalidade do critério de 1/4 para fixação da miserabilidade, acaba por potencializar essa incoerência.

Assim veja:

Todo o sistema de previdência social está calcado na ideia de seguro social: protege-se o trabalhador com a concessão de um benefício que substitui seu salário.

Se previdência é substituição de remuneração e se coloca de forma sobreposta ao sistema assistencial, uma primeira conclusão deve ser feita: não há como equiparar o montante recebido pelo trabalhador com aquele auferido pelo beneficiário da política assistencial. Qualquer equiparação nesse sentido atinge de morte a ideia de subsidiariedade desses sistemas.

Pois bem. A Constituição insere em seu núcleo ideológico a busca pela erradicação da pobreza e da marginalização, promovendo sempre o bem de todos (art. 3º, incisos III e IV). Em outro viés, reconhece como direito social a todo cidadão a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência ao desamparado, na forma desta Constituição (art. 6º).

¹⁵ Ao abordar o art. 34 do Estatuto do Idoso, observa o Ministro Gilmar Mendes:

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

Em consequência, o sistema acaba por desestimular a contribuição à previdência social, gerando ainda mais informalidade, o que atesta a sua incongruência. Pessoas com idade superior a 50 anos, com baixa qualificação e reduzidas chances no mercado de trabalho são candidatas a receber benefícios assistenciais. Portanto, parece ser bastante racional não contribuir para a previdência, nessas condições, até porque o custo das contribuições para o trabalhador é elevado.” (p. 37)

Pergunta-se: Será que esse raciocínio não reforça a ideia sem sentido contrário: devemos restringir o benefício assistencial justamente para não tornar o sistema ainda mais incompatível?

Ora, ante o apresentado pelo art. 6º, pode-se concluir que este dispositivo exerce a função básica de explicitar o conteúdo dos direitos sociais.

Justamente em razão deste emaranhado de direitos e seguindo a orientação traçada na parte final do art. 6º, o Texto Maior, no art. 7º, inciso IV, estabelece que *ao trabalhador será assegurado um salário cujo valor mínimo deva “atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família”* e, como necessidades vitais básicas define o próprio constituinte aquelas despesas necessárias “com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”.

Percebe-se a vinculação estabelecida pelo Constituinte entre o salário-mínimo com os benefícios pecuniários previdenciários e assistenciais. Nesse contexto, colocam-se os arts. 201, § 5º, e 203, inciso V, da Constituição Federal.

Consequentemente, se o salário-mínimo busca satisfazer “as necessidades vitais” do trabalhador e da sua família, uma conclusão pode ser extraída: a mensuração de miserabilidade deverá necessariamente estar abaixo desse mínimo, visto que esta quantia se destina a prover não só a vida do próprio trabalhador, *mas também a dos membros de sua família*.

A Constituição Federal entrelaça o salário-mínimo para delimitação não só do sistema previdenciário, mas também do sistema assistencial, de caráter constitucionalmente subsidiário, ao mesmo tempo em que aponta a extensão jurídica de proteção do salário-mínimo não só para a vida do próprio trabalhador, mas também para a satisfação das necessidades de “sua família”, necessariamente exige e exigirá que qualquer legislação que defina uma política pública de assistência social seja fixada bem *a quem* do salário-mínimo, sob pena de afastar a “consistência” e a “coerência” do sistema, como destacou o Ministro Gilmar Mendes.

A regra trazida pelo Estatuto do Idoso (art. 34) em 2004 caminhou para essa incongruência, ao admitir a exclusão, para aferição da miserabilidade, de outro benefício assistencial recebido, visto que, em via transversa, relativizou o critério de miserabilidade e, pior, quebrou o caráter subsidiário do sistema assistencial, dando tratamento privilegiado em detrimento daquele que efetivamente trabalhou e contribuiu (já que o trabalhador que estava aposentado tinha seu benefício considerado para fins de apuração *per capita* da miserabilidade).

Essa “incoerência” do sistema se amplifica com a decisão do STF que declara a inconstitucionalidade do critério de miserabilidade, impulsionando a

majoração do valor e subjetivando o critério de constatação a ponto de equiparar trabalhador protegido pela previdência com benefício da assistência social.

Pergunta-se: Partindo do dado da realidade que a grande massa de protegidos pelo sistema previdenciário recebe benefício de valor próximo do mínimo legal¹⁶, por qual razão um trabalhador de meia-idade irá contribuir para o sistema previdenciário se, ao completar 65 anos (mesma idade para a aposentadoria), poderá postular e obter um benefício assistencial? Qual o estímulo que há para os trabalhadores saírem da informalidade ante a uma política assistencial que quase se equipara com a política previdenciária de proteção básica?¹⁷

Daí porque a incoerência na decisão que afasta o critério legal de miserabilidade ao mesmo tempo que determina a atenção do legislador para a coerência do sistema como um todo.

Pois bem. Se realmente pelos argumentos expostos pelo Supremo Tribunal Federal se constata que a miserabilidade não está sendo tutelada com a efetividade exigida pelo sistema constitucional, onde estará então o problema da insuficiência de proteção assistencial?

O problema não está no critério nem tampouco no índice empregado pela Lei nº 8.742/1993, mas na referência apontada constitucionalmente (salário-mínimo) para definir essa proteção.

O ponto nevrálgico é o valor do salário-mínimo, que não consegue alcançar e efetivar os direitos com os quais está vinculado constitucionalmente. Tanto que, se dado for ao salário-mínimo o valor que realmente ele seria correto, a discussão do critério de miserabilidade mostraria inócua e sem sentido, veja:

Segundo o Dieese (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos), o salário-mínimo no mês de maio deveria ser fixado no valor de R\$ 2.876,36¹⁸ para ser compatível com os fins a que se destina. Pergunta-se:

¹⁶ O valor médio dos benefícios ativos em dezembro de 2011 foi de R\$ 800,95 (Anuário Estatístico da Previdência Social - Ano 2011. Disponível em: <http://www.mpas.gov.br/arquivos/office/1_121023-162858-947.pdf>).

¹⁷ Segundo o censo demográfico feito pelo IBGE em 2010, 23,22 milhões de trabalhadores estavam fora da proteção do sistema previdenciário apesar de exercerem atividade laboral. Destes 13,25 milhões ganham menos ou igual a um salário mínimo por mês (Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/20_120731-134253-978.pdf>).

¹⁸ Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>>. Acesso em: 16 jun. 2013.

Partindo-se desse valor, quem contestaria a afirmação de que miserável estaria muito bem definido como sendo aquele que possui renda inferior a R\$ 719,09 (1/4 do valor fixado pelo Dieese)?

Assim, a flexibilização dada pela Suprema Corte ao critério de miserabilidade, na verdade, a pretexto de galgar uma potencialização da proteção assistencial em favor dos idosos e deficientes, na verdade, acaba por reforçar a “inconsistência” e “incoerência” do sistema de seguridade social como um todo, potencializando a proteção assistencial em detrimento da proteção previdenciária.

Ora, para que haja a coerência e a consistência dos sistemas de previdência e assistência, necessariamente a “potencialização” dessa proteção exigiria a ampliação da assistência na mesma proporção da previdência, e isso só é possível com a alteração substancial do salário-mínimo, na medida em que esse é a referência constitucional não são para delimitação da política constitucional assistencial como também previdenciária.

Dessa forma, a equação que dá coerência ao sistema previdência-assistência foi definida pelo próprio constituinte ordinário, fórmula esta atrelada ao salário-mínimo. Qualquer investida em um dos sistemas de seguridade buscando uma ampliação de proteção necessariamente, para que seja efetiva e coerente, deverá partir da referência que a fundamenta (salário-mínimo). Qualquer raciocínio em sentido inverso é potencializar e reforçar a incoerência que já vem sendo perpetuada pela própria legislação, que ignora a ideia de unidade e organização que fundamenta qualquer sistema.

CONCLUSÕES

Ao julgar os Recursos Extraordinários nºs 580.963 e 567.985-3 e a Reclamação nº 4.374, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 3º art. 20 da Lei nº 8.742/1993, reconhecendo sua insuficiência normativa frente à realidade atual e impôs a revisão e alteração da política pública para melhor se adequar aos comandos constitucionais.

Mesmo reconhecendo a inconstitucionalidade do critério, a decisão não se colocou com “perfil aditivo”, apontando critério substitutivo ou fixando prazo de validade da norma inconstitucional até que outra fosse elaborada. Como destacou, o critério a ser fixado deverá ser feito pelos Poderes Executivo e Legislativo, a quem compete “avaliar a conveniência política e econômica de valores que

podem e devem servir de base para a aferição de pobreza”, observando “a matéria de forma sistemática”¹⁹.

Dispondo e reconhecendo o grau de complexidade para se aferir a pobreza, o Supremo Tribunal Federal mantém a possibilidade de que a mensuração da miserabilidade seja definida por critérios pessoais do julgador e diante do caso concreto, sem, contudo, analisar a razoabilidade e a própria universalidade e distributividade que lastreia qualquer juízo de política pública social. Não menos reforça a inconsistência e incoerência do sistema constitucional, uma vez que quebra a equação que rege constitucionalmente o sistema de seguridade social.

REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 10 out. 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Tese de Doutorado pela Faculdade de Direito da USP, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *As garantias do cidadão na justiça*. Org. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*. O processo – Estudos e pareceres. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais*. Teoria e prática. 1. ed. São Paulo: Método, 2006.

_____. Direitos subjetivos e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹⁹ Trechos extraídos do voto do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação nº 4347.

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

_____. Ativismo judicial e concretização dos direitos de seguridade social. In: FRANCISCO, José Carlos (Org.). *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

_____. O princípio da subsidiariedade na assistência social. *Revista EPD*, n. 5, p. 91-113, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O controle de constitucionalidade das leis na atualidade – Estudos em homenagem ao Professor Caio Tácio*. Org. Carlos Alberto Menezes Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PIERDONÁ, Zélia. A proteção social na Constituição de 1988. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, v. 1, p. 237-249, 2008.

RAMOS, Erival da Silva. Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional. Tese (provimento ao cargo de professor titular). São Paulo: Universidade de São Paulo – USP, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SODRÉ, Habacque Wellington. As contingências das demandas individuais frente à questão da universalização dos direitos sociais no contexto da judicialização da política. *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais, v. 200, p. 279, out. 2011.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988. Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo – USP, 2006.

