

A Constitucionalidade da Restrição Imposta pelo Artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993 para o Gozo do Benefício de Prestação Continuada Frente ao Disposto no Artigo 203, Inciso V, da Constituição Federal

Fabiano Haselof Valcanover

*Procurador Federal na Procuradoria Regional do INSS da 4ª
Região, Especialista em Direito do Estado pela UFRGS/2006.*

RESUMO: A efetividade e o gozo do benefício de prestação continuada podem ser limitados pela adoção de um critério objetivo de miserabilidade, como o disposto no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993. A norma constitucional que lhe dá ensejo (art. 203, V) indica a possibilidade de sua conformação por meio de lei ordinária, o que é decorrente da necessidade de regulamentação das políticas públicas assistenciais com vista à própria efetividade do sistema de prestação estatal como um todo. Da análise material da regra que limita o gozo do benefício de prestação continuada à comprovação da renda mensal *per capita* inferior a 1/4 de salário mínimo, infere-se que ocorreu a preservação do núcleo essencial do direito social conferido, existindo, tão-somente, uma limitação de cunho eminentemente prático. Ao Poder Judiciário cabe o papel de garantidor da preservação da essência do direito social garantido constitucionalmente, em detrimento da análise pontual do caso concreto, atentando para o bem comum que é o objetivo e o fim único das políticas públicas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito social; assistência social; benefício de prestação continuada; artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993; critério objetivo de miserabilidade; renda mensal *per capita*, 1/4 de salário mínimo, constitucionalidade; conformação por meio de lei ordinária; políticas públicas.

ABSTRACT: The effectiveness and the benefit of continuous service rendered may be limited by the adoption of an objective criterion of misery, as defined in article 20, paragraph 3, of Law nº 8.742/1993. The constitutional rule that supports the above-mentioned norm – article 203 (V) – suggests the possibility of its conformation by the means of ordinary law, which is a result of the necessity of regulation of supporting public policies aiming the effectiveness itself of the system of services rendered by the State as a whole. From the material analysis of the rule

that limits the benefit of continuous service rendered to the confirmation of monthly inputs per capita lower than one fourth of the minimum wage, it is reasonable to conclude that the preservation of the essential nucleus of the granted social right has been maintained, with the subsistence of no more than a limitation fundamentally based on a practical approach. To the Judiciary is reserved the role of guardian of the preservation of the essence of the social right constitutionally guaranteed, in prejudice of the particular analysis of the concrete case, keeping in mind the common good, the objective and the unique end of public policies.

KEY WORDS: social right; social assistance; benefit of services rendered; article 20, paragraph 3, of Law nº 8.742/1993; objective criterion of misery; monthly inputs per capita; one fourth of the minimum wage; constitutionality; conformation by the means of ordinary law; public policies.

SUMÁRIO: 1 Direito à assistência social na Constituição Federal; 2 O benefício de prestação continuada no ordenamento jurídico pátrio; 3 A adequação da Lei nº 8.742/1993 ao comando insculpido no artigo 203 da Constituição Federal; 3.1 A adequação material e formal da norma legal; 3.2 A questão da atenção à máxima da proporcionalidade pela norma legal; 4 Possibilidade de fixação de um critério objetivo de apuração de miserabilidade para o deferimento da prestação assistencial; 4.1 O direito social à prestação assistencial inserido na Constituição Federal como um sinal para a consecução de políticas públicas. A preservação do núcleo essencial; 4.2 Limites da tutela jurisdicional do interesse particular frente ao bem comum. A reserva do possível. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; Conclusão; Referências bibliográficas.

1 O DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Na Constituição Federal, é possível verificar que a política assistencial está submetida aos primados do trabalho e da justiça social, nos termos do seu art. 193, o que indica tratar-se de uma política pública destinada, em um primeiro momento, a alcançar o exercício da cidadania e, em seguida, a habilitar seus beneficiários à inserção no mercado de trabalho, encaminhando-os ao abrigo da Previdência Social. Neste sentido, pode-se extrair que o sistema assistencial oferta proteção à família, à maternidade, às crianças, aos adolescentes, aos idosos e aos deficientes.

A idéia de prestação assistencial pelo Estado foi prevista em nossa Constituição Federal de maneira abundante (Preâmbulo, art. 6º, arts. 203 e 204), sendo que a raiz de tal previsão é a noção própria de Estado Democrático de Direito, que, por sua vez, possui relação com a noção transformadora da sociedade, valorizando a idéia de igualdade e solidariedade¹.

1 FORTES, Simone Barbisan. *Direito da seguridade social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 265-268.

O direito à assistência social, na conformação constitucional vigente, possui estrita relação com o conteúdo positivo do direito à igualdade, uma vez que determina ao Estado o dever de engendrar esforços para favorecer a criação de meios que facultem a todos alcançarem a igualdade de oportunidade e o encargo de eliminar qualquer fonte de discriminação, seja de cunho direto, seja de cunho indireto². Importante referir que a igualdade buscada com a prestação assistencial não é aquela regra de igualdade que pretende um tratamento uniforme para todos, mas é baseada numa conjugação de preferências a serem respeitadas e desigualdades a serem tratadas, criando-se uma espécie de discriminação compensatória, na qual é assegurado um mínimo essencial preservado para todos os integrantes da sociedade, que têm, assim, garantida a participação nos bens materiais e imateriais distribuídos pelo Poder Público³.

Já sua relação com a idéia de solidariedade pode ser constatada com a noção de ação afirmativa pública que é manifestada pelo Estado ao fornecer meios aos necessitados de obter satisfação de suas necessidades básicas, bem como de passar a provê-las de forma autônoma⁴.

A Constituição Federal de 1988, diploma normativo que é fundado num ideal de Estado Social e Democrático de Direito, dentre outros objetivos fundamentais para a consolidação do Estado Brasileiro, pretendeu inserir antiga aspiração do povo brasileiro, relacionada com a erradicação da pobreza, objetivo esse insculpido no art. 3º, III. Reforçando isso, os arts. 203 e 204 da CF/1988 constitucionalizaram a política de assistência social. Neste contexto, merece destaque o inciso V do art. 203 da CF/1988, no qual ficou assegurado um salário mínimo a título de benefício mensal às pessoas portadoras de deficiência e aos idosos que comprovassem não possuir meios de sustentar a si próprio e a sua família⁵.

Nítido o caráter de direito antipobreza desta norma constitucional, a qual não possui precedentes no Direito Constitucional pátrio, apesar de ser possível a verificação de outros direitos antipobreza, seja por meio legislativo, seja por meio de decisões judiciais específicas.

Na atual evolução da sociedade brasileira, tal preceito constitucional goza de elevada importância, uma vez que a política assistencial governamental tem resistido à criação de novos direitos dessa espécie, veiculando-

2 SILVA JR., Hédio. O princípio da igualdade e os direitos de igualdade na Constituição de 1988. *Revista de direito constitucional e internacional*, n. 38, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 168-191, 2002.

3 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 295-298.

4 SILVA JR., Hédio. Op. cit., p. 168-191.

5 MORO, Sérgio Fernando. Questões controvertidas sobre o benefício da assistência social. In ROCHA, Daniel Machado da (Org.) *Temas atuais de direito previdenciário e assistência social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 143-160.

os por meio de normas infralegais, como no caso do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, regulado pela Portaria MPAS nº 458/2001, e Programa de Geração de Renda, regulado pela Portaria MPAS nº 877/2001, o que indica que a norma constitucional que faculta o benefício de prestação continuada à determinada gama de necessitados pode ser considerada como uma garantia mínima que merece preservação, o que será objeto de melhor análise no corpo deste trabalho⁶.

Desta forma, pode-se dizer que a política assistencial brasileira possui dentre os seus fundamentos mais concretos, e diretamente dirigidos para a sociedade necessitada e carecedora de apoio estatal, o benefício de prestação continuada.

2 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

No art. 203, V, da Constituição Federal, encontra-se o fundamento constitucional para o gozo do benefício de prestação continuada, fixando o legislador constitucional que o portador de deficiência ou o idoso receberia do Estado o equivalente a um salário mínimo para sua subsistência, desde que comprovada a falta de meios próprios ou da família para prover suas necessidades elementares, miserabilidade cuja regulamentação foi remetida para lei ordinária específica⁷.

A regulamentação sobreveio com o advento da Lei nº 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social), que fixou os parâmetros para o gozo do benefício de prestação continuada. Referido benefício assistencial restou direcionado para o portador de deficiência (incapaz para a vida independente e para o trabalho) e para o idoso (maior de 70 anos, requisito etário atualmente fixado em 65 anos pelo Estatuto do Idoso) que estivessem inseridos num núcleo familiar em que a renda mensal *per capita* fosse inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo, conforme disposto no art. 20, *caput* e seus parágrafos, do diploma legal referido.

A partir daí, a prestação assistencial deferida pelo legislador constitucional teve sua conformação definida para o período pós-constitucional de 1988, bem como se passou a verificar um sem número de questionamentos judiciais a respeito da constitucionalidade da restrição imposta para o gozo do referido benefício. Isso porque o critério objetivo de miserabilidade, fixado a partir de então, não se coadunaria com o requisito mínimo para o gozo de outros benefícios de cunho assistencial distribuídos pelo Poder Exe-

6 MORO, Sérgio Fernando. Questões controversas sobre o benefício da assistência social. In: ROCHA, Daniel Machado da (Org.) *Temas atuais de direito previdenciário e assistência social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 143-160.

7 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 474-475.

cutivo Federal, como no caso do Programa de Renda Mínima (Lei nº 9.533/1997), além do que a notória defasagem do poder aquisitivo do salário mínimo ao longo dos anos não daria aplicação ao comando constitucional de cunho assistencial.

Tais abordagens estão estampadas em diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça (REsp 223.603/SP, REsp 222.764/SP, REsp 314.264/SP), que passou a acolher o direito ao benefício de prestação continuada com base em outros critérios para a indicação da legitimidade ou não do gozo à prestação estatal, aceitando a prova da miserabilidade através de elementos específicos da condição econômica da parte interessada, sendo que a renda *per capita* inferior a 1/4 de salário mínimo se constituiria apenas em um elemento cabal de direito ao gozo do referido benefício assistencial, mas não o requisito essencial.

Paralelamente a isso, a discussão acerca do critério objetivo de miserabilidade introduzido pela Lei nº 8.472/1993 também foi objeto de debate no Supremo Tribunal Federal, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232-1, que já em sede liminar declarou a constitucionalidade do critério estabelecido para o gozo do benefício de prestação continuada, decisão essa posteriormente confirmada no julgamento de mérito da demanda.

Ao contrário do que poderia indicar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, a questão não restou pacificada nos Tribunais Pátrios, onde se constata a prolação de inúmeras decisões acerca da necessidade de aplicação de outros critérios para a verificação do direito ao gozo do benefício de prestação continuada, seja com a exclusão de determinadas verbas do cálculo da renda *per capita*, seja com a extensão do conceito de núcleo familiar (STJ, AgRg-AI 540.835/SP e AgRg-AI 419.414/SP), o que indica que o critério de miserabilidade ainda resta apurado de acordo com as peculiaridades presentes na realidade socioeconômica da parte interessada, em completa dissonância com o previsto em lei declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

3 A ADEQUAÇÃO DA LEI Nº 8.742/1993 AO COMANDO INSCULPIDO NO ARTIGO 203 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

3.1 A adequação material e formal da norma legal

Nos termos do art. 194, parágrafo único, III, da Constituição Federal, temos a previsão de que a distribuição de benefícios e serviços estatais de cunho social devem estar pautadas pelos princípios da seletividade e da distributividade.

Os referidos princípios assistenciais são nortes que determinam, dentre outros fins, a forma de aplicação do comando constitucional estatuído no

art. 203, V, da Constituição Federal, especialmente quando dispõe que o benefício de prestação continuada deve ser regulado por meio de lei ordinária, que deverá indicar os parâmetros para a constatação da miserabilidade apta a ensejar o gozo do benefício de prestação continuada.

Adotando lição de Canotilho (1998), pode-se notar, com base no roteiro para a verificação da constitucionalidade de leis restritivas de direitos fundamentais, proposto pelo renomado constitucionalista lusitano, que a Lei nº 8.742/1993, ao fixar a restrição de gozo do benefício de prestação continuada àqueles detentores de renda *per capita* inferior a 1/4 de salário mínimo, está em consonância com a norma constitucional de origem, senão vejamos⁸.

Quanto à forma de fixação da restrição ao gozo do benefício de prestação continuada, não existe qualquer mácula de inconstitucionalidade formal, uma vez que o legislador constitucional fixou a necessidade de edição de lei para a regulamentação do art. 203 da Carta Magna, o que restou materializado pela Lei nº 8.742/1993.

Já em relação à autenticidade da restrição, a limitação do gozo do benefício de prestação continuada àqueles necessitados que estejam inseridos num núcleo familiar no qual a renda *per capita* seja inferior a 1/4 de salário mínimo pode ser considerada como mera adoção de política assistencial relacionada com o mínimo essencial para a caracterização da miserabilidade, não importando em descompasso com a regra constitucional. Ademais, tal critério objetivo, antes a caracterizar intervenção no direito ao gozo do referido benefício de prestação continuada, é mera regra ordinária conformativa do direito, uma vez que a norma constitucional, como posta, poderia dar ensejo a critérios de miserabilidade múltiplos, com possível e provável prejuízo para a extensão do direito à assistência social a uma maior gama de beneficiários.

No que tange à admissibilidade constitucional da adoção do critério objetivo para o gozo do benefício de prestação continuada, suficiente a leitura do art. 203, V, *in fine*, da Constituição Federal, para a constatação de que o legislador constitucional dirigiu ao legislador ordinário a tarefa de indicar como se daria o direito à percepção de um salário mínimo para deficientes e idosos que não tivessem condições de subsistência por meios próprios ou pela família. Neste rumo, a fixação do critério objetivo de miserabilidade materializado pela existência de renda *per capita* inferior a 1/4 de salário mínimo indica que houve atenção à Lei Suprema, especialmente ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), uma vez que o salário mínimo deve atender às necessidades básicas e vitais do trabalhador e de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, den-

8 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1141-1149.

tre outros (art. 7º, inciso IV), sendo que o benefício é deferido com base no referido parâmetro objetivo.

Poder-se-ia inferir que o salário mínimo não atende às necessidades básicas de uma pessoa, o que, em determinados casos, é correto. Todavia, tal problemática é paralela ao gozo do benefício de prestação continuada, devendo ser tratada em contexto apropriado, não servindo para macular de inconstitucionalidade, por si só, a regra legal em análise.

3.2 A questão da atenção à máxima da proporcionalidade pela norma legal

Ainda em relação à adequação constitucional da regra fixada pelo art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993, merece necessário destaque e atenção, na proposição realizada por Canotilho (1998), a análise do princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade pode ser relacionado como a correlação necessária entre os fins almejados por determinada prática e os meios que são utilizados para sua consecução, passando pelos planos da pertinência, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Não é demais referir que o primeiro elemento possui relação com a necessidade de avaliação se a medida adotada é o meio correto para a obtenção de determinado fim específico. Já a necessidade possui relação com o alcance da medida adotada, tendo como parâmetro a vedação ao excesso para a conservação do fim almejado. E, por fim, o terceiro elemento, a proporcionalidade *stricto sensu*, indica a necessária análise acerca do meio utilizado para alcançar o fim almejado, em cotejo com o interesse posto em defesa⁹.

O art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993 poderia, *ab initio*, caracterizar uma violação ao princípio da proporcionalidade, uma vez que fixada uma escala de miserabilidade que encontraria proteção estatal específica, deixando-se ao largo outra parcela da população que, frente a outros critérios possíveis de apuração de miserabilidade, deveriam fazer jus, igualmente, ao benefício de prestação continuada.

O que se verifica é justamente o contrário. A regra legal referida é pertinente, uma vez que ela torna possível a concessão de benefícios de cunho assistencial, lembrando que sua inexistência no mundo jurídico tornaria o art. 203, V, da CF/1988 uma norma constitucional sem aplicabilidade imediata, conforme referido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da medida liminar na ADIn 1.232/DF. Ademais, a restrição imposta quanto aos beneficiários da prestação estatal não deixa de possuir um parâmetro adequado, dado os fins constitucionais conferidos ao salário mínimo, aten-

9 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 356-361.

dendo ao elemento necessidade. E, por derradeiro, no cotejo entre a pertinência e a necessidade da regra legal, verifica-se que ocorreu a fixação de uma proteção estatal mínima aos mais desamparados dentro da sociedade.

Não se deve perder de vista, ainda, que a problemática acerca do respeito ao princípio da proporcionalidade passa não apenas pela restrição ao gozo do benefício de prestação continuada pelo critério da renda *per capita* inferior a 1/4 de salário mínimo no núcleo familiar, mas também pela possível inviabilização da prestação estatal de cunho assistencial, face às outras prestações estatais a serem facultadas à população, pela fixação de um critério outro de apuração da miserabilidade.

Na Seção IV, do Capítulo II, da Constituição Federal, que trata da Seguridade Social, está expresso, no art. 204, que as ações governamentais no campo da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, indicados no art. 195, além de outras fontes materiais, o que está a apontar que a fixação de um critério objetivo de miserabilidade se coaduna com a formação de uma gama de necessitados a serem atendidos com o benefício de prestação continuada num universo de prestação assistencial social maior, para fins de viabilização do sistema como um todo. Neste sentido, igualmente, estaria justificada a necessidade e a adequação da regra legal em debate.

Logo, como a determinação do gozo ou não do benefício assistencial passa, também, pela possibilidade financeira e limite de prestação de quem arcar com o encargo, sendo que tal critério deve ser aliado à necessidade do beneficiário, a regra legal posta para regular o gozo do benefício de prestação continuada pode ser considerada como obediente ao princípio da proporcionalidade, encontrando amparo em nosso Ordenamento Constitucional.

4 POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE UM CRITÉRIO OBJETIVO DE APURAÇÃO DE MISERABILIDADE PARA O DEFERIMENTO DA PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL

4.1 O direito social à prestação assistencial inserido na constituição federal como um sinal para a consecução de políticas públicas. a preservação do núcleo essencial

Na Constituição Federal de 1988, restou previsto que aos necessitados, na forma da lei, seria devida prestação pecuniária materializada na percepção de um salário mínimo mensal, regulamentada pela Lei nº 8.742/1993, que, por sua vez, fixou como critério objetivo de percepção do referido benefício a comprovação de renda *per capita* inferior a 1/4 de salário mínimo no núcleo familiar no qual o beneficiário está inserido.

A abrangência de proteção de um direito fundamental envolve diferentes pressupostos de natureza fática contemplados na norma jurídica e o próprio resultado comum a ser alcançado, que é a proteção fundamental, em última análise. Avançando na questão, é importante referir que a correlação entre âmbito de proteção de um determinado direito e sua possível restrição por ato estatal envolve uma atuação mais efetiva desta intervenção estatal naquelas situações em que o comando constitucional é mais amplo, o que pode ser justificado pela necessidade de real efetividade da norma fundamental protetiva conferida ao cidadão¹⁰.

No caso dos direitos sociais, o que se vislumbra é que muitas vezes se está diante de uma proteção constitucional de cunho abrangente e conglobante, mas que anseia por regulamentação efetiva para que a própria eficácia da norma constitucional seja posta em prática. Está positivado um espelho que reflete a essência nacional, como expressão dos ideais a serem implementados, as aspirações e valores esperados¹¹. A regulamentação a ser realizada deve estar disposta de forma que o núcleo essencial não sofra qualquer afetação que torne o direito fundamental sem qualquer efetividade prática, conforme regra expressa consagrada em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros como a Lei Fundamental Alemã (art. 19, II) e Constituição Portuguesa de 1976 (art. 18, III)¹².

Os direitos sociais, como direitos fundamentais que são, estão voltados para a fruição de benefícios através do ente estatal e não contra este, fazendo-se necessário que o Estado engendre a efetivação de prestações materiais presentes em determinado comando constitucional com os meios de que dispõe, o que indica que a essência do direito conferido é que merece proteção. Tal entendimento é decorrente da necessidade de prevalência dos interesses coletivos antes dos interesses individuais que podem estar sendo objeto de ponderação¹³.

A figura do núcleo essencial a ser protegido é objeto de controvérsia doutrinária, sendo que é encarada de forma absoluta por alguns, onde se vislumbraria um espaço interior do direito fundamental em questão insuscetível de qualquer intervenção estatal, e, por outros, é relativizada, onde o caso a caso, tendo em conta o objetivo perseguido pela norma restritiva, deve ser analisado, com base na ponderação de meios e fins, avaliando-se a questão à luz da proporcionalidade da prestação estatal¹⁴.

10 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 13-14.

11 MICHELMAN, Frank I. A Constituição, os direitos sociais e a justificativa política liberal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 1, t. I, 2005. p. 132.

12 MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 41-43.

13 KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 19-23.

14 MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 43-45.

A regra de gozo do benefício de prestação continuada, em sua conformação legal introduzida pelo art. 20 da Lei nº 8.742/1993, não pode ser tida como violadora do núcleo essencial do direito social fundamental conferido pelo art. 203 da Constituição Federal, seja com a adoção da teoria absoluta, seja com a adoção da teoria relativa. O direito à prestação assistencial para os deficientes e os idosos considerados necessitados, com a fixação do critério objetivo de pobreza, coloca para o ente estatal o dever de alcançar aqueles inseridos na hipótese prevista em lei os valores fixados pelo legislador constitucional, o que indica que o eixo da regra restou preservado. Tem-se, ainda, que a criação de um critério objetivo de miserabilidade materializa o dever de apuração das condições de vida dos idosos e deficientes de forma concreta no seu dia a dia, inseridos em seu núcleo familiar, o que reforça a idéia de respeito ao direito em comento, também sob esta ótica, já que há uma ponderação concreta para o deferimento do benefício assistencial.

A se considerar como conteúdo essencial de um direito fundamental o limite dos limites, a fronteira pela qual o legislador não pode ultrapassar, demarcando-se uma área em que a norma legal não pode invadir, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade¹⁵, a limitação legal imposta, que possui relação com a comprovação da ausência de meios de satisfação da própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pode ser considerada condizente com os limites e objetivos fixados no inciso V do art. 203 da Constituição Federal, elevando o comando constitucional de cunho social posto a um nível adequado de concretização¹⁶.

A problemática da preservação do núcleo essencial deve ser vista em conformidade com o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, já que esse é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III). Poder-se-ia argumentar que a limitação imposta pelo art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993 estaria por violá-lo, uma vez que muitos necessitados estariam ao desamparo, acaso não comprovada sua miserabilidade de forma objetiva. Todavia, até mesmo esse fundamento do Estado de Direito Brasileiro pode ter sua relativização justificada, quando se está diante da garantia de gozo de um direito fundamental a um grupo de pessoas que se insere com maior intensidade na hipótese normativa de proteção que foi conferida pelo legislador constitucional, o que indica que o núcleo essencial do direito conferido está incólume¹⁷.

A conformação ao gozo do benefício de prestação continuada sequer pode ser considerada como eivada de conteúdo casuístico ou discriminatório,

15 MELO, Sandro Nahmias. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. *Revista de direito constitucional e internacional*, n. 43, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 82-97, 2003.

16 KRELL, Andreas J. Op. cit., p.19-23.

17 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 118-127.

já que o limite legal posto atende aos requisitos de generalidade e de abstração próprios das regras restritivas de gozo de direitos fundamentais. A atenção a tais requisitos evita, assim, a violação ao princípio da igualdade material, que possui conteúdo aqui relacionado com a vedação à arbitrariedade¹⁸ e com a possibilidade de fixação de discriminações compensatórias¹⁹.

Respeitado o núcleo essencial do direito social garantido pelo legislador constitucional na Constituição Federal de 1988, o que se constata é que o critério objetivo de miserabilidade insculpido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993 é corolário da atenção às políticas públicas vigentes, que, modernamente, podem ser identificadas como sendo aquelas ações afirmativas de feição estratégica, que almejam alcançar fins previamente fixados por metas, objetivos e princípios de cunho público. Desta forma, a política assistencial fixada pela norma constitucional está regida por determinados parâmetros e limites, os quais não podem ser desconsiderados, especialmente, aqueles de natureza financeira e econômica²⁰.

Nos termos do art. 204, da Constituição Federal, restou assentado que o Poder Público pautaria suas ações na área de assistência social com os recursos atinentes ao orçamento da seguridade social, ou seja, com recursos obtidos de toda a sociedade, seja de forma direta ou indireta, através de contribuições sociais (art. 195, I a IV). Aqui se localiza um limitador de suma importância para a adoção e fixação de políticas públicas de cunho assistencial, face às restrições materiais que o orçamento estatal possui, sendo suscetível à conjuntura econômica interna e externa de determinado período, bem como a fatores naturais que podem indicar a necessidade de prestação assistencial específica para determinado grupo de pessoas, em determinada situação de imperativa necessidade, como no caso de catástrofes naturais e propagação de surtos de doenças endêmicas²¹.

Não se pode olvidar que a restrição ao gozo do benefício de prestação continuada àqueles deficientes e idosos inseridos em núcleo familiar em que a renda *per capita* é inferior a 1/4 de salário mínimo garante que outras políticas públicas de elevada importância sejam implementadas, preservando, assim, outros direitos ou bens fundamentais que a Constituição Federal de 1988 também entendeu por prestigiar, como, por exemplo, os direitos à saúde e à previdência social, outros dois pilares de natureza constitucional da seguridade social.

18 MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 73.

19 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 295-298.

20 LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado v. 1, t. I, 2005. p. 161-165.

21 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 298-303 e, no mesmo sentido, LEAL, Rogério Gesta. Op. cit., p. 161-165.

A seguridade social está inserida no Título VIII da Constituição Federal que trata da Ordem Social e possui por base o primado do trabalho e objetivos o bem-estar e a justiça sociais (art. 193), nortes normativos que a política pública de seguridade social deve seguir, assim como a de educação, cultura, e desporto, a de ciência e tecnologia, a ambiental, a de proteção à família, à criança e ao adolescente e a de proteção aos índios. Denote-se, assim, apenas para ficar no âmbito da proteção social, como é ampla a abrangência e atuação estatal na consecução de políticas públicas que atinjam a população brasileira, o que demanda a fixação de limites e a conformação das mesmas, como um todo, com vistas à própria viabilidade do Estado Democrático de Direito. Não é demais dizer que os direitos de cunho sociocidadão têm ramificações nas mais diversas direções e com inúmeros graus de profundidade, o que demanda a utilização de regras práticas, como medida necessária de implementação do maior número possível de políticas sociais²².

A criação de um limite pelo qual a miserabilidade é objetivada com a fixação de critério prático para a apuração do direito ao gozo de um salário mínimo, com vistas à subsistência própria, deve ser analisada também com base nestes fatores de abrangência macro (políticas públicas), e não com base apenas no seu conteúdo micro (caso concreto), o que possui como objetivo último a própria origem da criação das políticas públicas, dentre elas a política assistencial, que é a melhoria das condições de vida da população. A afirmação dos direitos sociais, dentre eles o direito à assistência social, aqui objeto de debate específico, compreende o ideal moral motivador de comprometimento da sociedade como um todo, representada pelo Poder Estatal, que implementando as políticas públicas dentro de parâmetros possíveis insere o indivíduo na vida política, econômica e social, ainda que não de modo inteiramente satisfatório²³.

Não é demais referir que a Corte Constitucional alemã reconheceu que a manutenção da unidade da Constituição e a proteção da ordem de valores por ela estabelecida como um todo pode legitimar, em casos excepcionais, a fixação de limitações a direitos individuais, ainda que não submetidos à restrição legal expressa, em prol da preservação de direitos e valores jurídicos de hierarquia constitucional²⁴, justificativa que possui igual aplicabilidade para a defesa da regra legal posta no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993, que antes de limitar o direito ao benefício de prestação continuada, faculta o seu gozo àqueles extremamente necessitados e se coaduna com as demais políticas sociais adotadas pelo ente público.

22 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 316-321.

23 MICHELMAN, Frank I. Op. cit., p. 145.

24 MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 82.

A restrição presente no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993 não pode ser considerada como efetivamente limitadora do acesso à assistência social, mas sua existência no mundo jurídico deve ser vista como verdadeiro elemento impeditivo da própria ineficácia do comando constitucional insculpido no art. 203, V, da Constituição Federal. Na prática, a regra legal em comento pode ser considerada como garantidora do direito ou bem constitucional protegido, conforme entendimento conferido pelo Supremo Tribunal Federal, apesar de tal proteção não ser tão ampla como deveria ser para se atingir os objetivos fundamentais postos pelo legislador constitucional, em destaque a erradicação da pobreza e da marginalização (art. 3º, III).

4.2 Limites da tutela jurisdicional do interesse particular frente ao bem comum. A reserva do possível. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Na definição dos legitimados ao gozo do benefício de prestação continuada na qualidade de necessitados, a tutela jurisdicional do interesse particular não pode ser deferida sem que o interesse público a ela conjugado seja apreciado de maneira condizente com a natureza da questão posta em exame.

Conforme já foi objeto de referência anterior, a aplicação do critério objetivo de miserabilidade é tema de questionamento no Poder Judiciário que, em determinadas esferas de apreciação da questão, não dá aplicação ao comando legislativo, já que entende por sua inconstitucionalidade. Todavia, o fundamento de tal questionamento merece reprovação, uma vez que, em se tratando de direitos sociais, dentre outros direitos de índole eminentemente positiva, existe uma vinculação fundamental a um dever de cunho estatal limitado institucional e materialmente com a chamada reserva do possível.

Tal reserva do possível pode ser identificada com a necessidade prévia de um vínculo financeiro-econômico subordinado às possibilidades orçamentárias do ente estatal, pelo que, visível a incapacidade financeira desse, não se pode pugnar de maneira legítima pela efetivação integral de determinado comando constitucional, face à restrição material posta²⁵. A análise da constitucionalidade da norma restritiva de um direito fundamental abrange, assim, a disponibilidade fática de recursos para a consecução do direito fundamental em exame, a disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos (distribuição de receita e competências tributárias e orçamentárias), bem como a problemática da proporcionalidade da prestação estatal deve ser ponderada, especialmente quanto à sua exigibilidade²⁶.

25 LEAL, Rogério Gesta. Op. cit., p.158-160.

26 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 298-303.

O Supremo Tribunal Federal, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, tratando acerca da problemática do respeito à garantia constitucional de recursos mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde, ou seja, da efetividade de políticas públicas de cunho social, sinalizou no sentido de que se deve primar pela reserva do possível, ressaltando a ilicitude dos procedimentos tendentes à manipulação de dados como forma de criar falsas barreiras com vistas à inviabilização da introdução e manutenção de benefícios estatais de cunho positivo.

Neste rumo, não é demais afirmar que o controle jurisdicional das políticas públicas atuais e futuras deve guardar relação com as ações do Poder Legislativo e do Poder Executivo eivadas de irrazoabilidade ou tendentes a obstar o gozo eficaz dos direitos sociais, coibindo a violação ao núcleo intangível do direito assistencial posto²⁷. É sob esta ótica que deve ser analisado o critério objetivo de miserabilidade fixado pelo art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993 para a obtenção do benefício de prestação continuada e seu respeito pelas instituições públicas.

O que é passível de análise pelo Poder Judiciário é se a garantia constitucional fixada no art. 203, V, da Constituição Federal restou respeitada pelo legislador ordinário ao editar a Lei nº 8.742/1993, que implementou a política assistencial no Ordenamento Jurídico vigente, a qual pode ser considerada como preservada, já que os deficientes e os idosos inseridos na camada social detentora de renda *per capita* inferior a 1/4 de salário mínimo restaram protegidos pelo dever estatal de uma prestação financeira mínima.

As decisões judiciais que vão além desta análise sobre a implementação de políticas públicas assistenciais e, especificamente, visualizam o direito ao benefício de prestação continuada em hipóteses outras daquelas inseridas na Lei nº 8.742/1993 podem ser consideradas como dissonantes do ideal de consecução da garantia constitucional a ser preservada. Isso porque acabam por prejudicar a aplicação do direito assistencial em sua conformação lógica e adequada às políticas públicas vigentes, detendo-se no caso concreto e, portanto, tangenciando o núcleo essencial da garantia constitucional que efetivamente merece resguardo²⁸.

Cria-se, assim, a figura do “juiz-treinador” em paralelo à figura conservadora do “juiz-árbitro”, figuras de linguagem criadas por Ost (1983 *apud* Melgare, 2002) que não podem ser acolhidas quando se trata da efetividade e consecução de direitos fundamentais, momento em que se está a exigir uma racionalidade material em detrimento da racionalidade finalística, com a atenção ao ideal dos direitos fundamentais de forma abrangente e contextualizada com a situação socioeconômica em que o caso concreto está

27 LEAL, Rogério Gesta. Op. cit., p.158-160.

28 KRELL, Andreas J. Op. cit., p. 93-102.

realmente inserido, seguindo-se o norte por princípios de carga axiológica e não por padrões de utilidade²⁹.

Ao magistrado não cabe ignorar o Ordenamento Jurídico vigente, mas sim, com base em comandos constitucionais maiores, estancar a incidência de determinada regra para o caso concreto ou aplicar-lhe com novo sentido, naqueles casos em que fundamentadamente exista incompatibilidade com a razoabilidade e o ideal de justiça, que, invariavelmente, estão fundamentando o sistema³⁰. Este deve ser o papel do julgador no caso concreto em que se depara com a possibilidade de que uma regra restritiva de direitos esteja a prejudicar o gozo de determinado direito fundamental e não aplicar o direito fundamental pretensamente violado incondicionalmente, sem uma análise do porquê da conformação posta para a sua fruição por meio de regulamento.

Não se deve consentir que o Poder Judiciário tenha a faculdade de criação de políticas públicas, o que pode ocorrer com a extensão do benefício de cunho assistencial para terceiros que não se subsumem a hipótese legal (art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993), mas tão-somente que imponha a execução daquelas políticas públicas já postas no Texto Constitucional, o que, *in casu*, implica dar aplicação ao disposto no art. 203, V, da Constituição Federal³¹.

Neste rumo, cabe ao Poder Judiciário a afirmação da validade do direito assistencial, *in casu*, o direito ao gozo do benefício de prestação continuada, tendo por base que a adoção do critério objetivo de renda *per capita* de 1/4 de salário mínimo, antes de ser uma limitação inconstitucional ao exercício do direito à prestação estatal, é uma forma de regulamentação condigna do mesmo em relação à norma constitucional embrionária de que é base e que implica num comprometimento com as finalidades sociais pretendidas de forma englobada e não de maneira pontual.

Vários fatores indicam a pertinência desta assertiva, sendo que o necessário respeito ao princípio da segurança jurídica também possui relevância, já que o art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993 introduz norma legal de cunho regulamentador específico para o gozo do benefício de prestação continuada relacionada com a necessidade de fortalecimento da estrutura estatal, que fixou determinado requisito objetivo como necessário para que a política pública de feição assistencial seja garantida e implementada de forma condigna com a intenção do legislador constitucional.

Já no julgamento do pedido de liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232/DF, o Ministro Maurício Corrêa vislumbrava que a regra

29 MELGARÉ, Plínio. Direitos humanos: uma perceptiva contemporânea – para além dos reducionismos tradicionais. *Revista de Informação Legislativa*, n. 154, Brasília: Senado Federal, p. 80-83, 2002.

30 BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 259.

31 KRELL, Andreas J. Op. cit., p. 93-94.

do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993 não estaria maculada de inconstitucionalidade, uma vez que dois fatores deveriam ser levados em conta para a estipulação de benefícios previdenciários e assistenciais, quais sejam: a necessidade do beneficiário e a possibilidade financeira daquele que arca com o encargo. A atenção a estes dois fatores é que daria a exata dimensão da legitimidade para o gozo do benefício assistencial.

Denota-se, ainda, que o limite objetivo imposto para o gozo do benefício de prestação continuada possui uma nuance diversa, caracterizando-se como verdadeira garantia constitucional aos desamparados de que o Estado possui o dever de lhes alcançar o valor de um salário mínimo mensal para sua subsistência. Trata-se de uma faceta da reserva do possível que atua de forma positiva para garantir um mínimo de efetividade da norma constitucional em relação à ampla gama de necessitados de prestações assistenciais de feição estatal³².

Uma possibilidade viável de controle jurisdicional para a aplicação de políticas públicas com efetividade e abrangência maiores seria a insurgência e o controle de constitucionalidade das leis orçamentárias do ente público responsável pela distribuição do benefício de prestação continuada, ou seja, a União Federal, por meio de Ação Direta de Constitucionalidade. Tal solução viria a indicar, por via transversa, os recursos financeiros que poderiam ser implementados na política governamental de cunho assistencial em acréscimo à garantia mínima já fixada no art. 20, § 3º, da Lei Orgânica da Assistência Social³³.

Desta forma, imperativa é a limitação da atuação jurisdicional na análise do critério objetivo de miserabilidade nos casos concretos postos a exame nos mais diversos órgãos julgadores, a fim de que a aplicação e a efetividade da política pública de feição assistencial como um todo, onde estão inseridas outras questões de cunho socioeconômico superiores ao critério posto no art. 20 da Lei nº 8.742/1993, sejam preservadas³⁴.

CONCLUSÃO

O direito à assistência social, na forma como fixado na Constituição Federal, indica a necessidade de consecução das políticas públicas pelos entes públicos envolvidos de forma a que se obtenha a maior efetividade do comando constitucional posto.

Neste rumo, o que se verifica em relação à fixação do critério objetivo de miserabilidade presente no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993, é que os

32 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 298-303.

33 KRELL, Andreas J. Op. cit., p. 99-102.

34 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 326-350.

desamparados (deficientes e idosos) inseridos em núcleo familiar em que a renda *per capita* é inferior a 1/4 de salário mínimo restam protegidos. O núcleo essencial do direito assistencial fixado no art. 203 da Constituição Federal foi respeitado, já que se criou um conjunto de hipossuficientes que está plenamente garantido, com o ente estatal suprindo suas necessidades básicas.

Ainda que com a proteção conferida nos moldes do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993 possa-se vislumbrar exclusão dos demais desamparados que estejam ao largo de tal critério objetivo, o que se constata é que a prestação estatal de feição assistencial está inserida num contexto onde estão elencadas inúmeras outras políticas públicas garantidas pelo Texto Maior, pelo que é necessário que exista a análise da possibilidade material do Estado para sua efetivação, o que se insere no âmbito da reserva do possível.

Deve-se ter presente que as políticas públicas, dentre elas a política assistencial, realiza a distribuição dos recursos orçamentários disponíveis na sociedade, o que indica limitação material própria que deve ser respeitada, acaso verificada como pertinente no contexto em que está inserida, com especial atenção para a razoabilidade da conformação fixada pelo legislador ordinário.

O Poder Judiciário não deve realizar intromissões pontuais e casuísticas para o deferimento de benefícios assistenciais em casos individualizados, criando políticas públicas próprias, que podem resultar na inviabilidade do sistema de políticas públicas como um todo, já que a aplicação e a efetividade das políticas públicas carece de prévio planejamento estratégico, mas deve pautar-se, sim, como um guardião da execução daquelas metas e garantias estabelecidas no Texto Constitucional.

Desta forma, a limitação de gozo do benefício de prestação continuada àqueles desamparados que possuam uma renda *per capita* inferior a 1/4 de salário mínimo pode ser considerada como legítima dentro dos parâmetros fixados na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 1. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- FORTES, Simone Barbisan. *Direito da seguridade social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Jurisdição e direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 1, t. I, 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MELGARÉ, Plínio. Direitos humanos: uma perceptiva contemporânea – para além dos reducionismos tradicionais. *Revista de Informação Legislativa*, n. 154, Brasília: Senado Federal, 2002.

MELO, Sandro Nahmias. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 43, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MICHELMAN, Frank I. A constituição, os direitos sociais e a justificativa política liberal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 1, t. I, 2005.

MORO, Sérgio Fernando. Questões controvertidas sobre o benefício da assistência social. In: ROCHA, Daniel Machado da (Org.) *Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

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

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA JR., Hédio. O princípio da igualdade e os direitos de igualdade na Constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 38, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.