

A Cidadania Social Existencial e a Evolução da Concessão do Benefício Assistencial da LOAS na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Através de uma Hermenêutica Reflexiva

Social Existential Citizenship and the Evolution on the Granting of LOAS Benefit Support in the Federal Supreme Court Case Law Through a Reflective Hermeneutics

FERNANDO AMARAL

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande (2005), Mestrando em Direito e Justiça Social na Universidade Federal do Rio Grande, Professor Colaborador na Universidade Federal do Rio Grande. Tem experiência na Área de Direito, com ênfase em Direito Processual e Justiça Social, Pesquisador do CNPQ, Advogado.

JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA

Mestre em Direito Público (Unisinos), Doutor em Serviço Social (PUCRS), Pós-Doutor em Educação Ambiental (FURG), Advogado Previdenciário e Coordenador, Pesquisador do CEPES – Centro de Estudos e Pesquisas em Seguridade Social, Professor de Direito Previdenciário da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Rio Grande (FURG).

Submissão: 05.05.2015

Decisão Editorial: 12.08.2015

Comunicação aos autores: 12.08.2015

RESUMO: Trata o presente artigo em dimensionar teoricamente a postura reflexiva do órgão jurisdicional e a evolução dentro de determinadas tradições jurídicas teóricas e a conseqüente efetivação da cidadania social existencial. Assim, mister enfrentar a cidadania social existencial como dimensão da dignidade da pessoa humana e realização da justiça social, bem como a posição das principais correntes e teorias do Direito que se ocuparam em delimitar a posição do juiz diante do direito e sua conduta correta dentro da sua dogmática. Utilizamos os aportes de Hans George Gadamer, dentro da hermenêutica filosófica descritiva, e sua importância para a interpretação, bem como eventual polêmica com a dialética prescritiva de Junger Habermas, e a relação de complementariedade de ambas e formar, assim, uma hermenêutica reflexiva. Para contextualizar as tradições jurídicas apresentadas e a necessidade de reflexão sobre o contexto posto em julgamento, foi apresentada a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal na concessão do benefício da Lei Orgânica da

Assistência Social (Lei nº 8.742/1993), sua influência na fundamentação e na compreensão reflexiva do julgador, bem como identificar no discurso a tradição teórica e a influência destes fatores no julgamento. Utilizando-se da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, pode-se perceber uma postura hermenêutica reflexiva do STF, trazendo uma compreensão livre da literalidade savigniana, pugnando pela efetivação da justiça social e da realização da cidadania social existencial.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica; teoria do Direito; benefício assistencial.

ABSTRACT: This article aims to achieve a theoretical dimension of the reflective attitude of the Supreme Court and the evolution within certain theoretical legal traditions and the consequent realization of social existencial citizenship. In this way, it is necessary to face the social existencial citizenship as a dimension of human dignity and accomplishment of social justice, as well as the positions of the main Law theories concerning a boundary of judge's position in front of the Law and the correct conduct inside his own dogmatic. In this regard, we used the contributions of Hans George Gadamer, within descriptive philosophical hermeneutics and its importance for interpretation, just as well as eventual controversy with the prescriptive dialectic of Junger Habermas and the complementary relationship of both ideals in order to form a reflective hermeneutics. To contextualize the legal traditions and the need of reflecting about the context putted on trial, was presented the evolution on the granting of the benefit from the Organic Law of Social Assistance (Law nº 8.472/1993) inside Federal Supreme Court case law, its influence on the reasoning and reflective understanding of the judge as well as identifying the theoretical traditions on the speech and the impact of these factors in the trial. Using bibliographic and case law researches it was possible to notice a reflexive hermeneutics positioning of the Supreme Court, bringing a free comprehension of literalness based on Savigny's ideals, striving for the achievement of social justice and the realization of social existencial citizenship.

KEYWORDS: Hermeneutics; legal theory; welfare benefit.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A evolução dos direitos do homem. Da cidadania civil à cidadania social existencial; 2 A (polêmica entre a) hermenêutica de Gadamer e a dialética de Habermas; 3 O papel do juiz na tradição de algumas correntes do Direito; 3.1 A escola histórica do Direito e a jurisprudência dos conceitos; 3.2 O movimento para o Direito livre, a jurisprudência dos interesses e a jurisprudência dos valores; 3.3 A teoria pura do Direito de Hans Kelsen; 4 A evolução hermenêutica (reflexiva) na jurisprudência do STF na concessão do benefício de assistência social da LOAS; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo investigar a descrição ontológica gadameriana do círculo da compreensão, a influência da prescrição dialética habermasiana neste processo e a necessidade deste procedimento na realização da justiça social e efetivação da cidadania social existencial.

O desenvolvimento do artigo está estruturado em quatro partes.

A primeira parte ocupou-se de demonstrar a evolução geracional dos direitos do homem, iniciando na cidadania civil e fechando na cidadania social

existencial, bem como a necessária conexão com a perspectiva normativa dignidade da pessoa humana.

A segunda parte ocupou-se por demonstrar a posição de Hans George Gadamer na descrição do círculo hermenêutico em sua hermenêutica filosófica e sua importância para a interpretação, bem como eventual polêmica com a prescrição dialética de Junger Habermas.

Na terceira parte, deu-se atenção em descrever as principais teorias do Direito que tratam do poder de atuação do juiz diante de um texto normativo. Foram abordadas as tradições da *Escola Histórica do Direito*, da *Jurisprudência dos Conceitos*, do *Movimento para o Direito Livre*, da *Jurisprudência dos Interesses*, da *Jurisprudência dos Valores* e da *Teoria Pura do Direito*.

Uma estudo de caso, na quarta parte, foi utilizado para ilustrar casuisticamente os aportes teóricos desenvolvidos para demonstrar a diferença de concessão do benefício assistencial da Lei Orgânica da Assistência Social. Portanto, partindo dessa necessidade, utilizou-se de um caso, o critério de miserabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para demonstrar se uma hermenêutica filosófica reflexiva favorece a cidadania social existencial através de uma justiça social e assim, esperamos, contribuir com este estudo na doutrina brasileira.

1 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM. DA CIDADANIA CIVIL À CIDADANIA SOCIAL EXISTENCIAL

A evolução dos direitos é uma necessidade constante da vivência social. Cada fato social novo poderá ter um olhar axiológico do Direito para se verificar a necessidade de juridicização e transformar os elementos deste fato social num suporte fático para incidência da norma, qualificando, assim, esse fato em fato jurídico.

Alguns direitos, no entanto, possuem uma qualificação especial. Sendo o direito à assistência social um dos “direitos do homem”, eles merecem especial atenção do Estado devido a sua fundamentalidade existencial do indivíduo e por estarem estritamente ligados com outros temas fundamentais. Nesses termos, Bobbio (2004, p. 1) destaca que há uma relação de existência entre direitos do homem, democracia e paz. Para este autor italiano, só há democracia numa sociedade de cidadãos, e estes só existem no sentido jurídico da palavra, quando lhe são reconhecidos alguns direitos fundamentais.

Com base nessa historicidade, Norberto Bobbio revelou uma classificação geracional¹ de direitos do

1 Em que pese a validade dos fundamentos geracionais (ou dimensões, como alguns preferem) no constitucionalismo latino-americano, a teoria geracional de Norberto Bobbio deve ser ressalvada. É íntima a

de direitos do homem². Os de primeira geração (civis e políticos), os de segunda geração (direitos sociais), os de terceira geração, que, dentre eles o mais importante, segundo este autor italiano, é o de viver num ambiente não poluído³.

Sob a perspectiva dos poderes e deveres do Estado em relação a esses direitos, para Norberto Bobbio (ibidem, p. 6), embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre duas com relação aos poderes constituídos: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Os de primeira geração correspondem aos direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; os de segunda, aos direitos sociais, uma ação positiva do Estado; nos direitos de terceira e de quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie.

Portanto, temos que direitos do homem são dimensões que surgem através da história dos povos que vão aumentando o nível de cidadania do homem e que é dever do Estado, através dos seus Poderes, que emanam do povo (pois não!), não incidir na proibição da proteção deficiente, bem como no retrocesso social. Assim, os direitos do homem são, em última análise, a realização da cidadania social⁴.

relação entre direitos do homem e Estado. Neste sentido, segundo Anderson Orestes Cavalcante Lobato (O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: RT, n. 22, p. 141-159, 1998, p. 2), a constitucionalização dos direitos do homem acompanhou a mudança de concepção de Estado de direito. A passagem do Estado liberal individualista, com base na visão de mundo do homem, para um Estado Social de bem-estar faz surgir o reconhecimento de direitos fundamentais não mais apenas de liberdade, mas também sociais para corrigir a desigualdade econômica e social gerado pela visão liberal-individualista. São fenômenos paralelos: o modelo de Estado e o catálogo de direitos do homem nas constituições. Portanto, devido às sínopes democráticas no Brasil, observação que serve para as ditaduras da América Latina, se teve uma solução de continuidade nos direitos políticos. Um olhar histórico para os textos constitucionais brasileiros, os que nos interessa, temos que os direitos civis (primeira geração de direitos, cidadania civil) surgiram em parte com a Constituição Imperial de 1824; os direitos sociais (segunda geração de direitos, cidadania social), com a Constituição de 1934; os direitos políticos (primeira geração de direitos, cidadania política), com a Constituição de 1934, suprimido com a Carta de 1937, restabelecido com a Constituição de 1946, suprimido com a Carta de 1967 e restabelecido na Constituição de 1988 junto com os direitos difusos (terceira geração de direitos). Como se percebe, a nossa peculiaridade histórica na evolução dos direitos fundamentais, e seu reflexo no Estado e na cidadania, está em que, adotando dicotomia geração/dimensão, os nossos *direitos políticos*, além da inversão histórica proposta por Bobbio, tiveram uma geração em 1934, finda em 1937, uma geração em 1946, finda em 1967, e se tornou uma dimensão, junto com os demais horizontes de direitos, com a Constituição de 1988. Devido às ditaduras, e valorizando a força normativa e a historicidade dos direitos fundamentais, temos no Brasil temos a seguinte cronologia cidadã: 1) direitos civis (primeira dimensão, cidadania civil, desde 1824); 2) direitos sociais (segunda dimensão, cidadania social, desde 1934); e 3) direitos políticos e difusos (terceira dimensão, desde 1988).

- 2 Este surgimento de novos direitos se dá através da historicidade social, que, segundo Norberto Bobbio (*A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 63), ocorreu de três modos: a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente etc.
- 3 Norberto Bobbio destaca que se está ainda em constante evolução e cita os direitos de quarta geração advindos das reivindicações dos direitos do homem em relação à pesquisa biológica (2004, p. 5).
- 4 Com base nesta perspectiva cidadã – direito de ter direitos –, Marshal, já em um texto de 1949 (MARSHAL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1963. p. 63),

Porém, é comum nos dias de hoje se falar em direitos humanos – ou direitos do homem – e ficar na vagueza de um discurso postulante sem elencar o conteúdo de estado social⁵ que realmente se quer. Fica-se na banalização do senso comum reivindicante sem exatamente pontuar que prestações materiais realmente realiza uma cidadania social digna.

Existir juridicamente é ter uma cidadania que dignifique o homem. A dignidade da pessoa humana comparece textualmente na Constituição de 1988, no art. 1º, III, como fundamento da República Federativa do Brasil, e no *caput* do art. 170 como finalidade da ordem econômica. Alexy (2014, p. 91), partindo de Dworkin, na sua teoria dos direitos fundamentais, destaca que toda norma que se interpreta a partir de um texto é uma regra ou um princípio, e a distinção

propôs uma tipologia: a) cidadania civil – que englobaria os direitos necessários a liberdade individual – ir e vir, imprensa, pensamento e fé, propriedade e conclusão de contratos válidos, justiça igual etc.; b) cidadania política – que englobaria o direito de participar no exercício do poder político; c) cidadania social – que englobaria tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade. Consolidando as gerações de direito de Bobbio e as cidadanias Marshal, temos que os direitos de primeira geração contêm a cidadania civil e política e os de segunda geração, a cidadania social. Os direitos de terceira, segundo o autor italiano, por ter uma heterogeneidade e vagueza muito grande, carecem de um lócus cidadão mais definido.

- 5 Conforme já destacamos, a CF de 1988, como toda constituição democrática, representa um embate político que resulta numa conquista, seja a conformação do Estado Liberal (direitos de liberdade), seja a do Estado Social de Bem-Estar (direitos de igualdade). A conformação deste Estado, portanto, se dá com a evolução dos direitos do homem, obrigando o Estado ora a se abster, ora a prover através da previsão de direitos fundamentais nas Constituições. O Estado liberal surge como resultado da luta contra o Estado Absolutista, e, para garantir a liberdade (não intervenção estatal) dos cidadãos, insere dois princípios nas constituições: a separação dos poderes – como meio assecuratório de controle entre eles – e o reconhecimento dos direitos civis. A Declaração dos Direitos do Homem (1791) foi muito clara ao rezar que “toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem a separação de poderes não possui constituição”. Dentro desses direitos individuais está a ampla liberdade de contratar e, como desdobramento, a não intervenção do Estado no mercado. O Estado só interviria para garantir as regras naturais do mercado. Após a Primeira Guerra Mundial, verificou-se a insuficiência da ampla liberdade econômica, pois a livre atuação dos agentes econômicos no mercado acabou gerando graves problemas sociais. O Estado social surge como reação a esta não intervenção estatal perniciosa, pois a liberdade irrestrita acabou gerando desigualdades sociais e necessitava-se buscar um bem-estar humanitário. Assim, num primeiro momento, amplia-se o catálogo de direitos fundamentais incluindo direitos de ordem social, econômica e culturais para após oferecer os meios necessários para tanto. Paulo Bonavides (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 186) faz uma diferenciação entre Estado Social e Estado Socialista. Num primeiro momento, como reação ao liberalismo nocivo, surge o Estado social, que seria a garantia de direitos sociais mínimos e a intervenção indireta na economia não mais para garantir o mercado, mas para regulá-lo. No Estado socialista, total ou parcial, para eliminar o capitalismo, ele começa a monopolizar certas atividades econômicas ou concorrer nelas com a iniciativa privada, intervindo diretamente na economia. Eros Grau (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica da Constituição de 1988*, 12. ed, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 148) chama essas intervenções do Estado na economia, respectivamente, de *absorção* ou *participação*, onde o Estado é um agente econômico que detém os meios de produção. Falar de Estado é falar de Constituição (pois não existe Estado fora de uma ordem constitucional), e falar de constituição é falar do seu conteúdo material principal: direitos fundamentais. Portanto, é íntima a relação entre direitos do homem e Estado. Interessante observação quanto ao Estado Social brasileiro é trazida por José Ricardo Caetano Costa, ao dizer que, “se é correto afirmar que o Brasil não chegou a integrar os países que experimentaram o que se denominou de Estado do Bem-Estar Social, parece-me correto o entendimento de que a Constituição Federal promulgada em 05.10.1988, batizada carinhosamente de Constituição Cidadã, trouxe, no seu bojo, inúmeros direitos conhecidos como *Welfare State*. Este raciocínio é válido e justifica-se notadamente quando do trato, pelos constituintes de 1988, das questões relacionadas com a seguridade e a assistência social” (COSTA, José Ricardo Caetano. *Previdência e neoliberalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 59).

entre eles é de qualidade, e não de grau hierárquico. Humberto Ávila, dentro da sua teoria dos princípios (2005, p. 60), nos traz, por meio da inovação de uma tipologia tricotômica, em que inclui o postulado, que um ou vários textos jurídicos ou dispositivos, ponto de partida para a construção normativa, podem experimentar uma dimensão imediatamente comportamental (regra) ou finalística (princípio) e/ou metódica (postulado). Ou seja, para esse autor, o que vai definir a norma como princípio, regra ou postulado não é a sua análise abstrata, como trata a maioria da doutrina, mas o modo que será aplicado o texto pelo intérprete. Portanto, tratar com o *mínimo de cidadania existencial social* é encarar a dignidade da pessoa humana como uma regra de conduta que impõe ao estado a providência de prestações mínimas. Ou seja, o texto constitucional não pode ser *uma excludente discursiva* para um não tratamento da dignidade da pessoa humana como regra e escapar de buscar, assim, de um parâmetro de prestações sociais que possam identificar se o Estado realiza a um mínimo de cidadania, a *cidadania social existencial*.

Sem esgotar o tema, mas a doutrina já elencou algumas prestações que, sem elas, não há uma vida digna, não se realiza a dignidade da pessoa humana, não há um *estado de direito cidadão*. Ou seja, sem determinadas prestações, não há *cidadania social existencial* no seu sentido jurídico.

Luis Roberto Barroso (2004, p. 335) destaca a associação da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais, apregoando que existe um núcleo material elementar composto do mínimo existencial, locução que identifica o “conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade”. Este constitucionalista não descarta, o que compartilhamos, uma variação subjetiva das prestações que compõem o mínimo existencial, mas aponta um certo consenso de que nele se inclui: *renda mínima, saúde básica, educação fundamental e, como instrumento de efetividade destes direitos, o acesso à justiça*. Esse autor frisa, ainda, que, aquém deste patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade.

Sobre o tema, Ana Paula Barcelos (2002, p. 305) nos traz uma pequena variação dizendo que:

O conteúdo básico, o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade. [...] Uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá incluir os direitos (1) à *educação fundamental*, (2) à *saúde básica*, (3) à *assistência no caso de necessidade* e (4) ao *acesso à justiça*. (grifos nossos)

Portanto, em que pese uma variação de conteúdo da realização de um *mínimo existencial* ou *cidadania social existencial*, percebe-se que os autores

supra tratam a dignidade da pessoa humana no esquema normativo típico das regras. Nesta acepção, tem aplicação do esquema tudo ou nada, possuindo, destarte, natureza de norma imediatamente descritiva (mandado de definição). Ou seja, não descartamos a dimensão deontológica da dignidade da pessoa humana, mas, para sair da *zona de conforto discursiva dos princípios* e suas possíveis ponderações com outros interesses – mormente com a reserva do possível –, mister tratar o mínimo de bem-estar social dentro de um esquema de tudo ou nada. Com esse tratamento normativo da cidadania é possível verificar se o Estado cumpre a *cidadania social existencial* ou ainda está em débito com a evolução social e histórica dos direitos do homem.

Portanto, diante do perfil cidadão ontologicamente existencial e social da assistência social é que o juiz e o cientista do Direito necessitam de uma hermenêutica jurídica e de uma teoria do direito que tutele eficientemente este bem jurídico evitando o retrocesso social, bem como a realização da justiça social.

2 A (POLÊMICA ENTRE A) HERMENÊUTICA DE GADAMER E A DIALÉTICA DE HABERMAS

Diante da necessidade de um horizonte adequado do intérprete sobre o meio ambiente, cumpre destacar o modo como se opera a compreensão, interpretação e aplicação dos textos jurídicos e eventual conflito entre a hermenêutica e a dialética.

Quanto à estrutura da interpretação, coube a filosofia-hermenêutica trazer fundamentos que até hoje não tiveram uma oposição seria. Consolidada pelo alemão Martin Heidegger, este tratou da pré-compreensão do intérprete como fator primordial para uma correta compreensão dos fatos. Hans-George Gadamer, como base em Heidegger, trouxe esta estrutura interpretativa em sua clássica obra *Verdade e método*, lançada em 1960 para a hermenêutica jurídica, tornando-se o principal teórico da hermenêutica-filosófica.

Gadamer adverte que a compreensão dos textos torna-se legítima quando a pré-compreensão do intérprete não é arbitrária, o intérprete não pode manipular os preconceitos para extrair da norma o sentido que lhe aprouver, neste termos:

A compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não são arbitrárias. Por isso faz sentido que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, a partir da opinião prévia que lhe subjaz, mas que examine tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validez. (Gadamer, 2014, p. 356)

Ou seja, a compreensão somente é válida quando o intérprete não se utiliza de subterfúgios argumentativos para forjar a interpretação. Logo, deve

o hermenêuta estar aberto aos (pre)conceitos cabíveis para extrair o sentido do texto.

Outro destaque que se deve fazer é que, para Gadamer, não há possibilidade de cindir interpretação da compreensão. Esses atos são ontologicamente únicos, eis que “a interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar a compreensão. Antes compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é forma explícita da compreensão” (Ibidem, p. 406).

Gadamer avança e afirma que quem interpreta também aplica a norma: “Ora, nossas reflexões nos levaram a admitir que, na compreensão, sempre ocorre algo com uma aplicação do texto a situação atual do intérprete” (Ibidem, p. 406).

Outros pontos fundamentais da teoria hermenêutica de Gadamer na estrutura da interpretação está quanto à tradição, fusão de horizontes e preconceitos do intérprete (que não necessariamente são nocivos, é no sentido de conceitos prévios). Nas palavras de Gadamer, “horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de um determinado ponto” (idem, p. 399). O autor complementa:

[...] o *horizonte do passado*, do qual vive toda vida humana e que se apresenta sob a forma de tradição, que já está sempre em movimento. [...] O nosso próprio passado a qual se volta consciência histórica faz parte do horizonte móvel a partir do qual vive a vida humana, esse horizonte que a determina como origem e tradição. Compreender uma *tradição*, sem dúvida, requer uma tradição histórica. (Ibidem, p. 402-403 – grifos nossos)

Ainda:

[...] uma situação hermenêutica está determinada pelos *preconceitos* que trazemos conosco. Estes formam o *horizonte de um presente*, pois representam aquilo além do que não conseguimos ver. [...] O horizonte do presente, pois, não se forma à margem do passado que trazemos conosco. Não existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes à margem do passado. Antes, compreender é sempre o processo de *fusão destes horizontes* presumivelmente dados por si mesmos. (Ibidem, p. 404 – grifamos do original)

Estruturando esses conceitos, Gadamer narra que a interpretação dos textos é um movimento circular de compreensão, um vai-e-vem pelos textos, e, quando a compreensão se realiza, essa circularidade é suspensa.

Neste espectro de conceitos ontológicos que Gadamer nos traz a posição de como este círculo hermenêutico da compreensão se relaciona com os elementos hermenêuticos, nestes termos (grifamos):

[...] A teoria tradicional do *círculo hermenêutico*, em particular, se apresenta sob novo aspecto e adquire importância fundamental. Não se trata somente da relação formal entre a antecipação do todo e a construção das partes, correspondente à regra de “decompor e recompor” que nos era ensinada nos cursos de latim – relação que de fato constitui a *estrutura circular da compreensão de textos*. Ora, o círculo hermenêutico é um círculo rico em conteúdo (*inhaltlich erfüllt*) que reúne o intérprete e seu texto numa unidade interior a uma totalidade em movimento (*processual whole*). A *compreensão* implica sempre uma *pré-compreensão* que, por sua vez, é prefigurada por uma *tradição* determinada em que vive o intérprete e que modela os seus *preconceitos*. (Gadamer, 2006, p. 13)

Gadamer defende que esse mecanismo não é meramente formal (2014, p. 388); ele é ontológico e existencial no intérprete. Ele refuta qualquer método mecânico de interpretação como algo idôneo para a interpretação, tanto que para ele onde há verdade não há método (Ibidem, p. 385). Aliás, o título da sua obra maior seria melhor, conforme destaca Ernildo Stein (1987, p. 113), como *Verdade ou método*.

Portanto, a teoria hermenêutica-filosófica gadameriana nos traz um paradigma de análise: compreender, interpretar e aplicar é uma ato único, este ir e vir no texto e contexto é denominado por Gadamer de *círculo hermenêutico*.

No entanto, não se pode colocar em Gadamer o fardo para a solução de toda hermenêutica jurídica. Ele mesmo revelou a Friedrich Muller que a sua hermenêutica até poderia reconhecer o trabalho modelar da operação jurídica; no entanto, não estaria ela em condições de desenvolver nortes metodológicos para o Direito e para a ciência jurídica (Miozzo, 2014, p. 13, prefácio de Friedrich Muller). Müller defende que a sua teoria estruturante começou onde Gadamer parou com a sua obra *Estrutura da norma e normatividade*, transcendendo a hermenêutica a uma concepção abrangente que inclui a dogmática jurídica metódica, a teoria do direito, a teoria da constituição e teoria jurídica (Ibidem, p. 13).

Quanto a essa insuficiência na hermenêutica-filosófica de Gadamer, desenvolveu-se uma antiga polemica entre a hermenêutica de Gadamer e a dialética de Jürgen Habermas.

Logo que Gadamer lançou *Verdade e método* em 1960, Habermas publica, em 1967, *A lógica das ciências sociais*, em que examina a hermenêutica gadameriana e lança a sua crítica. Gadamer respondeu a Habermas em outras obras, que, por sua vez, também replicou em outros escritos, inaugurando umas das polemicas mais produtivas e conhecidas no ramo da interpretação jurídica.

Habermas defende que a reflexão, captada pelo pensamento crítico dialético, tem força para quebrar a extensão ontológica gadameriana do preconcei-

to legitimado na tradição. Ele não nega a verdade existencial destes elementos hermenêuticos; muito pelo contrário, ele as confirma, no entanto defende que a pretensão de universalidade da hermenêutica não se confirmou. Assim refletiu Habermas:

O preconceito gadameriano em favor do direito dos preconceitos legitimados pela tradição contesta a força da reflexão, que se confirma no fato também de poder recusar a pretensão das tradições. *A substancialidade desaparece na reflexão, porque esta reflexão não apenas confirma, mas também quebra forças dogmáticas.* Autoridade e conhecimento não convergem. Com certeza, conhecimento está enraizado numa tradição fática; ele permanece ligado a condições contingentes. Todavia, não é sem deixar rastros que reflexão trabalha a facticidade das normas transmitidas. Ela está condenada à ulterioridade. No entanto, retrospectivamente, ela desenvolve uma força retroativa. Nós só podemos nos curvar sobre normas interiorizadas, depois de termos aprendido a segui-las de início de maneira cega sob a força exteriormente imposta. Uma vez que a reflexão se lembra do caminho da autoridade, no qual as gramáticas dos jogos de linguagem foram dogmaticamente postas em funcionamento como regras da concepção de mundo e do agir, pode ser eliminado da autoridade aquilo que nela era mero domínio e dissolvido na compulsão desprovida de violência da inteligência e da decisão racional. (Habermas, 2009, p. 261)

Como destaca Ernildo Stein (Ibidem, p. 114), para Habermas o que falta à hermenêutica filosófica é esta reflexão. A crítica que Habermas faz a Gadamer incide particularmente ali, onde este identifica autoridade (tradição) com conhecimento e tenta reabilitar o preconceito a partir da estrutura pré-conceitual do compreender.

Apesar de simbolicamente ser uma polêmica, compartilhamos com Stein (ibidem, p. 102) que a teoria hermenêutica e o método crítico-dialético se complementam. Trata-se de um confronto que está no plano da complementaridade, apesar da pretensão de universalidade apresentada tanto pela crítica como pela hermenêutica.

A teoria de Gadamer não quer apresentar um método hermenêutico com base numa tecnologia da compreensão, não quer construir um método da compreensão (Stein, 1987, p. 113). Gadamer nunca teve pretensões de construir uma prescrição, mas sim uma *teoria descritiva*, e em sua obra isso é muito claro: “Minha verdadeira intenção, porém, foi e continua sendo uma intenção filosófica: o que está em questão não é o que fazemos, o que deveríamos fazer, mas o que nos acontece além do querer e fazer” (Gadamer, 2014, p. 14). Diferente de Habermas, que, numa *teoria prescritiva*, defende que, através do processo reflexivo da dialética comunicativa entre os interlocutores, pode-se afastar a autoridade da tradição e se chegar ao conhecimento.

Entendemos, portanto, que a incompletude para a ciência jurídica na teoria (descritiva) hermenêutica de Gadamer está no fato da ausência de uma (prescrição) dialética reflexiva. Gadamer, ao afirmar que quando a compreensão se completa e assim o círculo hermenêutico encerra, descarta o diálogo externo que se deve ter com os demais interlocutores que compartilham o texto e o contexto. Entendemos que isso é essencial quando se trata de texto jurídicos, em que o destinatário da norma não é o único intérprete⁶, pois, ao fim e ao cabo, prevalecerá a interpretação do órgão jurisdicional. Se o órgão jurisdicional interpreta determinado texto, logo já está aplicando, sem ouvir os demais sujeitos do processo e suas respectivas interpretações, ele perde o oportunidade – e o dever – de se chegar numa hermenêutica mais adequada e democrática ao caso concreto e, assim, diminuir a potencialidade do justo. Talvez esta seja a carência em sua teoria que Gadamer narrou a Muller, e que coube a Habermas complementar.

Portanto, defendemos uma *hermenêutica reflexiva* que é exatamente a descrição ontológica gadameriana do intérprete complementada pela prescrição dialética habermasiana, mormente para prestações que garantem a *cidadania social existencial* onde há grande peso multidisciplinar.

3 O PAPEL DO JUIZ NA TRADIÇÃO DE ALGUMAS CORRENTES DO DIREITO

Após contextualizar a descrição gadameriana dentro da ontologia da interpretação e a necessidade prescritiva de uma reflexão nos termos de Jünger Habermas, mister trazer um panorama dentro da tradição jurídica da justificação teórica das decisões judiciais do direito para após analisarmos o caso concreto sobre a concessão do benefício assistencial social no Supremo Tribunal Federal.

É uma preocupação constante na teoria do direito a necessidade de perceber na interpretação/aplicação a possibilidade de se fazer justiça, quando o intérprete está realmente extraíndo um sentido possível do texto ou está criando norma nova a partir do texto posto pelo legislador e a legitimidade desta decisão. A questão está em saber se decisões judiciais a depender das correntes aqui

6 Dentro de uma tópica constitucional subjetiva, segundo Peter Haberle, a teoria da interpretação constitucional tem concentrado seus esforços em dois pontos principais: (1) a questão acerca das tarefas e objetivos da interpretação e (2) a questão acerca dos métodos, que envolve o processo da interpretação e suas regras. No entanto, há um aspecto fundamental para o qual não se tem dado a devida importância: a questão relativa aos participantes da interpretação. Isto ocorre em razão do forte vínculo que a teoria da interpretação constitucional tem mantido com um modelo de sociedade fechada, conferindo especial destaque aos procedimentos formalizados e à interpretação constitucional realizada pelos Magistrados. Contudo, por mais importante que seja a interpretação constitucional dos juizes, ela não é a única possível. (HABERLE. Peter. Conf. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997, passim)

enfrentadas podem ser consideradas justas e efetivadoras de direito e verificar, inclusive, o nível democrático do intérprete.

Esta atenção da teoria do direito é dada desde o início do século passado, e surgiram, assim, várias correntes doutrinárias em diversos países para delimitar esta fronteira, bem como outras que consideram esta separação supérflua.

Alguns autores tentaram enfrentar o problema se utilizando, inclusive, de outros ramos da ciência para justificar as suas teses. Analisaremos algumas tradições jurídicas que foram profícuas nesta análise e que contribuíram para tanto.

3.1 A ESCOLA HISTÓRICA DO DIREITO E A JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS

Dentro da *Escola Histórica do Direito* de Savigny (1779-1881), o juiz tinha um papel meramente passivo no direito; a tarefa de realizar justiça era afeta funcionalmente ao legislador e não ao juiz, sendo, inclusive, proibido ao tribunal o uso de uma interpretação teleológica. Segundo Karl Larenz:

[...] condena Savigny uma interpretação “teleológica”: o juiz deve atender não ao que o legislador busca atingir, mas só ao que na realidade preceituou; ou mais precisamente: ao que nas palavras da lei, segundo o seu sentido lógico, gramatical e a extrair da articulação do sistema, verdadeiramente encontrou uma expressão como conteúdo do seu dispositivo. O juiz não tem, como um criador, que aperfeiçoar a lei – tem apenas que executá-la: “Um acabamento da lei é, decerto, possível, mas deve ser obra unicamente do legislador, em nenhum caso do julgador”. (Larenz, 1969, p. 3)

Houve um avanço com a *Jurisprudência dos Conceitos* de Puchta, um dos representantes desta corrente no século XIX. Surge a possibilidade de o juiz suprir as lacunas dos textos legais através de conceitos dispostos numa pirâmide conceitual dentro de um sistema lógico-formal. No ápice dessa pirâmide, estaria um conceito supremo que procederia da filosofia. Karl Larenz destaca que:

Como exemplo desta “escalada conceitual”, apresenta ele o conceito de servidão de passagem, que, num primeiro plano, será um direito subjetivo, e, “por conseguinte, um poder sobre um objeto”; num segundo plano, um direito “sobre uma coisa”, ou como diríamos, um direito real; depois “um direito sobre coisa alheia”, e, por conseguinte, uma sujeição parcial desta última; noutra plano ainda, como a particular espécie desta sujeição é a fruição, dir-se-á que a servidão de passagem pertence ao gênero dos direitos sobre as coisas para fruição. [...] “genealogia dos conceitos” ensina, portanto, que o conceito supremo, de que deduzem todos os outros determina pelo seu conteúdo. Porém, de onde procede o conteúdo desse conceito supremo? Segundo Puchta, esse conceito procede da filosofia do direito: assim se consegue um ponto de partida seguro com que construir dedutivamente todo o sistema e extrair novas proposições jurídicas. (Ibidem, p. 15)

Pela análise da posição teórica de Puchta verifica-se um maior poder do juiz no manuseio do conteúdo do texto; no entanto, este conteúdo lhe é dado previamente pela ciência jurídica e ultimado pela filosofia do Direito. Ou seja, o conceito autorizado na jurisprudência dos conceitos é o conceito doutrinário, não judicial. Portanto, o que vai realizar justiça direito propriamente dita, além da lei no pensamento de Puchta, é a doutrina jurídica.

3.2 O MOVIMENTO PARA O DIREITO LIVRE, A JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES E A JURISPRUDÊNCIA DOS VALORES

Em reposta à completude do sistema jurídico proposto pela Escola Histórica do Direito e pela Jurisprudência dos Conceitos e o papel passivo do juiz nestas tradições, surge a tradição *Movimento para o Direito Livre*, que teve em Eugen Ehrlich seu principal fundador. Esse movimento trouxe um *voluntarismo* para a decisão judicial até hoje sem precedentes. Traz esse movimento descritivamente que, inexoravelmente, toda decisão judicial é uma atividade criativa e pessoal que escapa, inclusive, ao método de investigação dos fatos legislativos proposta pela Jurisprudência dos Interesses, como veremos *infra*. A expressão “Movimento para o Direito Livre” remonta a uma antiga conferência de Ehrlich de 1903, que traduz a importância da livre investigação do Direito pela jurisprudência, não através da discricionariedade judicial e emocional, mas a busca da justiça com base na tradição jurídica (Ibidem, p. 69). Essa dimensão prescritiva dada por este movimento traz um limite a esta atividade criativa: não pode o juiz, nesta atividade, fugir à tradição jurídica traduzida pela decisão jurídica dos cidadãos, pela jurisprudência e ciência do direito. Logo, pode-se dizer que o juiz, ao aplicar o texto, tem poder de criar o direito e realizar a justiça, mas esta liberdade possui como *limite material* a tradição da sua comunidade, que pode ser no sentido gadameriano anteriormente já descrito.

Através da *Jurisprudência dos Interesses*, surgida no início do século XX, que teve em Philip Heck seu principal nome – um dissidente do movimento para o direito livre, pois se opunha à possibilidade de interpretação *contra legem* defendida por alguns teóricos nesta corrente (Miozzo, 2014, p. 159) –, houve mais uma reação ao formalismo e ao dogma da completude do direito proposto pela Jurisprudência dos Conceitos. Surge um juiz que deve se atentar aos interesses sopesados pelo legislador ao elaborar a lei, pois, afinal, o legislador não tinha a capacidade de solucionar textualmente as necessidades da vida na sua inteiridade. Assim, o juiz, através do método da ponderação dos interesses (Ibidem, p. 171), assume um papel mais ativo, buscando, no elemento histórico do texto, através dos trabalhos preparatórios legislativos, a solução e justiça para o caso, conforme destaca Larenz:

[...] O objectivo final da jurisdição e da resolução pelo juiz dos casos concretos é, por seu turno, “a satisfação das necessidades da vida, a satisfação das apetências e das tendências apetivas, quer materiais, quer ideais, presentes na comunidade jurídicas”. São estas apetências e tendências apetivas que designamos – elucida Heck – por interesses, e a particularidade da jurisprudência dos interesses consiste em “tentar não perder de vista esse objetivo último em toda a operação, em toda a formação de conceitos”. (Larenz, 1969, p. 55)

A jurisprudência dos interesses de Heck conseguiu um inusitado êxito pelo menos no âmbito do direito privado (Larenz, 1997, p. 163). No entanto, seus próprios partidários a criticavam, pois pecava em limitar o “interesse” no critério definido pelo legislador, e era necessário buscar o que o interesse representava ou deveria representar para as partes do litígio. Surge, assim, com a *Jurisprudência dos Valores*, uma variação da jurisprudência dos interesses, através de uma aproximação do direito com a sociologia. O elemento histórico da interpretação perde importância com esta variante teórica, separando “interesse” e valorização que seria, em última análise, corolário de justiça (Ibidem, p. 163). A jurisprudência dos valores, que teve como expoente Harry Westermann, tinha no critério de justiça e na sua respectiva fundamentação jurídica para seus críticos o seu “calcanhar de Aquiles”. Ao se relacionar com o conceito de valor que deveria ser o esperado pelas partes, desloca o foco da fundamentação jurídica para uma motivação que prima o problema em detrimento da norma como metodologicamente trabalhou Theodor Viegh em sua obra *Topik und Jurisprudenz*⁷. Neste sentido, Karl Larenz destaca:

Colocada a questão de como seria susceptível de fundamentação a afirmação de que precisamente tal decisão seria no caso vertente a decisão “justa”, deparamos de novo com a questão de se os valores e o que é valioso são, em termos gerais, susceptível de reconhecimento em sentido racional. Igualmente, quando se sustenta que é possível produzir algumas asserções fundamentadas sobre aquilo que são os ditames da “justiça”, se bem que dessas asserções se não induza qualquer caminho directo para o seu reconhecimento, aquilo que requer a justiça face a determinado caso consubstancia um juízo “justo”. Aqui surge a “tópica”, cuja pretensão de aplicabilidade à jurisprudência foi levada a cabo por Viehweg ou, de um modo mais amplo, o procedimento de um discurso vinculado ao caso, o tratamento englobante dos problemas emergentes no caso com o objectivo de um consenso dos interlocutores, ou, em termos gerais mais abstractos, a “aptidão de consenso” da solução proposta em conclusão. Em tal discurso são considerados relevantes os diversos pontos de vista (“*topoi*”) que se mostrem aptos a servir de argumentos pró ou contra a solução ponderada. De entre eles, o argumento

7 Tradução brasileira: VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Trad. da 5. ed. alemã, rev. e ampl. Kelly Susane Alfien da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

sobre as consequências (“o que é que ocorreria se fosse adoptada esta ou aquela solução”) desempenha um papel de particular importância. (Ibidem, p. 170)

3.3 A TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS Kelsen

Com as concepções de que a ciência do Direito estava mais voltada para a sociologia jurídica, a tradição reagiu na busca de um direito puro. Foi Hans Kelsen quem se cuidou desta tarefa; Karl Larenz (1969, p. 81) comenta:

A sua “Teoria Pura do Direito” constitui a mais grandiosa tentativa de fundamentação da ciência do Direito como ciência – mantendo-se embora sob o império do conceito positivista desta última e sofrendo das respectivas limitações – que o nosso século veio até hoje conhecer. O que não obsta acrescentar: assim como a jurisprudência dos interesses é deficiente como teoria, mas foi de grande utilidade prática, assim a Teoria Pura do Direito atinge um alto nível como teoria, mas, do ponto de vista prático, os seus resultados são pobres. [...]

Ao perquirir o papel criativo do juiz nesta teoria, verifica-se que, para Hans Kelsen, há um escalonamento normativo hierarquicamente disposto numa pirâmide que dará regularidade jurídica ao ordenamento (Kelsen, 2007, p. 123). No vértice dessa pirâmide está a Constituição e, descendo até a base, terão as leis, decretos (ambos atos gerais) e depois a sentença e o ato administrativo (atos individuais) (Ibidem, p. 126). Todo ato cria e aplica o direito, sendo que o maior grau de criação advém ato mais próximo do vértice e o maior grau de aplicação do mais próximo da base sempre, obedecendo à *moldura* do alto que está acima. Assim explica Hans Kelsen (Ibidem, p. 126):

A liberdade do legislador, que só está subordinado à Constituição, submete-se a limitações relativamente fracas; seu poder de criação permanente relativamente grande. A cada grau que desce, a relação entre liberdade e limitação se modifica em favor do segundo termo: a parte da criação aumenta e da livre criação diminui.

Para Hans Kelsen, dentro da execução da norma superior e criando na norma inferior, há um espaço de decisão do intérprete dentro da moldura superior. Por ter essa liberdade de criar o direito dentro da moldura, este agir não é meramente cognitivo, mas volitivo. Há uma discricionariedade política dentro da moldura. A constituição opera-se da aplicação da norma fundamental, que é a única “não produzida através de um acto de vontade, mas apenas mentalmente pressuposta” (Larenz, 1969, p. 93). Todas as possibilidades de produção do direito dentro das molduras superiores estão corretas na teoria pura de Hans Kelsen; não há injustiças dentro das interpretações possíveis (Ibidem, p. 94), e Hans Kelsen deixa isso muito claro quando afirma que:

A indagação sobre qual das várias possibilidades na moldura de uma norma é a “justa” é – conforme a exposição – não uma indagação dirigida ao conhecimento do direito positivo, não problema jurídico-teórico, mas político-jurídico. A tarefa: obter da lei a sentença judicial justa ou ato administrativo justo é essencialmente o mesmo que criar, na moldura da constituição, as leis justas. *Assim como da constituição não se pode obter leis justas, através da interpretação, da lei, também não se pode obter sentenças justas através da interpretação.* (Kelsen, 2013, p. 153 – grifos nossos)

Foge do presente estudo explorar as críticas e virtudes da “Teoria Pura do Direito” de Hans Kelsen pormenorizadamente; no entanto, é preciso frisar qual o objeto de Hans Kelsen na sua teoria: uma metodologia para conceituar o direito. A maioria das críticas infundadas feitas à *teoria pura do Direito* são dentro de uma filtragem interpretativa, o que não foi o seu foco. O ato de vontade para Kelsen é uma idealidade e, como simples ato humano, é alheio ao direito, ou seja, não é objeto da ciência jurídica. Isso significa dizer que o Direito não está fundamentado na moral ou em qualquer outra dimensão que não no próprio Direito. O Direito, portanto, regula sua própria produção através da conhecida pirâmide. O que “produz” esse direito – ato legislativo, ato jurisdicional, ato administrativo – é o ato (ideal) de vontade, mas ele é alheio à ciência jurídica. Embora Kelsen seja um relativista moral e não acredite em resposta correta, ele não apresentou uma teoria da interpretação; é só uma teoria positivista pra conceituar o Direito e aí ela e seu intento se esgotam.

Portanto, além do legislador, o juiz, assim como o administrador, na *teoria Pura do direito* de Hans Kelsen, tem o poder de criar o Direito dentro da moldura normativa superior sendo, dentro desta tradição, livre na conformação.

4 A EVOLUÇÃO HERMENÊUTICA (REFLEXIVA) NA JURISPRUDÊNCIA DO STF NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL DA LOAS

A jurisprudência é uma das formas de expressão do direito. Diferente da filosofia do direito e da teoria do direito, que são livres de interesses práticos, e sem desconsiderar as interdependências sistêmicas, a jurisprudência tem sempre em vista um ordenamento jurídico determinado e uma atividade jurídica prática (Larenz, 1997, p. 267). Perceber se a decisão judicial do caso ultrapassou os limites do ordenamento cabe às teorias do Direito, das quais algumas tradições exemplificamos nos itens anteriores, e a hermenêutica jurídica, cada qual com o seu olhar. O jurista que decide o caso concreto é um ser histórico e, como tal, é condicionado pela tradição jurídica da comunidade que está inserido. Todas as suas precompreensões que serão usadas no contexto do caso para extrair a norma do texto estarão na sua fusão de horizontes; isso é inexorável dentro da hermenêutica filosófica de Gadamer, que, aqui, adotamos sem afastar uma

reflexão através de uma dialética habermasiana como fator legitimador (hermenêutica reflexiva). A fundamentação dessa decisão judicial resolutive do caso concreto, quando idônea, irá compor a tradição e servirá de horizonte passado para futuras decisões, formando um círculo virtuoso na tradição da comunidade jurídica. Portanto, mister um olhar para a jurisprudência dentro de uma perspectiva da teoria do direito para filtrar através da ciência o estágio científico que o precedente se encontra e, assim, orientar os casos futuros dentro de uma expectativa legítima mormente, na temática aqui apresentada, para fins de efetivação da cidadania social existencial e a social.

Em que pese a densidade teórica da questão, essa abordagem possui grande interesse prático nos termos de uma justiça social, como veremos no caso analisado a seguir.

Conforme se verificou, ao tratarmos a dignidade da pessoa humana dentro do esquema de regra (norma de conduta), é possível desenvolver um mínimo de prestações existenciais que orientam o Estado a realizar a *cidadania social existencial*. Dentro dessas prestações, pode-se verificar que a ajuda aos necessitados, e seu instrumento de acesso a justiça, é uma prestação que compõe um mínimo de cidadania social.

A CF/1988 assegurou, em seu art. 203, V, o benefício de assistencial de um salário-mínimo às pessoas portadoras de deficiências e aos idosos (atualmente com 65 anos ou mais). Trata-se de um benefício da assistência social que compõe, junto com a saúde e previdência social, a Seguridade Social. O legislador, dentro da sua liberdade de conformação, editou a Lei nº 8.742/1993, a qual regulamentou este benefício assistencial no art. 20⁸.

O legislador, ao regulamentar o benefício mínimo aos necessitados previsto na CF, elegeu um critério objetivo de miserabilidade: *a renda mensal per capita familiar não pode ser igual ou superior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo para que o idoso, com 65 anos ou mais, ou deficiente farão jus ao benefício de um salário-mínimo*. Ou seja, caso o idoso ou deficiente componha uma

8 “Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011). § 1º Para os efeitos do disposto no *caput*, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011). § 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011). § 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)”. Para maior compreensão da LOAS e do seu único benefício de prestação pecuniária e continuado, ver SERAU JR., Marco Aurélio; COSTA, José Ricardo Caetano. *Benefício assistencial*: temas polêmicos. São Paulo: LTr, 2014.

família de 4 pessoas em que um membro ganhe um salário-mínimo (ou soma de remuneração de todos), ele já não possui direito ao benefício assistencial.

Esse critério de miserabilidade descrito pelo legislador foi questionado no STF. Num primeiro momento, o STF decidiu, na ADIn 1232, pela constitucionalidade do critério legal de miserabilidade ponderado pelo legislador em decisão assim ementada:

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. (ADIn 1232/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, Rel. p/o Ac. Min. Nelson Jobim, J. 27.08.1998)

A simples análise da ementa já nos dá o horizonte teórico e compreensivo da Corte Suprema neste julgado. Diante da passividade gramatical na concretização da assistência social, é manifesto, no nosso entender, o universo da decisão nesta ADIn numa pré-compreensão que culmina na vetusta tradição da *Escola Histórica do Direito* de Savigny, onde sequer motivou o uso de uma interpretação teleológica da norma constitucional, o que também era proibido por esta tradição, como demonstramos. Poder-se-ia argumentar que a posição do STF nesta ADIn tenha um horizonte passado na tradição da *teoria pura do direito* de Hans Kelsen; no entanto, a Corte não explorou sequer se a lei legislou dentro da moldura constitucional. Essa decisão também não está enquadrada na *Jurisprudência dos Conceitos*, pois não se investigou doutrinariamente conceito de miserabilidade na tradição doutrinária ou filosófica (o que, pelo mesmo motivo, já afasta a *Jurisprudência dos Valores*). Também não se coaduna com a *Jurisprudência dos Interesses*, pois não se utilizou do elemento histórico do texto através dos trabalhos preparatórios da constituinte. Por razões manifestas aqui demonstradas, a decisão está longe de estar inserida na tradição do *Movimento para o Direito Livre*.

Depois de muitos *acessos à justiça*, o STF evoluiu nas tradições teóricas na sua jurisprudência e declarou a inconstitucionalidade do critério legal na concessão do benefício da LOAS, nestes termos (grifamos):

Ao apreciar reclamação ajuizada pelo INSS para garantir a autoridade de decisão da Corte proferida na ADIn 1232/DF (DJU 09.09.1998), que declarara a constitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS), o Plenário, por maioria, julgou improcedente o pedido por considerar possível revisão do que decidido naquela ação direta, em razão da defasagem do critério caracterizador da miserabilidade contido na mencionada norma. Assim, ao exercer novo juízo sobre a matéria e, em face do que

decidido no julgamento do RE 567985/MT e do RE 580963/PR, *confirmou a inconstitucionalidade do: a) § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993, que estabelece a renda familiar mensal per capita inferior a 1/4 do salário-mínimo para a concessão de benefício a idosos ou deficientes; e b) parágrafo único do art. 34 da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) [“Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS. Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a LOAS”]. [...] Asseverou-se que o critério legal de “renda familiar per capita inferior a um quarto do salário-mínimo” estaria defasado para caracterizar a situação de miserabilidade. Destacou-se que, a partir de 1998, data de julgamento da mencionada ADIn, outras normas assistenciais foram editadas, com critérios mais elásticos, a sugerir que o legislador estaria a reinterpretar o art. 203, V, da CF [...]. Aduziu-se ser possível que o STF, via julgamento da presente reclamação, pudesse revisar o que decidido na ADIn 1232/DF e exercer nova compreensão sobre a constitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993. Obtemperou-se que, hodiernamente, o STF disporia de técnicas diversificadas de decisão para enfrentar problemas de omissão inconstitucional. Se fosse julgada hoje, a norma questionada na ADIn 1232/DF poderia ter interpretação diversa, sem necessidade de se adotar posturas de autocontenção por parte da Corte, como ocorreria naquele caso. Frisou-se que, no atual contexto de significativas mudanças econômico-sociais, as legislações em matéria de benefícios previdenciários e assistenciais teriam trazido critérios econômicos mais generosos, com conseqüente aumento do valor padrão da renda familiar per capita. Consignou-se a inconstitucionalidade superveniente do próprio critério definido pelo § 3º do art. 20 da LOAS. Tratar-se-ia de inconstitucionalidade resultante de processo de inconstitucionalização em face 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). Pontuou-se a necessidade de se legislar a matéria de forma a compor um sistema consistente e coerente, a fim de se evitar incongruências na concessão de benefícios, cuja conseqüência mais óbvia seria o tratamento anti-isonômico entre os diversos beneficiários das políticas governamentais de assistência social. [...]. (RCL 4374/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, 18.04.2013 – grifos nossos)*

Como se percebe, o STF, na nova decisão, além de não se utilizar do elemento gramatical da interpretação, postura esta que pode ser classificada como uma “parcialidade positiva”⁹, afastou-se das opiniões prévias sobre o contexto

9 A “parcialidade positiva do juiz” (SOUZA, Artur César. A parcialidade positiva do juiz (justiça parcial) como critério de realização – no processo jurisdicional – das promessas do constitucionalismo social. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio (Org.). *Direito da previdência e assistência social: elementos para uma compreensão interdisciplinar*. Florianópolis: Conselho Editorial, p. 329-361) “tem por finalidade a efetivação

econômico e social que fundamentaram a decisão anterior através de uma *hermenêutica reflexiva* na matéria considerando, para uma nova pré-compreensão, fusão de horizontes, as notórias mudanças fáticas e jurídicas que influenciam o contexto do julgado, exercendo, assim, uma nova compreensão sobre o conceito constitucional de *miserabilidade*.

É possível enquadrar a decisão na RCL 4374/PE dentro da *Jurisprudência dos Interesses*, pois destacou que, a partir do julgamento da ADIn 1232 em 1998, outras normas assistenciais foram editadas, com critérios mais abrangentes, a sugerir que o legislador estaria a reinterpretar o art. 203, V, da CF de forma mais elástica que outrora. O trecho final que declara que é necessário legislar a matéria de forma a compor um sistema consistente e coerente, a fim de se evitar incongruências na concessão de benefícios, sob pena de violar a isonomia entre os diversos beneficiários das políticas governamentais de assistência social, demonstra que o STF considerou que o legislador ultrapassou a *moldura* constitucional afastando-se do seu espaço de criação, o que nos autoriza a enquadrar a decisão dentro da *teoria pura do direito* de Hans Kelsen.

Como se pode perceber, com a inconstitucionalidade do conceito de miserabilidade dado pela LOAS, foi manifesta a evolução jurisprudencial do STF na realização da justiça social e concretização da cidadania social existencial. A adoção de uma reflexão para abrir os horizontes da interpretação contribuiu para a incidência de uma postura teórica mais evolutiva da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Diante do atual estágio da evolução dos direitos do homem, verificou-se que há uma *cidadania social existencial* que, se tratarmos a dignidade da pessoa humana como regra jurídica, é possível encontrar, dentro de uma das prestações da dignidade da pessoa humana, a assistência social aos desamparados.

Em que pese a ontologia da interpretação descrita por Gadamer, na sua hermenêutica filosófica é essencial, para se afastar de opiniões prévias dadas pela autoridade da tradição, uma dialética reflexiva conforme advoga Habermas para consumir, assim, uma hermenêutica reflexiva. Assim, essa perspectiva inclusiva da hermenêutica gadameriana e da dialética habermasiana são fatores para uma teoria jurídica emancipadora.

material dos princípios fundamentais previstos na Constituição Federal" (p. 352). Afinal, "[...] se é dever da República a construção de uma sociedade mais justa, solidária, erradicando-se a pobreza e as desigualdades sociais, e sendo a atividade jurisdicional uma atividade proveniente da República Federativa do Brasil, não há dúvida de que a realização desses fins e a execução dessas tarefas também não de ser desenvolvidas no âmbito do processo civil ou penal. [...]" (p. 353).

Verificou-se que a postura do juiz diante de um caso concreto para se fazer justiça variou através das tradições jurídica desde a *Escola Histórica do Direito* de Savigny, passando pela *Jurisprudência dos Conceitos*, pelo *Movimento para o Direito Livre* pela *Jurisprudência dos Interesses*, pela *Jurisprudência dos Valores* e pela *teoria pura do direito*.

Analisando a evolução da jurisprudência do STF na concessão do benefício assistencial da LOAS, pode-se perceber o quanto que uma hermenêutica reflexiva sobre o fato social *miserabilidade* trouxe para uma compreensão livre da literalidade savigniana, bem como conduziu a Corte para a efetivação da justiça social e da realização da *cidadania social existencial*.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2011.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.
- COSTA, José Ricardo Caetano. *Previdência e neoliberalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Enio Pailo Giachini. 14. ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014.
- _____. *O problema da consciência histórica*. In: FRUCHON, Pierre (Org.). Trad. Paulo Cesar Duque Estrada. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica da Constituição de 1988*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução do alemão: Alexandre Krug. Tradução do italiano: Eduardo Brandão. Tradução do francês: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. *Teoria pura do Direito*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretela. 9. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

HABERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Junger. *A lógica das ciências sociais*. Trad. Marco Antonio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2009.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Trad. José de Sousa e Brito e José Antônio Veloso. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

_____. *Metodologia da ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: RT, n. 22, p. 141-159, 1998.

MIOZZO, Pablo. *Interpretação jurídica e criação judicial do Direito: de Savigny a Friedrich Müller*. Curitiba: Juruá, 2014.

MARSHAL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

SERAU JR., Marco Aurélio; COSTA, José Ricardo Caetano. *Benefício assistencial: temas polêmicos*. São Paulo: LTr, 2014.

SOUZA, Artur César. A parcialidade positiva do juiz (justiça parcial) como critério de realização – no processo jurisdicional – das promessas do constitucionalismo social. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio (Org.). *Direito da previdência e assistência social: elementos para uma compreensão interdisciplinar*. Florianópolis: Conselho Editorial, p. 329-361.

STEIN, Ernildo. Dialética e hermenêutica: uma controvérsia sobre método e filosofia. In: HABERMAS, Jürgen. *Dialética e hermenêutica: para a crítica da hermenêutica de Gadamer*. Trad. Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.