

# O Papel da Jurisdição Constitucional na Implementação das Políticas Públicas de Assistência Social. O Juízo de Adequação dos Critérios Legais do Benefício de Prestação Continuada — BPC pelo Supremo Tribunal Federal

**CAROLINA SCHERER BICCA**

Procuradora Federal, Mestranda em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público — IDP, Atualmente Exercendo o Cargo de Procuradora-Chefe do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada — Ipea.

DOI: 10.11117/22361766.37.01.04

**RESUMO:** O presente ensaio objetiva analisar em que medida o Supremo Tribunal Federal pode avançar na interpretação da Lei Orgânica da Assistência Social, tendo em vista os desígnios da política assistencial do Estado e a adoção de um Estado Democrático de Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Juízo de adequação; Lei Orgânica da Assistência Social; benefício de prestação continuada; jurisdição constitucional; Estado Democrático de Direito.

**ABSTRACT:** The present essay views to analyze how the Supreme Court can advance in the interpretation of Organic Law of Social Assistance according to the aims of the social welfare policy of the State and the option for a Democratic State of Law.

**KEYWORDS:** Constitutional Appreciation of Law; Organic Law of Social Assistance; benefit of continued assistance; constitutional jurisdiction; Democratic State of Law.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Da assistência social; 1.1 O significado da sua inserção na Constituição Federal de 1988; 1.2 A assistência social como elemento de integração social; 1.3 Os objetivos, os princípios e as diretrizes da assistência social; 1.4 Os responsáveis; 1.5 Os principais benefícios criados após a Constituição Federal de 1988; 1.5.1 O Benefício de Prestação Continuada — BPC; 1.5.2 O Programa Bolsa Família — PBF; 1.6 O impacto causado na sociedade brasileira em razão da inserção da assistência social na Constituição Federal de 1988 e em função das medidas adotadas pelo governo; 2 A principal controvérsia jurídica sobre o BPC; 3 A atuação esperada do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição face ao Estado Democrático de Direito; 4 Os parâmetros a serem observados pelo Supremo no reexame dos critérios legais de concessão do BPC; 4.1 Julgamento com base em dados objetivos e nas consequências sociais da decisão; 4.2 Impossibilidade de se julgar somente com base em princípios; 4.3 Decisões que analisam a adequação de dispositivos legais legislados em virtude de delegação do constituinte; 4.4 A análise da inconstitucionalidade superveniente; Conclusão; Referências.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por meta analisar em que medida o Supremo Tribunal Federal pode avançar na interpretação da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS<sup>1</sup>, em relação ao critério de renda definido pelo legislador para a concessão do Benefício de Prestação Continuada – BPC, tendo em vista os desígnios da política assistencial do Estado e a opção do poder constituinte por um Estado Democrático de Direito<sup>2</sup>, bem como avaliar as consequências de suas decisões.

Em um primeiro momento, faremos um breve estudo acerca do significado, para a sociedade brasileira, da inserção da assistência social na Constituição Federal de 1988 e das medidas então adotadas pelo Estado, para, a seguir, chamar a atenção para os resultados obtidos e o que deve ser melhorado nessa área. No intuito de aclarar os reais desígnios da assistência social, perpassaremos pelos seus objetivos, princípios, diretrizes, seus responsáveis e destinatários, bem como pelos principais benefícios assistenciais criados e os resultados obtidos com sua implementação.

Posteriormente, por ser um dos benefícios de maior importância no âmbito da assistência social, discorreremos sobre a principal controvérsia judicial existente acerca da legislação que regulamenta o BPC, qual seja, o critério de renda definido pelo legislador para efeito de obtenção de tal benefício, demonstrando como o Supremo Tribunal Federal vem decidindo sobre o assunto.

Em seguida, versaremos sobre a atuação esperada do Tribunal em face à opção por um Estado Democrático de Direito, discorrendo sobre as atitudes e os limites a serem observados pela Corte a fim de assegurar sua legitimidade democrática.

Por fim, trataremos dos parâmetros a serem observados pelo Supremo no reexame dos critérios legais de concessão do BPC, em razão das circunstâncias envolvidas, quais sejam, tratar-se do reexame de uma política pública, estar-se diante de um dispositivo legal criado em razão de delegação do constituinte, ter sido referido dispositivo declarado constitucional pelo Tribunal em momento anterior.

## 1 DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

### 1.1 O SIGNIFICADO DA SUA INSERÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A assistência social assumiu novos contornos depois de ser inserida, pelo constituinte de 1988, no âmbito da Seguridade Social. Com isso, o assistencialismo foi reconhecido como uma política pública, integrando, juntamente com as políticas de saúde e previdência, um sistema de proteção social.

---

1 Lei nº 8.742, de 1993.

2 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]” (Constituição Federal de 1988).

Assim, houve um alargamento dos direitos sociais e do campo da proteção social no País, com a expansão da responsabilidade pública no enfrentamento de problemas até então deixados sob responsabilidade da iniciativa privada.

O constituinte, atento à miséria e à desigualdade existentes em nosso País, reconheceu a assistência como um direito social, inserindo-a no bojo da Carta, passando a ser mais um dos direitos a serem providos pelo Estado de Bem-Estar Social, novo modelo de Estado, oriundo da Constituição Federal de 1988, que, embora não o tenha previsto expressamente, inseriu em seu corpo inúmeros direitos sociais que não deixam dúvida de sua adoção<sup>3</sup>.

Pode-se afirmar, ainda, que o reconhecimento do princípio da solidariedade no âmbito do Supremo Tribunal Federal<sup>4</sup>, pautado na ideia de um esforço público em financiar determinadas necessidades sociais, representou um fortalecimento à assistência social.

Diante dessa responsabilidade imputada ao Estado, a população necessitada passou a ter acesso a serviços e a uma renda considerada mínima, e os idosos e os deficientes a uma renda de solidariedade, concedida independentemente de contribuição.

## 1.2 A ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO ELEMENTO DE INTEGRAÇÃO SOCIAL

Àqueles contrários a qualquer tipo de assistencialismo pelo Estado, vale destacar a assertiva de Miguel Ragone de Mattos<sup>5</sup>, para quem o pensamento da desigualdade em decorrência do esforço pessoal se demonstra perverso, uma vez que, em nosso País, as condições de partida são extremamente diferenciadas.

Não é à toa que muitas das teorias sobre a igualdade invocam a igualdade de bem-estar para justificar por que pessoas com deficiências devem receber recursos do Estado em determinadas hipóteses, uma vez que a dificuldade que enfrentam em razão de sua fragilidade, aliada à pobreza em que vivem, torna mais custosa, por eles, a obtenção de êxito e satisfação<sup>6</sup>.

No Brasil, onde o número de pessoas carentes e o índice de desigualdade social são preocupantes, e onde as oportunidades são desiguais, a assistência social é necessária e justificável.

---

3 Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 71.

4 O Supremo, por ocasião do julgamento da ADIn 3.105, Relatora a Ministra Ellen Gracie (DJ 18.08.2004), registrou inexistir “norma de imunidade tributária absoluta”. A Corte afirmou que, após o advento da Emenda Constitucional nº 41/2003, os servidores públicos passariam a contribuir para a previdência social em “obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento” (grifamos).

5 RAGONE, Miguel. Políticas públicas de inclusão pelo consumo: uma análise dos custos e de sua justificativa. In: GICO JR., Ivo Teixeira; BORGES, Antônio de Moura (Coord.). *Intervenção do estado no domínio econômico – Temas atuais*. São Paulo: Lex; Aduaneiras, 2006. p. 457-500.

6 DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. A teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 70.

A par disso, lúcida a ressalva de Ivo Gico Teixeira Júnior<sup>7</sup>, segundo a qual, em que pese a essencialidade da assistência social, não podemos transformá-la em uma droga que vicia o cidadão, tendo em vista que é o trabalho que realmente confere dignidade ao homem.

Pertinente tal ressalva, principalmente diante de declarações como a do Presidente da Associação dos Deficientes Físicos de Mato Grosso, Mário Lúcio de Jesus<sup>8</sup>, em relação aos beneficiários deficientes do BPC, no sentido de que o deficiente fica receoso de adentrar no mercado de trabalho ao surgir uma oportunidade, pois ele pode perder o benefício.

Preocupação nesse sentido, ainda, ficou estampada na coluna publicada na *Correio Brasiliense*, no dia 09.11.2010, intitulada “Sem Porta de Saída”, a qual criticou que o problema não é entrar em programas de renda financiados pelo Estado, mas sim sair deles, pois o ideal é que as pessoas, com o passar do tempo, pudessem “caminhar com suas próprias pernas”, sendo que não é o que está acontecendo, tendo em vista a falta de investimentos em infraestrutura e geração de empregos<sup>9</sup>.

O foco da assistência social, portanto, deve ser o amparo aos necessitados, mas sempre visando a integrá-los à sociedade e ao mercado de trabalho, motivo pelo qual a prestação de serviços assistenciais e a atuação do Estado nas áreas de educação e emprego devem ocorrer paralelamente à concessão de benefícios de renda, propiciando aos indivíduos a possibilidade de conquistar sua independência financeira e moral do Estado.

### 1.3 Os OBJETIVOS, OS PRINCÍPIOS E AS DIRETRIZES DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

Os objetivos da assistência social foram previstos na Carta de 1988, aclarando-se os desígnios dessa nova política:

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;

---

7 TEIXEIRA, Ivo Gico. Liberdade no mundo moderno e o estado meio. Disponível em: <<http://209.85.165.104/search?q=cache:m0AQ3EYzfygJ:www.idp.org.br/download.php%3Farquivo%3Dw6r3uecvjin5.doc+%22ivo+gico%22+%22assist%C3%Aancia+social%22&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=1&gl=br>>. Acesso em: 26 set. 2007.

8 Disponível em: <<http://www.sinop.mt.gov.br/assecom/index.php?pg=noticia&codigo=961>>. Acesso em: 2 out. 2007.

9 Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6011:correio-brasiliense-df-sem-porta-de-saida&catid=159:clipping&Itemid=75](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=6011:correio-brasiliense-df-sem-porta-de-saida&catid=159:clipping&Itemid=75)>. Acesso em: 9 nov. 2010.

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 a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Identifica-se a intenção de equalizar o acesso às oportunidades, bem como de enfrentar as condições de destituição de direitos, riscos sociais e pobreza, por meio da concessão de benefícios.

Interessante notar que o constituinte criou um benefício e estipulou seu valor no próprio Texto Constitucional, deixando sua regulamentação para a legislação infraconstitucional.

Os princípios da assistência social também constaram na legislação (LOAS)<sup>10</sup>, sendo eles: supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica; universalização dos direitos sociais, a fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas; respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade; igualdade de direitos no acesso ao atendimento; divulgação ampla dos benefícios, dos recursos e dos critérios.

Sua previsão é importante para a compreensão do espírito da assistência social e para garantir-lhe maior legitimidade.

O legislador estabeleceu, também, as diretrizes da assistência social<sup>11</sup>, determinando os caminhos a serem observados pelos seus responsáveis, sendo elas: a descentralização político-administrativa para os Estados, Distrito Federal e Municípios; a participação da população na formulação e controle das políticas públicas; e a primazia da responsabilidade do Estado na condução da política de assistência social.

A observância de tais diretrizes é necessária para a condução eficiente de tal política e para o alcance dos resultados esperados.

#### **1.4 Os responsáveis**

O Estado é o principal responsável pela assistência social, a ser coordenada pela esfera federal e executada pelos Estados e Municípios.

As entidades privadas, representadas pelas entidades beneficentes, continuam exercendo uma grande contribuição nessa questão.

Além disso, o papel da família se destaca em relação às crianças, aos adolescentes e aos idosos, sendo a atenção doméstica considerada um espaço estratégico de proteção social e de cuidados.

---

10 Art. 4º da Lei nº 8.742, de 1993.

11 Art. 5º da Lei nº 8.742, de 1993.

A necessidade de atuação compartilhada se justifica em razão do alto custo a ser suportado pelo Estado para amenizar a miséria em nosso País<sup>12</sup>.

Para que tal política tenha o êxito esperado, todos devem cooperar, até porque os recursos públicos são limitados, havendo outros direitos, igualmente indispensáveis, a demandarem elevados custos<sup>13</sup>.

## 1.5 OS PRINCIPAIS BENEFÍCIOS CRIADOS APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Os benefícios assistenciais de maior relevo são o Benefício de Prestação Continuada – BPC e o Programa Bolsa Família – PBF, havendo uma clara distinção e complementaridade entre seus objetivos, nem sempre bem entendida pelo Poder Judiciário, como se demonstrará adiante.

### 1.5.1 O Benefício de Prestação Continuada – BPC

O BPC foi criado pelo próprio constituinte, alcançando *status* constitucional, nos termos do inciso V do art. 203 da Constituição Federal de 1988<sup>14</sup>.

O constituinte delegou ao legislador ordinário sua regulamentação, o que fora efetuado pela Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS (Lei nº 8.742, de 1993).

Trata-se de transferência mensal de um salário-mínimo, não condicionada a qualquer contrapartida, destinada a idosos ou deficientes cuja renda familiar *per capita* não ultrapasse 1/4 do salário-mínimo.

Grandes debates ocorrem acerca de tal benefício, muitos deles travados no âmbito do Fórum Nacional da Previdência Social<sup>15</sup>.

Contrariamente à sua concessão, argumenta-se que um benefício, concedido sem a necessidade de contribuição, gera um desestímulo à contribuição previdenciária, principalmente por parte de trabalhadores jovens e sem uma boa qualificação, que recebem salários próximos ao salário-mínimo. Defende-se, também, que, “dada a pressão sob os gastos públicos, nenhum benefício não contributivo deveria

---

12 Conforme estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea, o valor necessário para atender a todas as famílias pobres seria em torno de R\$ 20 bilhões ao ano. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6011:correio-brazilense-df-sem-porta-de-saida&catid=159:clipping&Itemid=75](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=6011:correio-brazilense-df-sem-porta-de-saida&catid=159:clipping&Itemid=75)>. Acesso em: 9 nov. 2010.

13 Nesse sentido, ver: HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

14 “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 a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”

15 Instituído em janeiro de 2007, pelo Decreto nº 6.019/2007.

ter o valor de um salário-mínimo”, de modo que este público deveria ser atendido pelo Bolsa Família<sup>16</sup>.

Por outro lado, argumenta-se favoravelmente à concessão de tal benefício às populações pobres, pois alinha o Brasil a outros países de maior nível de bem-estar, garantindo-se um patamar de proteção social aos segmentos vulneráveis.

Sustenta-se, ainda, que o BPC não substitui a política previdenciária, sendo que esta, diversamente, oferece cobertura a um conjunto amplo de riscos sociais, muitos deles operando durante a vida economicamente ativa dos trabalhadores.

Ademais, defende-se que as altas taxas de desfiliação previdenciária não são decorrência do BPC, mas sim das transformações do mundo de trabalho – em especial, a sua precarização e o desemprego.

Prega-se, ainda, que a natureza do BPC não se confunde com a função de complementação de renda do Bolsa Família. Ao contrário do BPC, o PBF não está associado à comprovação de limitação para participação no mercado de trabalho, mas apenas à ausência de uma renda mínima<sup>17</sup>.

Na seara jurídica, a concessão do BPC, principalmente em relação ao critério de renda, estipulado pelo legislador, para efeito de concessão de referido benefício, é bastante controvertida, porém, trataremos desse assunto no próximo capítulo.

Outro dado relevante a ser trazido diz respeito ao montante gasto pelo Estado com a concessão e manutenção de tal benefício.

No exercício de 2009, foram transferidos R\$ 8,7 bilhões a 1,6 milhões de pessoas portadoras de deficiência física e R\$ 8,2 bilhões a 1,5 milhão de idosos, totalizando, portanto, 16,9 bilhões gastos com todos os beneficiários<sup>18</sup>.

Pelo que se viu, referido benefício é bastante controvertido, evidenciando a necessidade de avaliação em relação a eventuais ajustes. Porém, devemos reconhecer sua importância no amparo aos deficientes e aos idosos pobres, pessoas as quais têm sua situação de vulnerabilidade potencializada, justificando a sua assistência pelo Estado.

### **1.5.2 O Programa Bolsa Família – PBF**

Um Programa assistencialista de destaque no Brasil é o Bolsa Família. Em 2003, o Governo brasileiro estabeleceu como objetivo prioritário o enfrentamento

---

16 JACCCOUD, Luciana; HADJAB, Patrícia Dario El-Moor; CHAIBUB, Juliana Rochet. Assistência social e segurança alimentar: entre novas trajetórias, velhas agendas e recentes desafios (1998-2008). Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps\\_17/volume01/07\\_capt04.pdf](http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_17/volume01/07_capt04.pdf)>. Acesso em: 5 dez. 2010. p. 205.

17 Idem, p. 206.

18 Relatório e parecer prévio sobre as contas do governo – Exercício 2009, elaborado pelo Tribunal de Contas da União. Disponível em: <[http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas\\_governo/contas\\_09/Textos/CG%202009%20Relatório.pdf](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/contas_09/Textos/CG%202009%20Relatório.pdf)>. Acesso em: 1º nov. 2010.

da fome e da miséria, sendo que, entre as medidas adotadas, a criação do PBF se destacou.

Embora tal auxílio de renda se integre à política assistencial, sendo operado por uma gestão própria e independente, sendo não contributivo e situado no âmbito da segurança de renda, e sua regulamentação não conflitando com os princípios constitucionais da Seguridade Social, não é reconhecido oficialmente como parte da Assistência Social, caracterizando-se mais como uma ajuda do Governo do que como um direito.

Alguns autores<sup>19</sup>, inclusive, sustentam que tal benefício não se identifica a um direito social, por não ter uma proteção institucionalmente garantida, não havendo na lei referência à garantia de acesso ao benefício ou a caracterização dele como direito<sup>20</sup>, tanto que nem todas as pessoas pobres são atendidas, pois nem todos os Municípios aderiram ao Programa, não ocorrendo a identificação da população pobre e seus cadastramentos e monitoramentos em tais localidades.

Não podendo ser elevado ao patamar de direito social, sendo apenas uma ajuda do Governo, dentro das ações de transferência de renda para reduzir a miséria no País, poderá o benefício, inclusive, ser extinto, não havendo lesão ao “princípio da proibição do retrocesso social”<sup>21</sup>.

Quanto aos seus objetivos, enquanto o seguro social e o BPC visam a evitar as situações de ausência de renda nos casos de impossibilidade do trabalho, o PBF visa a fazer frente às situações em que a pobreza já está instalada, mas atende predominantemente a segmentos ativos.

Outro diferencial do PBF são as condicionalidades<sup>22</sup> a que os beneficiários estão sujeitos relativamente às áreas da saúde, educação e assistência social, sob pena de indeferimento ou cancelamento do benefício<sup>23</sup>.

---

19 LAVINAS, L. Inclusão e progressividade: os desafios da seguridade social brasileira. In: TONELLI VAZ, F.; MUSSE, J.; SANTOS, R. F. (Org.). *20 anos de Constituição Cidadã: avaliação e desafios da seguridade social*. Brasília: ANFIP, 2008. p. 89-96.

20 Como o faz a Lei nº 10.835/2004 (renda básica de cidadania).

21 De acordo com Luís Roberto Barroso, “por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que, se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido” (BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 158). Na jurisprudência, a aplicação de tal princípio fora reconhecida na ADIn 1946, de Relatoria do Ministro Sidney Sanches.

22 O termo “condicionalidade” foi utilizado pela Lei (art. 1º da Lei nº 10.836, de 2004), e no dicionário significa: “1 Estado ou caráter do que é condicional. 2 Contingência”. (Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=condicionalidade>>. Acesso em: 17 nov. 2010.

23 Na área de saúde, as famílias devem vacinar e acompanhar o crescimento das crianças. As mulheres, se gestantes ou nutrízes (lactantes), devem realizar o pré-natal e o acompanhamento da sua saúde e do bebê. Na educação, as crianças e adolescentes devem estar matriculados e com frequência escolar mensal mínima. Na área da assistência social, crianças e adolescentes em risco ou retirados do trabalho infantil devem participar dos Serviços de Convivência e Fortalecimento de Vínculos (SCFV) e obter frequência mínima. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/bolsafamilia/condicionalidades>>. Acesso em: 9 nov. 2010.

O público-alvo do PBF são famílias extremamente pobres, independentemente da composição familiar, de exercer ou não uma atividade remunerada, de habitar área urbana ou rural, dado o reconhecimento da relevância e da legitimidade de garantir aporte de renda a todos aqueles que estejam abaixo de um patamar de renda considerado mínimo, sendo que a composição familiar influenciará apenas no valor do benefício<sup>24</sup>.

Cabe referir, ainda, que o Bolsa Família tem caráter temporário, devendo perdurar somente enquanto a família não alcançar o patamar de renda mínima, não gerando direito adquirido, devendo a elegibilidade das famílias para recebimento dele ser revista a cada dois anos<sup>25</sup>.

Em 2009, o Bolsa Família beneficiou 12,37 milhões de famílias, com um benefício médio mensal de R\$ 94,92. Os recursos financeiros repassados por tal Programa para pagamento de benefícios totalizaram R\$ 11,8 bilhões em 2009<sup>26</sup>.

Assim, em que pese o PBF não ser enquadrado como um direito social, ele faz parte da política assistencialista do Estado, sendo uma ajuda de governo importante para a redução da miséria e da desigualdade social no País.

## **1.6 O IMPACTO CAUSADO NA SOCIEDADE BRASILEIRA EM RAZÃO DA INSERÇÃO DA ASSISTÊNCIA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E EM FUNÇÃO DAS MEDIDAS ADOTADAS PELO GOVERNO**

Não há dúvida de que a assistência social assumiu novos contornos com a sua inclusão na Constituição Federal de 1988 e com as medidas implementadas pelo Governo, passando para uma nova fase.

O constituinte de 1988, preocupado com a miséria e com o alto índice de desigualdade social, reconheceu a assistência como um direito social.

Desde então, o Estado passou a assumir a responsabilidade por tal política pública e adotou medidas concretizadoras importantes, o que certamente contribuiu para a melhora das condições financeiras das pessoas e para a redução da desigualdade econômica e social de nosso País, conforme o quadro demonstrativo abaixo:

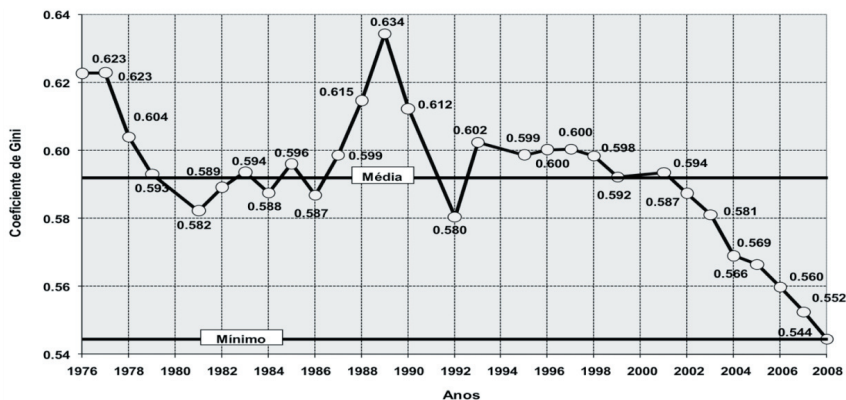
---

24 Assim, para as famílias com uma renda de até R\$ 70,00 (setenta reais), estipulou-se um piso básico (R\$ 68,00), um piso variável (R\$ 22,00) por criança e/ou adolescente de até 15 anos (até o máximo de 3 benefícios) e um piso variável (R\$ 33,00) vinculado ao adolescente de 16 a 17 anos (até o máximo de 2 benefícios), podendo o benefício chegar ao valor total de R\$ 200,00 (duzentos reais). Já para as famílias com renda entre R\$ 70,01 e R\$ 140,00 (setenta reais e cento e quarenta reais), com crianças e adolescentes de 0 a 17 anos, estipulou-se um piso variável (R\$ 22,00) por criança e/ou adolescente de até 15 anos (até o máximo de 3 benefícios) e um benefício variável (R\$ 33,00) vinculado ao adolescente de 16 a 17 anos (até o máximo de 2 benefícios), podendo o benefício chegar ao valor total de R\$ 132,00 (cento e trinta e dois reais). Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/bolsafamilia/beneficios>>. Acesso em: 17 nov. 2010.

25 Art. 21 do Decreto nº 5.209, de 2004.

26 Relatório e parecer prévio sobre as contas do Governo – Exercício 2009, elaborado pelo Tribunal de Contas da União. Disponível em: <[http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas\\_governo/contas\\_09/Textos/CG%202009%20Relatório.pdf](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/contas_09/Textos/CG%202009%20Relatório.pdf)>. Acesso em: 1º nov. 2010.

### Evolução da desigualdade na renda domiciliar per capita segundo o coeficiente de Gini



Fonte: Ipea – Estimativas produzidas com base na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 1976 a 2008

Como demonstrado, em 1988, o nível de desigualdade de renda era bem elevado, sendo que, com a inclusão da assistência social no bojo da Constituição e com as medidas adotadas pelo Estado<sup>27</sup>, o mesmo caiu consideravelmente, tendo-se promovido uma maior igualdade de recursos entre os cidadãos.

Porém, sem aqui explorarmos em detalhes todas as teorias acerca do que se compreende por bem-estar, seja ele uma questão de êxito na satisfação de preferências (políticas impessoais e pessoais), seja a melhora em algum aspecto ou qualidade de sua vida consciente ou, ainda, alguma concepção objetiva de bem-estar, conforme Ronald Dworkin<sup>28</sup>, entendemos que a elevação efetiva de bem-estar individual e social somente ocorrerá, verdadeiramente, com o aumento do número de pessoas empregadas e realizadas profissional e pessoalmente, ao invés de serem sustentadas pelo Governo. Ocorre que não se observou muito êxito nesse sentido em nosso País, sendo que poucos destinatários de benefícios assistenciais conseguiram alcançar sua independência financeira.

Com efeito, em 2009, o número de famílias beneficiadas superou a quantidade de 12 milhões, sendo que, entre 2004 e 2008, somente 2,6 milhões de benefícios do Bolsa Família foram cancelados, seja por a família ter melhorado sua renda e ultrapassado o critério do programa, seja pelo não cumprimento das condições exigidas<sup>29</sup>, devendo-se observar que, para cada cancelamento, uma nova família é incluída no Programa.

27 Entre elas a regulamentação do BPC, em 1993, e a criação e expansão do Bolsa Família, a partir do ano de 2003.

28 DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 3-77.

29 Disponível em: <<http://www.fomezero.gov.br/noticias/governo-federal-cancela-400-mil-beneficios-do-bolsa-familia>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

Nesse sentido, a assistência social deve reforçar sua atuação na promoção da integração dos indivíduos ao mercado de trabalho, priorizando a oferta de serviços sociais, com ênfase na capacitação profissional dos beneficiários, propiciando a eles condições de alcançarem autonomia, não se verificando grandes conquistas nesse sentido.

Assim, ao mesmo tempo em que a assistência social reduziu a pobreza e a desigualdade social, tornou milhares de pessoas dependentes do Estado, o que, além de não promover a dignidade da pessoa humana, pode contribuir para o ócio de pessoas economicamente ativas e, inclusive, para o aumento do número de crianças pobres, na medida em que, quanto mais filhos, maior o valor de certos benefícios, devendo, assim, ser melhorada a atuação governamental nesse aspecto.

Concluindo o presente tópico, pode-se dizer que a inserção da assistência social na Constituição Federal de 1988 e as medidas adotadas pelo Estado representaram um avanço para o País, na medida em que retiraram da miséria grande parte da população, reduzindo a desigualdade econômica e social existentes. Porém, o oferecimento de serviços de qualidade e de cursos de capacitação, acompanhados de políticas voltadas à melhoria do mercado de trabalho, deve ser priorizado, a fim de que as pessoas alcancem sua independência financeira, por meio do trabalho formal, promovendo-se, assim, o alcance da dignidade da pessoa humana, com a conquista de seu êxito e satisfação pessoal.

A assistência social é uma ferramenta importante no amparo aos necessitados, devendo ser o primeiro passo a alavancar o indivíduo para uma vida independente, permitindo que seja ele alcançado por outras políticas públicas, culminando com a sua inserção no mercado de trabalho, subsistindo os benefícios de renda apenas àqueles cujas condições extremamente vulneráveis não lhes permitam trabalhar.

## **2 A PRINCIPAL CONTROVÉRSIA JURÍDICA SOBRE O BPC**

A principal controvérsia jurídica sobre o BPC diz respeito ao critério de renda familiar de 1/4 do salário-mínimo, estipulado pelo legislador no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742, de 1993.

Referido dispositivo legal já foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn 1232-1/DF), sob o argumento de que o mesmo restringe o direito garantido por norma constitucional (inciso V do art. 203), todavia, o Tribunal, à época, julgou-a improcedente, tendo sido, portanto, em razão do caráter ambivalente de tal ação, declarada a constitucionalidade de tal critério, com o reconhecimento de que a lei traz hipótese de prestação objetiva do Estado.

O Relator da ação, Ministro Ilmar Galvão, votou pela adoção da técnica da interpretação conforme, no sentido de que o § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742, de 1993, é constitucional, desde que o critério por ele definido não seja o único a atestar a miserabilidade no caso concreto, admitindo-se outros meios de prova, tendo, porém, sido vencido.

O que preponderou foi o entendimento adotado no julgamento do pedido cautelar pelo Ministro Maurício Correia, cuja decisão asseverou ser “axiomático no direito que a estipulação de pensão e de outros benefícios deve levar em conta, fundamentalmente, dois fatores: de um lado, a necessidade do beneficiário, e, de outro, a possibilidade de quem arca com o encargo”.

Conforme o Relator para o acórdão Ministro Nelson Jobim lembrou, foi indeferida a liminar, sob o fundamento de que “o legislador, bem ou mal, mas cumprindo o dever de editar a lei, estabeleceu um parâmetro, que teve a virtude de dar eficácia à norma constitucional”.

Desde o julgamento da ADIn 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal passou a julgar procedentes as reclamações ajuizadas pelo INSS<sup>30</sup> contra decisões proferidas em instâncias inferiores que, a par do critério legal de 1/4 do salário-mínimo, concediam o benefício caso fosse comprovada a necessidade em razão das peculiaridades do caso concreto, ainda que a renda familiar ultrapassasse o limite legal.

Como exemplo, podemos mencionar o AgRg 2.303/RS, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, tendo sido frisado que o Tribunal definiu que o critério de 1/4 do salário-mínimo é objetivo e não pode ser conjugado com outros fatores indicativos da miserabilidade do indivíduo e de seu grupo familiar, cabendo ao legislador, e não ao juiz na solução do caso concreto, a criação de outros requisitos para a aferição do estado de pobreza daquele que pleiteia o benefício assistencial.

O Tribunal manteve tal entendimento mesmo nas reclamações ajuizadas contra decisões que, procedendo a uma interpretação sistemática das leis sobre a matéria, concediam o benefício assistencial com base em alterações legislativas posteriores referentes a outros benefícios, cujo critério de renda foi alargado<sup>31</sup>, como se verifica na RCL 2.323/PR, de relatoria do Ministro Eros Grau (DJ. 20.05.2005).

Ultimamente, porém, algumas decisões monocráticas<sup>32</sup> têm julgado improcedentes as reclamações interpostas pelo INSS com o mesmo objeto.

Tais decisões utilizam diferentes fundamentos, seja aquele de que legislações posteriores, que criaram outros benefícios, ampliaram o critério de renda, devendo estender-se tal critério ao BPC, seja o de que o critério de 1/4 do salário-mínimo é ineficiente e rigoroso, deixando uma gama de beneficiários desamparados.

O Ministro Marco Aurélio 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).

---

30 Referida Autarquia Federal é a executora de tal benefício.

31 Como a Lei nº 10.836/2004 – Bolsa Família, a Lei nº 10.689/2003 – Programa Nacional de Acesso à Alimentação e a Lei nº 9.533/1997, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas

32 RCL 4.164/RS, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio; RCL 3.805/SP, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia; RCL 4.280/RS, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, entre outras.

Recentemente, a Ministra Cármem Lúcia, na RCL 3.805/SP (DJ 18.10.2006), negou seguimento à reclamação interposta pelo INSS, tendo sido invocados a dignidade da pessoa humana, os princípios constantes do art. 3º da Constituição, a garantia da jurisdição e o papel do Tribunal, como guardião da Carta, como fundamentos da decisão.

Referida questão está sendo analisada, novamente, no âmbito da Reclamação nº 4372-MC/PE, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, tendo a medida cautelar sido indeferida, sob a seguinte constatação:

Os inúmeros casos concretos têm demonstrado que os critérios objetivos estabelecidos pela Lei nº 8.742/1993 são insuficientes para atestar que o idoso ou o deficiente não possuem meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Constatada tal insuficiência, os juízes nada mais têm feito do que comprovar a condição de miserabilidade do indivíduo que pleiteia o benefício por outros meios de prova.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pode vir a se modificar, pois, se, em um primeiro momento, posicionou-se de forma contrária àquilo que vinha sendo decidido em outras instâncias<sup>33</sup>, ao que parece, está ocorrendo uma ruptura com o sistema interpretativo até então adotado no âmbito da Corte.

Porém, a forma como deve atuar o Supremo diante das peculiaridades do caso, que será melhor explorada nos próximos tópicos, deve ser observada rigorosamente, a fim de reforçar a legitimidade do Tribunal face ao Estado Democrático de Direito.

### 3 A ATUAÇÃO ESPERADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO FACE AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Sem termos a pretensão de reacender a discussão entre Schmitt e Kelsen<sup>34</sup> sobre quem deve ser o guardião da Constituição, até por que parece estar consolidada a conveniência das jurisdições constitucionais<sup>35</sup>, necessário estabelecermos

33 A ampla divergência na jurisprudência nacional quanto ao sentido e alcance do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993 redundou, em um primeiro momento, na Súmula nº 11 da Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, cuja redação era a seguinte:

“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 nº 8.742/1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, posteriormente, afastou a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993, na ADIn 1232-1, tendo sido cancelada a Súmula nº 11 da TNU/JEF.”

34 KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

35 Cf. MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: *Tribunal constitucional, Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 177-178: “Cento e noventa anos passados sobre *Marbury v. Madison* (1803); mais de setenta anos decorridos desde a criação do Tribunal Constitucional austríaco (*omissis*); será que tem ainda sentido questionar a legitimidade da justiça constitucional em geral e a do Tribunal Constitucional em particular, nomeadamente à luz do princípio da maioria? (*omissis*). A existência de uma jurisdição

os limites a serem observados pela Corte, em especial nos países que adotam um Estado Democrático de Direito, como é o caso brasileiro.

Conforme Paulo Gonet Branco<sup>36</sup>, referindo-se a um artigo de Frank Michelman, que tratou de assunto por ele qualificado como tema precípua da teoria constitucional americana, verificou-se que a mesma sempre esteve assombrada e totalmente consumida pela busca de harmonia entre dois compromissos, quais sejam, o constitucionalismo e a democracia, resumindo o problema na expressão “dificuldade contramajoritária”, de alcunha de Alexander Bickel, em razão do impasse de um órgão do Judiciário, não eletivo, anular uma deliberação adotada pelos representantes do povo.

Há uma grande preocupação quanto ao novo papel que o Poder Judiciário vem assumindo, com a superlativização de suas funções, sob o argumento do déficit de legitimidade democrática de referido Poder.

Essa nova face do Poder Judiciário se deve, em grande parte, pela modificação do direito e pelo rompimento provocado pelo Texto Constitucional com o próprio modelo de Estado.

Conforme Lenio Streck<sup>37</sup>, o novo Texto Constitucional rompeu com o velho modelo de Direito e de Estado (liberal-individualista), em face do seu caráter dirigente e compromissório, e publicizou espaços antes reservados aos interesses privados. Nesse momento, o Direito não é mais ordenador nem promovedor, mas sim transformador da realidade, fazendo com que aumente o foco de tensão acerca da jurisdição constitucional, que é a garantidora dos direitos fundamentais-sociais e da democracia no Estado Democrático de Direito.

De acordo com Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>38</sup>, tanto a divisão de poderes quanto a neutralização do Poder Judiciário sofreram grandes transformações em nosso século, especialmente nos últimos cinquenta anos.

---

constitucional, sobretudo se confiada a um Tribunal específico, parece ter-se tornado nos tempos de hoje num requisito de legitimação e de credibilidade política dos regimes constitucionais democráticos. *A jurisdição constitucional passou a ser crescentemente considerada como elemento necessário da própria definição do Estado de direito democrático*. No mesmo sentido, Elena Malfatti et al. (*Giustizia costituzionale*. Torino: Giappichelli Editore, 2007. p. 297-298): “*La giustizia costituzionale è oggi ritenuta, quasi unanimemente, come un elemento essenziale delle democrazie contemporanee e come un valore connaturato allo stato costituzionale, in quanto fondato sulla tutela dei diritti fondamentali e sulla sottoposizione della sfera politica a canoni costituzionali garantiti dalla presenza di un controllo di tipo giurisdizionale. In tal senso so è parlato della giustizia costituzionale come di un ‘valore costituzionale comune’ e come un correttivo della forma di governo parlamentare*”. Cf., ainda, André do Vale (Intercâmbio e cooperação internacional entre órgãos de jurisdição constitucional. Disponível em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/352/387>>. Acesso em: 4 dez. 2008, p. 4), que, por sua vez, nos dá notícia que a Conferência Europeia de Cortes Constitucionais, que contava com “apenas quatro países – Alemanha, Áustria, Itália e Iugoslávia –, já é composta atualmente por 39 membros”.

36 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 57.

37 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1-16.

38 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? Disponível em: <<http://www.usp.br/revistasusp/21/02-tercio.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2010.

Referido autor atribui essas alterações ao advento da sociedade tecnológica, movimento este que altera o sentido dos controles sociais, políticos e, conseqüentemente, dos controles jurídicos, bem como as preocupações, que não se voltam mais para o passado, mas sim para o futuro, alterando, ainda, as fórmulas de governo, cujos valores máximos são a eficiência dos resultados e a alta probabilidade de sua consecução, bem como o comportamento do Tribunal, que passa a ser chamado para uma avaliação prospectiva e um julgamento pautado naquilo que ele poderá fazer.

Afirma, então, ser este o contexto em que se há de entender o advento do estado do bem-estar social<sup>39</sup>, tendo acarretado uma profunda alteração na neutralização inerente ao Poder Judiciário, pois “trouxe o problema da liberdade positiva, participativa, que não é um princípio a ser defendido, mas a ser realizado”.

Conforme enfatiza Tércio Sampaio<sup>40</sup>:

Os direitos sociais, produto típico do estado do bem-estar social, não são, pois, conhecidamente, somente normativos, na forma de um *a priori* formal, mas têm um sentido promocional prospectivo, colocando-se como exigência de implementação. Isto altera a função do Poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados.

Com isso, ressalta o autor, a posição do juiz restou alterada, sendo ele corresponsável pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do estado social<sup>41</sup>.

Essas alterações, todavia, com a desneutralização política do juiz e a repolitização do Judiciário, são alvo de tensões e acirradas discussões acerca dos limites de atuação de referido Poder.

As preocupações existentes acerca da assunção pelo Judiciário desse seu novo papel não são analisadas apenas sob a ótica da necessidade de observância da divisão de poderes, mas, também, sob o dever de respeitarmos a escolha do poder constituinte por um Estado Democrático de Direito.

Ocorre que a própria concepção de Estado Democrático de Direito se mostra ambígua, segundo Oscar Vilhena<sup>42</sup>, se considerarmos a democracia apenas em seu significado procedimental, como governo da maioria, e o Estado de Direito em seu sentido substantivo, enquanto governo das leis, ressaltando que a conciliação entre essas duas concepções, que estão em constante tensão, é tarefa das democracias

---

39 Idem, p. 18.

40 Idem, *ibidem*.

41 Idem, p. 19.

42 VIEIRA, Oscar Vilhena. Império da lei ou da corte? Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/21/07-oscar.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2010, p. 72.

constitucionais contemporâneas, sendo que os Tribunais constitucionais, em face do seu dever de zelar pela aplicação das normas constitucionais, são essenciais na concretização do ideal de Estado Democrático de Direito.

O argumento de maior objeção à atuação da jurisdição constitucional, seja quando declara a nulidade das leis, seja no ato interpretativo, com a criação jurisprudencial do direito, é o seu déficit de legitimidade democrática.

Tal argumento, porém, é refutado por ampla doutrina, merecendo destaque a defesa da legitimação democrática do direito jurisprudencial efetuada por Mauro Cappelletti<sup>43</sup>.

Referido autor sustenta que aquela utopia tipicamente ocidental de que os poderes “políticos” são capazes de alcançar o consenso dos governados ou, pelo menos, de sua maioria foi dissipada.

Ademais, defende que o Poder Judiciário não é inteiramente privado de representatividade, sendo que tal argumento foi apresentado com vigor pelo Professor Robert Dahl, ao falar da Suprema Corte dos Estados Unidos, tendo demonstrado que, “em média, um novo juiz foi nomeado a cada vinte meses”, sendo que essa relativa rapidez da renovação dos membros da Corte permite aos demais poderes um controle da filosofia política da entidade, de maneira que “essa nunca permanece por muito tempo em contraste com a filosofia prevalecente nas maiorias políticas no poder dentro do País”.

Sustenta, ainda, Cappelletti que, ao contrário dos legisladores, os Tribunais Superiores são obrigados a explicar por escrito e diretamente ao público as razões de suas decisões, sujeitando-se a um grau de “exposição” e de controle pela coletividade, tornando-os, indiretamente, bem mais “responsáveis” perante a comunidade do que muitos entes e organismos não submetidos a tal fiscalização.

Para o autor, ademais, os Tribunais contribuem muito com a representatividade geral do sistema, pois eles permitem o acesso ao *judicial process*, protegendo certos grupos que, pelo contrário, não têm acesso ao *political process*.

Cappelletti não discorda ser essencialmente democrático um governo no qual o povo tem o “sentido de participação”, porém, defende que tal sentimento pode ser facilmente desviado por legisladores, cujos aparelhos burocráticos são inacessíveis, sendo que, pelo contrário, é característica da jurisdição desenvolver-se em direta conexão com as partes interessadas, tendo elas o poder único de iniciar o processo jurisdicional, cuja participação é até a mais ampla de todos os processos da atividade política<sup>44</sup>.

O supracitado autor reconhece a maior ligação do Poder Legislativo com a vontade do povo, porém destaca que a legitimação dos juizes é tão concreta e

---

43 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

44 Idem, p. 94-100.

fundamental quanto aquela, por ser radicada nas necessidades, ônus, e aspirações da sociedade<sup>45</sup>.

Conclui, então, Cappelletti não se poder reduzir a noção de democracia a uma simples ideia majoritária. Democracia também significa participação, tolerância e liberdade, podendo um Judiciário independente, ativo, dinâmico e criativo contribuir com a democracia<sup>46</sup>.

Aquele primeiro argumento de Capelleti a favor da legitimação do Poder Judiciário, qual seja, o de que devemos apagar aquela falsa ideia de que os poderes políticos, entre eles o Poder Legislativo, representam, efetivamente, a vontade do povo, já era muito antes defendido por grandes economistas, como David Hume (1711-1776) e Adam Smith (1723-1790), com suas teorias sobre os interesses individuais e o bem comum, bem como Schumpeter (1883-1950), com sua tese acerca da democracia como um sistema de competição pelo poder<sup>47</sup>.

David Hume assumiu que todos os indivíduos agem motivados essencialmente pelos seus próprios interesses. Adam Smith, por sua vez, reconheceu que os indivíduos agem essencialmente, mas não exclusivamente, na prossecução de seus interesses egoístas. Para ele, uma ordem econômica eficiente será aquela que possibilite que esses interesses individuais se exerçam de forma a promover o bem comum<sup>48</sup>.

Já Schumpeter legou-nos uma análise da democracia enquanto processo competitivo, em que política nada mais é do que a competição entre os políticos pela aquisição e manutenção do poder, contrastando com a teoria clássica de democracia, em que os eleitos são representantes de uma vontade geral (linha de Rousseau).

O alcance da vontade geral, para Schumpeter, é inatingível, sendo que a seleção de pessoas é o que realmente conta, porque o interesse geral (o interesse público) é indefinível, e o pressuposto de uma vontade do povo, expressa por representantes, uma ilusão. Caem, assim, por terra as velhas formulações da ilustração do século XVIII, que viram na democracia um método de gerar decisões políticas encaminhadas ao bem comum e tomadas pelo povo por meio dos seus representantes<sup>49</sup>.

Alguém poderia objetar a aplicação daqueles outros preceitos legitimadores da atividade judiciária, citados por Capelleti, em especial aquele segundo o qual “a função jurisdicional não pode ser exercida senão a pedido da parte”, em relação à ação direta de inconstitucionalidade, em razão da objetividade característica do modelo abstrato de controle de constitucionalidade.

---

45 Idem, p. 101-104.

46 Idem, p. 107.

47 ALVES, André Azevedo; MOREIRA, José Manuel. *O que é a escolha pública? Para uma análise econômica da política*. Cascais: Principia, 2004.

48 Idem, p. 34-35.

49 Idem, p. 35-37.

Tal tese, todavia, restou enfraquecida, pelo menos em relação ao modelo brasileiro, pois, de acordo com Gilmar Ferreira Mendes<sup>50</sup>, a Constituição de 1988 deu ênfase ao modelo concentrado de constitucionalidade, sendo que a ampla legitimação para propositura de tal ação faz com que demandas tipicamente individuais sejam levadas ao Supremo, sendo o processo abstrato de normas, a um só tempo, “instrumento de defesa da ordem objetiva e de defesa de posições subjetivas”.

Assim, o aumento do número de legitimados a ingressar com ADIn, possibilitando a representatividade de toda a sociedade, litiga em favor do Supremo contra os argumentos de déficit de legitimidade democrática.

Ademais, acreditamos, também, que a realização de audiências públicas no âmbito da Corte, bem como a admissão da figura do *amicus curiae*, para aquelas questões em que haja fatos controversos, auxiliará o Tribunal na sua aproximação com a sociedade, na linha de Peter Häberle, para quem a interpretação da Constituição deve ser aberta e pluralista<sup>51</sup>, sendo indispensável, no entanto, a utilização pelos Ministros dos dados obtidos por meio de tais instrumentos, sob pena de essas ferramentas legitimadoras terem sua função esvaziada.

Com efeito, por meio da utilização dos argumentos trazidos por técnicos, economistas, antropólogos, sociólogos, médicos, etc., o Tribunal disporá de elementos concretos para decidir, sendo que, com o cotejo de diversos pontos de vista e de dados técnicos, amplia sua compreensão sobre determinado assunto e pode julgar com mais aproximação da realidade, reforçando sua legitimidade.

O Tribunal, ao deixar de julgar, de acordo com a realidade, aquelas questões fáticas e não eminentemente jurídicas, sem a utilização de métodos empíricos e falsificáveis, ou seja, sem superar aquela debilidade, denominada por Capelleti<sup>52</sup> de “incompetência institucional” da Magistratura, operando como “um legislador aleijado”, na definição de Lord Devlin, não estará respeitando o Estado Democrático de Direito.

Deve-se ressaltar que, além dos parâmetros legitimadores acima tratados, há outros elementos a serem considerados, sendo um deles a observância de limites da discricionariedade judicial, não sendo ela livre, conforme Eros Roberto Grau<sup>53</sup>, para quem o juiz não pode produzir normas livremente, estando vinculado ao texto normativo, mesmo quando o mesmo seja aberto para permitir que o direito permaneça vinculado à realidade, pois o rompimento do intérprete autêntico com o texto resultará em sua subversão.

---

50 MEIRELLE, Hely Lopes. Mandado de segurança. 31. ed. atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. In: *O controle incidental ou concreto de normas no Direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 552.

51 MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. O pensamento de *Peter Häberle* na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Observatório da jurisdição constitucional. Disponível em <[http://ojs.idp.edu.br/docs/Peter\\_Harbele\\_pdf](http://ojs.idp.edu.br/docs/Peter_Harbele_pdf)>. Acesso em: 17 abr. 2009.

52 CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., p. 86-87.

53 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 56.

Certas balizas devem ser respeitadas, ainda, em relação ao controle judicial da discricionariedade política.

De acordo com Eduardo Appio<sup>54</sup>, os atos essencialmente políticos de responsabilidade do Poder Executivo, para os quais o constituinte de 1988 outorgou uma larga margem de liberdade na escolha de políticas públicas e sociais a serem implementadas, constituem um limite intransponível ao Poder Judiciário, sendo sua intervenção positiva somente compatível com suas funções nos casos em que o constituinte já definiu o conteúdo de uma política pública, social ou econômica, não podendo, todavia, implementar políticas públicas a partir de deveres genéricos do Poder Executivo previstos na Constituição, pois não se teria um parâmetro razoável de atuação.

Assim, por mais que se reconheça a necessidade de aproximação do Poder Judiciário com as partes e com o caso concreto, a fim de julgar de acordo com os anseios da sociedade e com os valores predominantes da época, deve-se levar em conta, também, o limite que o texto da norma impõe à atividade interpretativa dos juízes, a fim de se impedir a subversão da lei.

Ademais, impedido está o Poder Judiciário de se fazer substituir pelo legislador e pelo Poder Executivo na definição da política pública a ser implementada, em face de um dever genérico previsto na Constituição Federal.

Outra questão que não pode ser ignorada pelos Magistrados é a limitação dos recursos orçamentários disponíveis.

Ainda que se empregue à interpretação constitucional atual aquele conceito de construção<sup>55</sup>, ainda que se reconheça a essencialidade dos direitos fundamentais, não podemos viver na ilusão de que a capacidade material do Estado é ilimitada, ou seja, não podemos imaginar que o Estado tudo pode prover, sendo esta uma visão ingênua e dissociada da realidade, sendo notórios os casos do cotidiano que demonstram o contrário, como, por exemplo, a limitação do número de leitos em hospitais públicos e até privados e a insuficiência dos recursos orçamentários em si, seja pela destinação prévia a eles atribuída por lei a outras necessidades indispensáveis, seja pelo valor mesmo dos recursos, cuja fonte é limitada.

Conforme Stephen Holmes e Cass R. Sustein<sup>56</sup>, todos os direitos, inclusive a liberdade dos cidadãos, direito considerado de cunho “negativo”, naquele sentido

---

54 APPIO, Eduardo. *Discricionariedade política do poder judiciário*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 135-136.

55 Conforme Luis Roberto Barroso: “A interpretação constitucional exige, ainda, a especificação de um outro conceito relevante, que é o da construção. Por sua natureza, uma Constituição contém predominantemente normas de princípio ou esquema, com grande caráter de abstração. Destina-se a Lei Maior a alcançar situações que não foram expressamente contempladas ou detalhadas no texto. Enquanto a interpretação, ensina Cooley, é a arte de encontrar o verdadeiro sentido de qualquer expressão, a construção significa tirar conclusões a respeito de matérias que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados. São conclusões que se colhem no espírito, embora não na letra da norma. A interpretação é limitada à exploração do texto, ao passo que a construção vai além e pode recorrer a considerações extrínsecas” (BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 107-108).

56 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

de que o Estado deve adotar uma postura abstencionista a fim de não agredi-lo, devem ser amparados, gerando um custo a ser suportado por todos os cidadãos, por meio da tributação.

Assim, a liberdade do cidadão, para ser protegida pelo Estado contra seus próprios agentes e contra terceiros da área privada, acarreta um custo, na medida em que demandará do ente público um quadro de pessoal remunerado e preparado para a defesa de tal direito, bem como instituições oficiais estruturadas devidamente, sendo que tudo isso envolve grandes despesas.

Da mesma forma, para que seja proporcionada a garantia do devido processo legal ao indivíduo, necessário que se tenha um Judiciário bem equipado, dotado de estrutura e de pessoal capacitado, sendo, do mesmo modo, muito dispendiosa referida despesa.

Portanto, por mais que os ditos chamados direitos “positivos” demandem uma atuação pró-ativa, uma postura concretizadora, por parte do Estado, e por mais que se constate que as necessidades da sociedade são imensas, principalmente naqueles países de “modernidade atrasada” como o nosso, conforme frisado por Lenio Streck<sup>57</sup>, há que se levar em conta a escassez dos recursos existentes, recursos esses voltados à garantia de vários outros direitos igualmente indispensáveis, sejam eles de feição negativa ou de cunho positivo, de modo que, nesse sentido, todos os direitos devem ser considerados “positivos”<sup>58</sup>.

Reconhecida a legitimidade da jurisdição constitucional em linhas gerais, bem como estabelecidos alguns critérios de sua atuação a serem observados, passaremos, no próximo item, a analisar a forma de atuação esperada do Supremo Tribunal Federal em relação ao caso analisado, ou seja, quando do reexame da adequação dos critérios legais de concessão do Benefício de Prestação Continuada – BPC.

#### **4 OS PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS PELO SUPREMO NO REEXAME DOS CRITÉRIOS LEGAIS DE CONCESSÃO DO BPC**

Pelas decisões do Supremo Tribunal Federal, anteriormente referidas, se verifica que, apesar do resultado da ADIn 1232-1/DF, que decidiu pela constitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742, de 1993, está havendo uma discussão no âmbito do Tribunal quanto à eficiência de tal dispositivo, podendo haver uma modificação jurisprudencial no entendimento até então adotado.

Ocorre que a forma como tal alteração vem sendo conduzida enseja alguns questionamentos em relação ao comportamento da jurisdição constitucional, cujos

---

57 Segundo Lenio Streck, no Brasil, em que há muitas deficiências e onde a modernidade é atrasada, o modelo ideal é aquele preconizado pela teoria substancialista, devendo o Poder Judiciário atuar positivamente na implementação dos direitos fundamentais quando os demais Poderes falham. (STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 17-36)

58 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. Op. cit., p. 35-58.

parâmetros a serem seguidos, em razão da peculiaridade do caso, serão adiante tratados.

#### 4.1 JULGAMENTO COM BASE EM DADOS OBJETIVOS E NAS CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS DA DECISÃO

Em relação àquelas decisões que entendem ser o critério legal de renda de 1/4 do salário-mínimo ineficiente, não se identificam quais os dados utilizados para se chegar a tal constatação.

Tais decisões apontam para a ineficiência do requisito legal e, com base em tal constatação, alcançada sem nenhum critério, ou com base em dados empíricos<sup>59</sup>, julgam improcedentes as reclamações do INSS ajuizadas em face de decisões que ignoram tal requisito.

Entendemos que, principalmente quando se pretende afastar um critério legal estipulado pelo legislador por delegação constitucional, o Tribunal detém uma responsabilidade maior em fundamentar sua decisão, devendo, ainda, fundamentá-la com base em critérios palpáveis e factíveis, como, por exemplo, aqueles utilizados no primeiro tópico do presente estudo, ainda mais quando o objeto da discussão consiste na averiguação da eficiência de determinada política pública.

Para alcançar tal resultado, seria salutar, pelo menos, o ingresso do *amicus curiae* nesses casos, possibilitando a juntada aos autos de dados técnicos e orçamentários importantes para embasar o julgamento final.

As decisões do Supremo devem, pois, centrar-se na adequação da opção efetuada previamente pelo legislador em relação à norma genérica prevista na Constituição, sendo que, ao controlar a efetividade da medida eleita pelo legislador, devem utilizar-se de análises empíricas e estudos técnicos, podendo se chegar a conclusões diversas das atuais.

Com efeito, analisando-se os dados e as conclusões apresentados no primeiro tópico deste artigo, não se pode afirmar que referida política pública é ineficiente, em face dos resultados alcançados até o momento.

Da mesma forma, o Supremo deve avaliar as consequências de suas decisões, por atingirem diretamente a sociedade, podendo estar prejudicando a própria família do beneficiário, bem como a sociedade como um todo, na medida em que contribui para o aumento de cidadãos moral e financeiramente dependentes do Estado, quando se sabe que não está havendo uma preocupação na implementação de políticas que permitam a tais cidadãos obterem um emprego e alcançarem por si próprios sua independência, a fim de usufruírem da verdadeira dignidade da pessoa humana.

---

59 Nesse sentido, válida a ressalva de Ivo Teixeira Gico Junior: “Em última instância, os juristas ficaram e permanecem sem qualquer instrumental analítico adequado para avaliar as consequências de suas decisões ou interpretações, atendo-se a uma retórica formalista sem maiores preocupações empíricas falsificáveis ou pragmáticas” (Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1110>>. Acesso em: 11 out. 2010).

Luis Roberto Barroso<sup>60</sup>, em conformidade com a ideia supramencionada, observa:

A interpretação da Constituição, a despeito do caráter político do objeto e dos agentes que a levam a efeito, é uma tarefa jurídica e não política. Sujeita-se, assim, aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação exigíveis das decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Uma Corte Constitucional não deve ser cega ou indiferente às consequências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum.

Também não se verifica nos votos dos Ministros acima citados essa preocupação com os efeitos sociais de suas decisões relacionadas ao BPC, não se adentrando na questão de que a concessão desmesurada de benefícios dessa natureza desestimula, em alguns casos, os membros da família a adentrarem no mercado de trabalho, podendo tal questão ser sanada, por exemplo, por meio da realização de uma audiência pública, quando, então, por exemplo, as Associações dos Deficientes Físicos existentes poderiam manifestar-se a tal respeito.

#### 4.2 IMPOSSIBILIDADE DE SE JULGAR SOMENTE COM BASE EM PRINCÍPIOS

Fica a legitimidade da Corte ainda mais fragilizada quando, em um caso como o presente, se decide com base apenas em princípios e objetivos da Constituição.

Por mais que se pretenda atribuir à Constituição uma ordem de valores<sup>61</sup>, a abstração de julgamentos, baseados meramente em princípios genéricos, não se coaduna com a necessária verificação de eficiência de determinada política pública.

Nesse aspecto, vale destacar o alerta de Eros Roberto Grau<sup>62</sup> acerca da banalização do uso dos princípios, em que tudo passa a ser “principalizado”, pairando uma imprecisão absoluta quanto ao que se possa ou deva ser considerado como princípios de direito.

Conforme visto previamente, há decisões sobre o caso em estudo que se embasam apenas em princípios, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, gerando uma grande insegurança jurídica, uma vez que, à luz de referido princípio, pode-se decidir a mesma causa de forma diversa, ou seja, pode-se chegar à conclusão de que o benefício assistencial não deve ser concedido a determinada pessoa, pois isso lhe desestimularia a trabalhar, sendo que o trabalho remunerado é o que proporciona verdadeiramente a dignidade da pessoa humana.

Nada impede que se utilizem os princípios como fundamento das decisões, porém, especialmente em casos de confrontação de políticas públicas, deve-se ter

---

60 BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 116.

61 Sobre esse assunto, ver: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit.

62 GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 46.

o cuidado e o esforço de não serem utilizados isoladamente, como único recurso de argumentação.

#### **4.3 DECISÕES QUE ANALISAM A ADEQUAÇÃO DE DISPOSITIVOS LEGAIS LEGISLADOS EM VIRTUDE DE DELEGAÇÃO DO CONSTITUINTE**

No caso do BPC, repousa, ainda, outro fator de limitação ao Poder Judiciário, qual seja, o fato de que o próprio poder constituinte delegou ao legislador ordinário a regulamentação de tal direito, devendo-se observar as decorrências dessa conduta.

Em primeiro lugar, se o constituinte delegou ao legislador ordinário a regulamentação de determinado direito, é porque o mesmo não é autoexecutável, assim, o legislador, ao regulamentar a norma constitucional, torna o direito passível de ser usufruído, conforme os critérios por ele escolhidos em face das necessidades e possibilidades existentes, que devem ser analisadas e sopesadas pelo Poder Judiciário.

Assim, o Supremo, ao analisar os critérios legais escolhidos pelo legislador, deverá fazê-lo confrontando-os com as normas constitucionais regulamentadas e, constatando que o legislador não as observou em face à realidade atual, deve utilizar a forma adequada de correção, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade, não podendo substituir-se pelo legislador e estipular os critérios que entende cabíveis sem nem adentrar na questão da constitucionalidade da lei, pois, assim, estaria legislando positivamente e, conseqüentemente, afrontando a vontade do constituinte de que aquele direito fosse regulamentado pelo Poder Legislativo, mediante lei elaborada de acordo com o processo legislativo previsto constitucionalmente.

Em assim procedendo, ou seja, se o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade da lei, para que o direito não deixe de ser usufruído, por falta de regulamentação, caberá ao legislador, o mais rapidamente possível, rever os critérios legislados, servindo a atuação do Tribunal como um elemento de pressão.

A título de informação, cabe destacar que está tramitando na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 924/2007, que aumenta para um salário-mínimo *per capita* a renda familiar exigida para a concessão do BPC. Referido projeto está apensado ao PL 3.967/1997 e a outras 55 proposições sobre o mesmo tema, que serão analisados pelas comissões de Seguridade Social e Família; de Finanças e Tributação; e de Constituição e Justiça e de Cidadania, em caráter conclusivo<sup>63</sup>.

Eduardo Appio<sup>64</sup>, ao discorrer sobre as normas constitucionais que se sujeitam a uma intervenção obrigatória do legislador, sustenta:

Nestas hipóteses, nas quais o Poder Legislativo regula direitos genéricos previstos na Constituição, o Poder Judiciário não pode, como regra, substituir as escolhas a serem feitas pelo Legislativo ou pelo Executivo, no tocante aos meios

63 Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/113165.html>>. Acesso em: 2 nov. 2010.

64 APPIO, Eduardo. Op. cit., p. 97.

através dos quais se alcançarão os fins preconizados pelo constituinte de 1988, ou seja, não pode ditar as políticas públicas, mas, tão somente, controlar sua implementação.

Assim, as decisões anteriormente mencionadas, que afastam simplesmente o critério de renda estipulado pelo legislador, para efeito de concessão do BPC, sem analisar a constitucionalidade do dispositivo legal, não nos parece estarem adequadamente alinhadas com o papel da jurisdição constitucional, contrariando, ainda, o Estado Democrático de Direito.

#### 4.4 A ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE

Conforme já mencionado, algumas decisões monocráticas no Supremo, ignorando decisão prévia do Tribunal que reconheceu a constitucionalidade de um determinado dispositivo legal, por via transversa, afastam a aplicação de tal dispositivo, sem submeter novamente a questão da sua constitucionalidade à análise da Corte, sendo complacentes com decisões de Magistrados de outras instâncias que concedem o BPC analisando o caso concreto, independentemente da observância do limite de renda familiar estipulado pelo legislador.

Com efeito, decisões proferidas por alguns Ministros não estão adentrando na questão da (in)constitucionalidade do dispositivo legal que fixou a renda familiar em 1/4 do salário-mínimo, sendo essa a única intervenção possível da Corte na hipótese de um dispositivo legal editado pelo legislador por delegação do poder constituinte, conforme acima observado.

Uma exceção a ser destacada é a decisão da Medida Cautelar na Reclamação nº 4374-MC/PE, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, na qual se ressaltou que “toda essa reinterpretação do art. 203 da Constituição, que vem sendo realizada tanto pelo legislador como por esta Corte, pode ser reveladora de um processo de inconstitucionalização do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993”.

A questão da (in)constitucionalidade do dispositivo em tela, como se viu, foi resgatada na ação supracitada, de modo que, eventualmente, quando do julgamento do mérito, tal questão poderá ser reexaminada em sede de reclamação, quando se discutirá a ocorrência de inconstitucionalidade superveniente.

Infelizmente, porém, essa não tem sido a regra.

Nenhum problema existe em relação ao Tribunal rever questão por ele já declarada constitucional, desde que presentes certas circunstâncias que demonstrem a inconstitucionalidade superveniente do dispositivo legal.

Conforme Gilmar Ferreira Mendes<sup>65</sup>:

---

65 MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1214.

[...] declarada a constitucionalidade de uma lei, ter-se-á de concluir pela inadmissibilidade de que o Tribunal se ocupe uma vez mais da aferição de sua legitimidade, salvo no caso de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes.

Caso o Supremo afaste o entendimento até então adotado no julgamento da ADIn 1232-1, ao analisar novamente a constitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742, de 1990, estaremos diante de um daqueles casos de “ativismo judicial”, apresentados por Bradley C. Canon<sup>66</sup>, quando há uma ruptura com a estabilidade interpretativa, ou seja, um rompimento com a jurisprudência até então assentada no âmbito do Tribunal.

Referido tipo de “ativismo judicial” não deve ser considerado ruim, afinal, o Supremo Tribunal Federal pode e até deve rever suas posições, sendo isso até mesmo necessário em certos casos, dada a ocorrência de inconstitucionalidade superveniente.

Não fosse assim, até hoje perduraria, por exemplo, a segregação racial nos Estados Unidos<sup>67</sup>.

Assim, discordamos daquelas decisões que julgam os casos sem se aterem para o julgamento anterior proferido pelo Supremo, em que ficara reconhecida a constitucionalidade do dispositivo legal em questão e, ainda, sem a provocação da rediscussão da (in)constitucionalidade do requisito legal.

Talvez, em face do atual estágio social alcançado pelas políticas públicas de assistência social adotadas amplamente nos últimos tempos, se evite provocar tal discussão em face da dificuldade em se demonstrar a superveniência de inconstitucionalidade em relação ao caso, quando seria necessário comprovar-se a alteração das circunstâncias fáticas ou de relevantes concepções jurídicas dominantes.

Com efeito, de acordo com as conclusões do primeiro tópico do presente artigo, a inclusão da assistência social na Constituição Federal de 1988 e as medidas adotadas pelo Estado, desde então, causaram um impacto positivo na sociedade brasileira, reduzindo significativamente a desigualdade de renda no País.

Assim, não se pode afirmar que o Estado vem se omitindo em relação à área social, sendo sua atuação positiva e efetiva em tal setor, conforme antes demonstrando, merecendo, apenas, alguns reparos em relação ao foco de sua atuação.

Diante do que fora demonstrado no começo do presente estudo, dificilmente ficaria demonstrada a inconstitucionalidade superveniente do dispositivo legal em questão face às alterações fáticas havidas, uma vez que as mesmas restaram modi-

---

66 CANON, Bradley C. *Defining the dimensions of judicial activism*. Judicature, 66.6, 1983.

67 A *Supreme Court* norte-americana, sob a presidência de Earl Warren, entre os anos de 1953 a 1969, foi responsável pelo banimento da segregação racial nos Estados Unidos, tendo afastado definitivamente entendimentos prévios adotados pela Corte que estabeleceram o chamado *equal but separate*, segundo o qual os negros foram reconhecidos como iguais, mas deviam viver separadamente dos brancos. (SOUTO, João Carlos. *Suprema corte dos Estados Unidos – Principais decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008)

ficadas para melhor, após o julgamento da ADIn 1232-01/DF, que reconheceu a constitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742, de 1993.

Poder-se-ia argumentar no sentido de que as legislações posteriores, que criaram outros benefícios assistenciais, ao ampliarem o critério de renda para efeito de reconhecimento do estado de miserabilidade do indivíduo, causaram uma relevante modificação nas concepções jurídicas dominantes ao ensejar a discussão de inconstitucionalidade superveniente do supracitado dispositivo legal. Tal tese, entretanto, demonstrar-se-ia inadequada, uma vez que tais legislações, a par de terem criado outros benefícios assistenciais e definido um critério de renda mais elástico que aquele definido para o BPC, não podem ser usadas como parâmetro, por tratarem de coisas distintas.

Conforme demonstrado no início do presente artigo, o BPC e o Bolsa Família, por exemplo, guardam uma relação completamente distinta quanto a seus beneficiários, objetivos e valores, não se podendo aplicar os mesmos critérios de concessão para ambos, sob pena de subversão da lei e de se causar um grave prejuízo ao Erário público.

Tal equívoco, infelizmente, tem sido cometido pela Corte, em alguns casos, como se verificou acima.

Assim, entendemos que a única forma de o Supremo rever a questão da constitucionalidade do critério de renda estipulado pelo legislador para a concessão do BPC seria por meio da demonstração de inconstitucionalidade superveniente, o que, porém, em face das circunstâncias fáticas atuais e da imutabilidade das concepções jurídicas existentes, não se sustenta.

## CONCLUSÃO

A assistência social assumiu um lugar de destaque ao ser inserida na Constituição Federal de 1988, gerando tal medida uma maior responsabilização por parte do Estado na implementação de tal política pública.

A partir de então, importantes medidas foram adotadas na busca pelo amparo aos necessitados, colaborando, ainda, com a redução da desigualdade de renda no País.

Ocorre que, para a efetiva concessão da dignidade da pessoa humana aos cidadãos brasileiros, necessário que se intensifiquem as ações voltadas à inserção das pessoas no mercado de trabalho, a fim de que as mesmas conquistem sua independência financeira.

O Poder Judiciário e, em especial, o Supremo Tribunal Federal devem ater-se às consequências de suas decisões e julgar com base na realidade social em que vivemos, ao analisar ações que envolvam benefícios assistenciais, principalmente o Benefício de Prestação Continuada, em razão de seu alto valor, pois pode estar contribuindo para que, cada vez mais, os cidadãos sejam dependentes do Estado.

Ademais, tendo em vista o constante questionamento acerca da legitimidade do Poder Judiciário no tocante à reforma da legislação por ele promovida, que se reforça quando seu objeto são políticas públicas, a Corte deve buscar a utilização de instrumentos que reforçam sua legitimidade, seja julgando o mais próximo possível da realidade, seja realizando, quando for o caso, audiências públicas e permitindo o ingresso na ação do *amicus curiae*, devendo, ainda, observar os limites a que está sujeita.

A par da essencialidade de políticas assistenciais no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, não pode ignorar certas limitações, algumas delas, inclusive, de ordem constitucional, como a opção por um Estado Democrático de Direito.

Em relação ao julgamento das ações que envolvem o Benefício de Prestação Continuada, cujos critérios foram estipulados pelo legislador, por delegação do poder constituinte, o Supremo deve adotar uma postura cautelosa, pois o espaço de sua atuação é ainda mais limitado, em face das circunstâncias do caso, sendo que, nem sempre, como se viu, tais peculiaridades são consideradas no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, André Azevedo; MOREIRA, José Manuel. *O que é a escolha pública?* Para uma análise econômica da política. Cascais: Principia, 2004.
- APPIO, Eduardo. *Discricionariedade política do poder judiciário*. Curitiba: Juruá, 2008.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CANON, Bradley C. *Defining the dimensions of judicial activism*. *Judicature*, 66.6, 1983.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. A teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FABRI, Andréa Queiroz. *Responsabilidade do estado: planos econômicos e iniciativa privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/21/02-tercio.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2010.
- GICO, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1110>>. Acesso em: 11 out. 2010.
- \_\_\_\_\_. Liberdade no mundo moderno e o estado meio. Disponível em: <<http://209.85.165.104/search?q=cache:m0AQ3EYzfylg:www.idp.org.br/download>>.

php%3Farquivo%3Dw6r3uecvjin5.doc+%22ivo+gico%22+%22assist%C3%Aancia+social%22&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=1&gl=br>. Acesso em: 26 set. 2007.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2006.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

JACCOUD, Luciana; HADJAB, Patrícia Dario El-Moor; CHAIBUB, Juliana Rochet. Assistência social e segurança alimentar: entre novas trajetórias, velhas agendas e recentes desafios (1998-2008). Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps\\_17/volume01/07\\_capt04.pdf](http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_17/volume01/07_capt04.pdf)>. Acesso em: 5 dez. 2010.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LAVINAS, L. Inclusão e progressividade: os desafios da seguridade social brasileira. In: TONELLI VAZ, F.; MUSSE, J.; SANTOS, R. F. (Org.). *20 anos de Constituição Cidadã: avaliação e desafios da seguridade social*. Brasília: ANFIP, 2008.

MALFATTI, Elena et al. *Giustizia costituzionale*. Torino: Giappichelli Editore, 2007.

MEIRELLE, Hely Lopes. Mandado de segurança. 31. ed. atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. In: *O controle incidental ou concreto de normas no Direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. O pensamento de Peter Härbele na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Observatório da jurisdição constitucional. Disponível em: <[http://ojs.idp.edu.br/docs/Peter\\_Harbele\\_pdf](http://ojs.idp.edu.br/docs/Peter_Harbele_pdf)>. Acesso em: 17 abr. 2009.

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: *Tribunal constitucional, legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995.

RAGONE, Miguel. Políticas públicas de inclusão pelo consumo: uma análise dos custos e de sua justificativa. In: GICO JR., Ivo Teixeira; BORGES, Antônio de Moura (Coord.). *Intervenção do estado no domínio econômico – Temas atuais*. São Paulo: Lex; Aduaneiras, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos – Principais decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VALE, André do. Intercâmbio e cooperação internacional entre órgãos de jurisdição constitucional. Disponível em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/352/387>>. Acesso em: 4 dez. 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Império da lei ou da corte? Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/21/07-oscar.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2010.