XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

ILTON GARCIA DA COSTA

JUVÊNCIO BORGES SILVA

CLILTON GUIMARÃES DOS SANTOS

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Coordenadores: Clilton Guimarães dos Santos, Ilton Garcia Da Costa, Juvêncio Borges Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-184-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos Sociais. 3. Políticas Públicas. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

Apresentação

O convite para juntos coordenarmos o Grupo de Trabalho, muito nos honrou, especialmente considerando o momento que o Pais atravessa, ainda mais, por ser este evento em Brasília, o centro do poder da União e num momento politico de certa forma conturbada.

As desigualdades presentes no Brasil, apontam para o necessário caminho da redução destas distancias entre os extremos, em especial com a melhoria de condições sociais dos menos favorecidos para que a sociedade como um todo consiga seguir os ditames expresso na Constituição Federal. Esta é uma luta que não se acaba, na verdade deve ser uma constante na vida de cada um e da sociedade como um todo.

O grupo de trabalho teve brilhantes apresentações, todas em consonância com à temática central do evento, cada artigo ao ser apresentado despertava nos demais pesquisadores a vontade de ali mesmo aprofundar ainda mais as discussões sobre o que artigo aborda, no entanto o tempo não permitia alongamentos naquele momento. Isto gerou sinergia entre o grupo e possibilitou que pesquisadores do Brasil inteiro se atualizassem com o que os outros pesquisadores estão trabalhando.

Desta forma, para estruturar e facilitar a leitura, ordenamos aos trabalhos em três grandes eixos conforme abaixo.

No inicio concentramos principalmente os temas ligados a politica da saúde, são os trabalhos seguintes: O PAPEL DA ASSISTÊNCIA SOCIAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, FALSIFICAÇÃO DE MEDICAMENTOS NO MERCOSUL, A POLÍTICA NACIONAL DE MEDICAMENTOS E OS IMPACTOS DECORRENTES DO EXCESSIVO ATIVISMO JUDICIAL NA ÁREA DA SAÚDE NO BRASIL, UMA ANÁLISE DO DIREITO À SAÚDE A PARTIR DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO FUNDADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988., JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: O INDIVIDUAL VS. O COLETIVO,PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE POR MEIO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: A PERSECUÇÃO DO DESENVOVILMENTO NACIONAL EM TEMPOS DE CRISE e por fim neste bloco o artigo A BUSCA DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO

FUNDAMENTAL À SAÚDE COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DE DESIGUALDADES SOCIAIS E A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NESTE MISTER.

Na parte central concentramos os artigos: A EDUCAÇÃO COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A PERSPECTIVA DO BRASIL, NOVOS MODELOS DE AUTONOMIA E DESCENTRALIZAÇÃO PARA A EDUCAÇÃO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. VULNERABILIDADE SOCIAL X DESENVOLVIMENTO: O PAPEL DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS PARA SOCIOEDUCANDOS EM CONFLITO COM A LEI PENAL, A INVISIBILIDADE DA PESSOA NEGRA NA PÓS-GRADUAÇÃO BRASILEIRA NA PERSPECTIVA CRÍTICA DE AXEL HONNETH, POLÍTICAS CULTURAIS: A AFIRMAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA E A MINIMIZAÇÃO DA EXCLUSÃO SOCIAL. e por ultimo o artigo SUB-REPRESENTAÇÃO LEGAL NAS AÇÕES AFIRMATIVAS: A LEI DE COTAS NOS CONCURSOS PÚBLICOS.

Já no terceiro e ultimo bloco temos: OS DIREITOS SOCIAIS E A ESTABILIDADE FINANCEIRA EM PERSPECTIVA COMPARADA (UNIÃO EUROPEIA-BRASIL), O PRINCÍPIO DA DEMANDA NAS AÇÕES COLETIVAS SOCIAIS VOLTADAS AO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – UM FATOR LIMITADOR DA COGNIÇÃO JUDICIAL?, O POLICY CYCLE PARA AVALIAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA REFLEXÃO ACERCA DA POLÍTICA PÚBLICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS, A ATUALIDADE DA TEORIA DE THOMAS HUMPHREY MARSHALL: EFETIVIDADE DA CIDADANIA, POLÍTICAS PÚBLICAS E LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL, A (IM)POSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DO PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL, A POLÍTICA INTERSETORIAL DE ATENDIMENTO INTEGRAL À INFÂNCIA EM DUQUE DE CAXIAS/RJ, POLÍTICAS PÚBLICAS: COMO MEIO DE EFETIVIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL E A CONCRETIZAÇÃO DA DIGINIDADE HUMANA e finalmente o artigo A JUDICIALIZAÇÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – BPC: FENÔMENO QUE CONCRETIZA O DIREITO HUMANO SOCIAL À PRESTAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL.

Temos a certeza que todos os artigos permitem leitura agradável porem profunda sobre os assuntos tratados no decorrer de cada texto.

Convidamos a todos os estudiosos dos temas abordados a leitura, pois é nossa percepção que contribuirá para o debates, em especial no viés dos Direitos Sociais.

Os Coordenadores

Ilton Garcia da Costa – Prof. Dr. – UENP Universidade Estadual do Norte do Paraná

Juvêncio Borges Silva – Prof. Dr. – Universidade de Ribeirão Preto

Clilton Guimarães do Santos – Prof. Dr. – Centro Universitário FIEO

A JUDICIALIZAÇÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – BPC: FENÔMENO QUE CONCRETIZA O DIREITO HUMANO SOCIAL À PRESTAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

THE JUDICIALIZATION OF CONTINUED PAYMENT BENEFIT PROGRAM - BPC: PHENOMENON THAT CONCRETIZES THE SOCIAL HUMAN RIGHT TO PROVISION OF THE EXISTENTIAL MINIMUM

Kellen Cristine de Oliveira Costa Fernandes
Juvêncio Borges Silva

Resumo

O trabalho estuda a judicialização do Benefício de Prestação Continuada (o qual é uma política pública da assistência social) como um fenômeno que concretiza o direito humano social à prestação do mínimo existencial. Para tanto, apresenta o conceito que identifica os direitos essenciais à pessoa humana e o seu fundamento: "dignidade da pessoa humana". Posteriormente, analisa o conceito de política pública, a assistência social no Brasil e as principais características do BPC. E após, demonstra as principais causas do elevado nível de judicialização deste benefício.

Palavras-chave: Judicialização de política pública, Benefício de prestação continuada, Direito humano social

Abstract/Resumen/Résumé

The work studies the judicialization of the Continued Payment Benefit Program (which is a public policy of social assistance) as a phenomenon that concretizes the social human right to provision of the existential minimum. For this purpose, it presents the concept that identifies the essential rights of the human person and its basis: "the dignity of the human person". Subsequently, it analyzes the concept of public policy, the social assistance in Brazil and the main features of the BPC and after it demonstrates the main causes of the high level of judicialization of this benefit.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicialization of public policy, Continued payment benefit program, Social human right

INTRODUÇÃO

O Benefício de Prestação Continuada - BPC é uma política pública da assistência social, o qual garante um salário-mínimo 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 e nem de tê-la provida por sua família, conforme o art. 203, inciso V da Constituição Federal de 1988.

O presente trabalho visa estudar a judicialização do BPC[1], o qual tem sido levado cada vez mais ao Poder Judiciário, que tem a função de exercer a interpretação privilegiada da legislação em conformidade com os princípios constitucionais, principalmente para garantir e concretizar este direito humano social à prestação, compreendido dentro do mínimo existencial[2]. Para tanto, partiu-se do método analítico-dedutivo, valendo-se de pesquisa bibliográfica, arregimentando os ensinamentos da mais especializada doutrina.

Os direitos humanos sociais demandam um tipo de legislação específica para sua concretização, legislação essa que tem que se adequar ao caráter complexo e polifacético da vida, daí surgindo, a partir de então, a impossibilidade do executivo e do legislativo prever todas as situações de aplicação material. Tais lacunas (ou omissões) precipitam a transformação do judiciário em um "legislador implícito". (VIANNA et. al., 1999, p. 21)

Neste sentido, faz-se necessário a intervenção judicial para preencher essas lacunas (ou omissões) legais, traduzindo um novo papel que se apresenta ao Judiciário brasileiro. Por exemplo, verifica-se a incapacidade do Poder Executivo e do Poder Legislativo em garantir o BPC para todos os necessitados, mostrando-os insuficientes em se adequarem na complexidade social para a concretização plena do mínimo existencial da dignidade da pessoa humana, estabelecida pela Lei Maior, conforme analisará ao longo do artigo.

---

[1] No Brasil, o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome – MDS faz a gestão do BPC através da Secretaria Nacional de Assistência Social – SNAS, a qual é responsável pela implementação, avaliação, regulação, financiamento, coordenação e o monitoramento do BPC. E é o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS que faz a operacionalização do BPC, com o custeio da Seguridade Social, sendo administrado pelo MDS e repassado ao INSS, através do Fundo Nacional de Assistência Social – FNAS. Ocorre que, em se tratando de conflitos judiciais que envolvem o INSS, infelizmente, a estatística realizada pelo Conselho Nacional de Justiça afirma que o INSS é o maior litigante do Poder Judiciário. (SOUZA, 2012) E as ações previdenciárias e assistenciais representam mais de 70% dos conflitos judiciais que envolvem o INSS nos Juizados Especiais Federais. (BRASIL, 2012. p. 175)

[2] Apenas os direitos da pessoa humana estão abarcados pelo mínimo existencial, o qual se reveste dos direitos mínimos para uma existência digna, sem os quais não se teria um homem livre e com possibilidades de sobrevivência. Neste trabalho adota a Teoria Absoluta do Mínimo Existencial, que é majoritária, a qual não se admite ponderação do conteúdo dos direitos mínimos, pois a dignidade não é passível de restrição, sob pena de sua violação. (SARLET, 2007)

No primeiro tópico procede-se à análise do conceito e o fundamento que a doutrina tem utilizado para identificar os chamados direitos essenciais à pessoa humana. E o que é "dignidade da pessoa humana"? Também será analisada sob a perspectiva de que tal expressão é o principal fundamento dos direitos humanos. Após, analisará os principais aspectos iniciais da afirmação histórica dos direitos humanos sociais com os seus respectivos reflexos na sociedade.

No segundo tópico procede-se à análise da política pública da assistência social, através de uma breve conceituação de política publica, passando então a analisar a assistência social no Brasil, e após, mais especificadamente, estuda o próprio BPC com as suas principais características necessárias.

No terceiro tópico procede-se à análise da judicialização do BPC, através do estudo dos fatores que deram origem à judicialização da política e os principais aspectos desse fenômeno. Em razão disto, neste tópico são enfrentadas as seguintes perguntas: De onde vem tal fenômeno? Quais as principais causas deste elevado nível de judicialização do BPC? Porque o Judiciário está sobrecarregado?

Com isto, analisamos constantes questionamentos acerca do critério de renda definido no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742 de 1993 – Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) para fins de concessão do BPC, através das decisões dos Tribunais Superiores, em especial a Reclamação 4374/PE julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) que confirmou a inconstitucionalidade de tal critério, considerando-o defasado para caracterizar a situação de miserabilidade. Contudo, procurar-se-á demonstrar, por meio destas decisões, que o controle judicial do BPC à luz da Lei Maior veio para garantir e concretizar a realização do direito humano social à prestação do mínimo existencial.

1 CONCEITO E FUNDAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

Diversas são as expressões que a doutrina tem utilizado para os chamados direitos essenciais à pessoa humana, como por exemplo: direitos naturais, direitos públicos subjetivos, liberdade públicas, direitos morais, direitos dos povos, direitos humanos e direitos fundamentais. Mas, dentre estas expressões, as que têm sido mais aceitas por parte dos doutrinadores são os "direitos humanos" e "direitos fundamentais".

Alguns doutrinadores as consideram termos distintos por conta de sua abrangência[3], mas boa parte da doutrina os afirma como sinônimos. Por exemplo, Bonavides (1998, p.16) diz: "quem diz direitos humanos, diz direitos fundamentais, e quem diz estes diz aqueles, sendo aceitável a utilização das duas expressões indistintamente." Dallari (2002, p. 7) diz:

> A expressão "direitos humanos" é uma forma abreviada de mencionar "os direitos fundamentais da pessoa humana". Esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida. Todos os seres humanos devem ter assegurados, desde o nascimento, as condições mínimas necessárias para se tornarem úteis à humanidade, como também devem ter a possibilidade de receber os benefícios que a vida em sociedade pode proporcionar. Esse conjunto de condições e de possibilidade associadas às características naturais dos seres humanos, a capacidade natural de cada pessoa e os meios de que a pessoa pode valer-se como resultado da organização social. É a esse conjunto que se dá o nome de direitos humanos.

Observe-se, entretanto, que os direitos humanos estão previstos no direito internacional, enquanto os direitos fundamentais estão previstos em normas nacionais, sobretudo nas Constituições. Uma vez que os direitos humanos são acolhidos nas Constituições, estes podem vir a ser disciplinados como direitos fundamentais, incorporados ao ordenamento jurídico pátrio.

Os direitos humanos são caracterizados como aqueles direitos fundamentais de uma pessoa humana, os quais sem estes direitos o ser humano não é capaz de se desenvolver, nem de participar plenamente da vida, ou seja, são as condições mínimas necessárias para uma vida plena e digna, baseada na "dignidade da pessoa humana", conforme análise a seguir.

1.1 A Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana está no art. 1º, III da Lei Maior, sendo fundamento do Estado Democrático de Direito. Para buscar o seu significado e abrangência, a doutrina propõe vários termos como forma de conceituar esse importante valor fonte do sistema jurídico, social e político: a norma absoluta, a norma fundamental, o princípio dos princípios, o mais belo dos princípios, o valor absoluto e o valor supremo. Ou seja, possui um caráter de fundamentalidade, algo que é superior de outros valores, direitos, etc.

De acordo com Plácido e Silva (1997, p. 267), dignidade (do latim *dignitas*) é virtude, honra, consideração, "a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida". Filosoficamente, esse valor fonte é um direito essencial,

[3] Os "direitos humanos" seriam universais, garantidos aprioristicamente a todos os seres humanos, por outro lado, os "direitos fundamentais" seriam apenas aqueles positivados em cada ordenamento jurídico.

pois “é o principio moral de que o ser humano deve ser tratado como um fim e nunca como um meio”. (DINIZ, 1998, v. 2). Ingo Sarlet (2001, p. 60) afirma que:

> Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

A dignidade da pessoa humana demonstra um conjunto de valores civilizatórios que estão incluídos ao patrimônio da humanidade. O que contém neste valor vem associado aos direitos fundamentais, que envolvem aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais (este último abrange os direitos assistenciais). Seu núcleo material é preenchido do mínimo existencial, o qual se identifica com o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Abaixo deste mínimo existencial, ainda que sobreviva, infelizmente não há dignidade. (BARROSO, 2003, p. 335)

E é por isso que a dignidade da pessoa humana é suprema no sentido de que está acima de tudo, ou seja, é a razão, o fundamento, a origem de todos os valores do ser humano, que conseqüentemente, se torna absoluta, não podendo ser excepcionada, sob pena de depreciar-se contra a própria essência do ser humano. E a busca constante da humanidade deverá ser sempre com a finalidade de concretizar o respeito à dignidade de toda pessoa humana, em especial ao mínimo existencial, protegendo-a contra os arbítrios do Estado.

1.2 Os Direitos Humanos Sociais

Os direitos humanos sociais (ex: amparo ao idoso, às mulheres, às crianças, aos trabalhadores) são caracterizados como aqueles direitos de segunda dimensão. Tais direitos surgiram no contexto da Revolução Industrial, onde ocorreu o empobrecimento de muitos. Era um tempo em que aumentava o desemprego, e os que conseguiam manter-se empregados trabalhavam em péssimas condições de trabalho. (FERREIRA FILHO, 2007, p. 291)

Surgiu assim o *Welfare State* (Estado Social ou do Bem-Estar Social), que é voltado para a efetiva promoção social, e não apenas à garantia da liberdade. Neste tempo, iniciou-se o reconhecimento jurídico dos primeiros interesses de dimensão coletiva, ou seja, que assistem a todo um grupo, classe ou categoria de pessoas. Consagrou os *“direitos de igualdade”*, que ficaram conhecidos como liberdades reais, concretas, materiais, ou públicas

positivas do Estado: com foco na correção das desigualdades, clamada por estes grupos, classes ou categorias. (ANDRADE, A.; MASSON; ANDRADE, L., 2014, p. 3)

Mais tarde, após o fim da 2ª Guerra Mundial, a sociedade aflita e assustada se convenceu da necessidade de garantir direitos civilizatórios mínimos a todo ser humano, reunindo varias nações para aprovar a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, consagrando assim os "direitos de fraternidade ou de solidariedade", que, para os fins proposto, conforme em seu artigo XXV dispõe que:

> I) Todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Desta forma, a partir do pós-guerra surgiu então o conceito de seguridade social "como um conjunto de políticas públicas que asseguram a proteção social e o bem-estar das pessoas, que, por serem consideradas cidadãs, passam a ter direitos a esses benefícios". (FLEURY, 2007. p. 76). Contudo, se verifica que, os fundamentos dos direitos humanos sociais são universais, e que todo homem tem direito a um padrão mínimo de vida capaz de assegurar a si e a sua família o devido respeito à dignidade.

2 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – BPC: POLÍTICA PÚBLICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

A assistência social é um dos tripés da seguridade social (que também compreende a saúde e a previdência social). Conforme já visto, o BPC é uma política pública da assistência social, mas antes de adentrarmos no estudo específico deste benefício, é necessário apresentar o conceito de política pública e analisar a assistência social no Brasil, conforme a seguir.

2.1 A Política Pública

A doutrina ainda tenta conceituar o que são questões políticas. Ronald Dworkin (2010, p. 36) a conceitua em contraposição aos princípios, voltados a um direito individual, como "aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade".

Fabio Konder Comparato (1998, p. 45) afirma que política não é uma norma e nem ato, mas os englobam como seus componentes, sendo a política uma atividade: "um conjunto

organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado", unificada pela sua finalidade. Por exemplo, uma lei no campo da política pode ser inconstitucional sem que a política o seja, ou, caso a finalidade da política não atenda os objetivos constitucionais, tal política pode ser inconstitucional sem que os atos normativos que a regem o sejam.

Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 39) também dispõe sobre políticas públicas:

> é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

Fernando Aith (2006, p. 218) afirma que "considera-se política publica a atividade estatal de elaboração, planejamento, execução e financiamento de ações voltadas à consolidação do Estado Democrático de Direito e à promoção e proteção dos direitos humanos". Então, os governos representativos devem executar políticas que busquem a promoção e a proteção dos direitos humanos, sob pena de tornar-se uma política inconstitucional (ou ilegal), por ser contrária aos interesses dos seres humanos que compõem o Estado. (AITH, 2006, p. 232)

Ou seja, as políticas públicas servem para atender as necessidades do povo, e a atribuição prioritária dos Poderes Públicos torna-se "a progressiva constituição de condições básicas para o alcance da igualdade social entre todos os grupos, classes e regiões do país." (COMPARATO, 1998, p. 43) Para tanto, a Constituição estabelece que as políticas públicas são os instrumentos adequados de realização dos direitos fundamentais da pessoa humana, em especial dos direitos humanos sociais à prestações compreendido dentro do mínimo existencial, sendo também matéria constitucional sujeita ao controle do Judiciário.

2.2 A Assistência Social no Brasil

Entre os períodos de 1985 a 1988, o Brasil resgatou uma "dívida social" há muito adiada, resultando com a Constituição Federal de 1988, que representou importantes avanços sociais, corrigindo distorções e ampliando direitos, principalmente na área trabalhista e na seguridade social. (MEDEIROS, 2001, p. 17) Sonia Fleury (2007, p. 77) assevera:

> Em boa medida, a construção de uma ordem institucional democrática supunha um reordenamento das políticas sociais que respondesse às demandas da sociedade por maior inclusão social e eqüidade. Projetada para o sistema de políticas sociais como um todo, tal demanda por inclusão e redução das desigualdades adquiriu conotações

> de afirmação dos direitos sociais como parte da cidadania, já que o sistema anterior de proteção social combinava inclusão estratificada de poucas pessoas e exclusão da maioria da população.

A partir de então, com a atual agenda política do Estado Democrático de Direito[4] impõe-se a agregação do núcleo liberal[5] à questão social[6], além de um conteúdo próprio caracterizado pela concreção da igualdade, enquanto salvaguarda de um mínimo de condições de vida ao cidadão e à comunidade. (STREK, 2014, p. 47)

Para tal concreção da igualdade, a Lei Maior (art. 3º) estabeleceu os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, quais sejam: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização; e, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos. Ocorre que, a Lei Maior "deve ser vista, hoje, como um campo necessário de luta para implantação das promessas modernas" (STREK, 2014, p. 48), pois na realidade, no Brasil ainda existe uma considerável parcela de pessoas que vivem em situação de pobreza e indigência:

> O Brasil é considerado a 14ª maior economia do mundo (BANCO MUNDIAL, 2006). Apesar disso, 34% e 13% da população brasileira vivem em situação de pobreza e indigência (BARROS et al., 2007). Esta contradição é fruto da elevada desigualdade de renda verificada no país. Recentemente, no entanto, a literatura tem chamado a atenção para mudanças importantes nos indicadores sociais brasileiros. Entre 2001 e 2004, o índice de Gini se reduziu de 0,59 para 0,56, o que representa a maior queda na desigualdade nas últimas três décadas; além disso, 5 milhões de brasileiros saíram da condição de extrema pobreza (IPEA, 2006). Segundo estimativas do Ipea (2006), as transferências públicas de renda – que incluem aposentadorias, pensões e programas sociais – tais como o Benefício de Prestação Continuada (BPC) e o Programa Bolsa Família (PBF) – são responsáveis por cerca de um terço dessa redução da desigualdade de renda nos últimos anos. (TAVARES, v. 39, 2009)

Então, percebe-se que o Brasil ainda tem muito que continuar a avançar, progressivamente, aproveitando ao máximo a utilização do BPC para a erradicação da pobreza, tendo em vista que o BPC é exemplo de crescimento econômico gerado pela distribuição de renda aos mais pobres, conforme o estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA acerca dos efeitos do gasto social na economia:

> Em geral, as transferências de renda que beneficiam mais os pobres elevam mais o PIB e a renda das famílias. Isso porque pessoas mais pobres tendem a consumir quase toda a sua renda (não podem poupar) e a consomem com produtos de origem nacional, com menos importados em sua cesta de consumo, ou seja, neste caso os vazamentos são bem menores. (BRASIL, 2011, p. 12)

---

[4] *Estado Democrático de Direito* "pretende precisamente a transformação em profundidade do modo de produção capitalista e sua substituição progressiva por uma organização social de características flexivamente sociais, para dar passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade na qual se possam implantar superiores níveis reais de igualdade e liberdades." (STREK, 2014, p. 53)

[5] São as liberdades públicas negativas, pois implicavam prestações negativas do Estado em relação ao individuo.

[6] São os direitos positivos prestacionais, pois implicavam prestações positivas do Estado para redução das desigualdades.

A assistência social, e mais especificamente o BPC, faz parte da concretização destes objetivos fundamentais estabelecidos na Lei Maior, pois realiza o enfrentamento da pobreza de forma integrada às políticas setoriais, garantindo mínimos sociais e provimento de condições para atender contingências sociais e promovendo a universalização dos direitos humanos sociais[7]. Maria Ferreira dos Santos (2003, p. 198) assevera:

> Os dispositivos constitucionais e legais evidenciam que a assistência social objetiva a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais. O enfrentamento da pobreza e a garantia dos mínimos vitais àqueles desprovidos da proteção previdenciária vêm ao encontro dos objetivos da Ordem Social

A assistência social é uma política pública não contributiva, é dever do Estado e um direito humano social de todo cidadão que dela necessitar. Entre os principais pilares da assistência social no Brasil estão a Lei Maior, que dá as diretrizes para a gestão das políticas públicas, e a Lei 8.7492/93 (LOAS) que estabelece a organização e gestão[8], afirmando ainda mais as finalidades de tal política[9] através de seus princípios[10] e de suas diretrizes[11], bem como definiu os critérios para o acesso ao BPC, conforme o art. 203, V da CF/88.

2.3 O Benefício de Prestação Continuada – BPC: Principais Características

---

[7] Parágrafo único do artigo 2º da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) – Lei 8.7492/93.

[8] Do Artigo 6º ao artigo 19.

[9] Art. 1º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.
Art. 2o A assistência social tem por objetivos: I - a proteção social, que visa à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos, especialmente: a) a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; b) o amparo às crianças e aos adolescentes carentes; c) a promoção da integração ao mercado de trabalho; d) a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; e e) a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tela provida por sua família; II - a vigilância socioassistencial, que visa a analisar territorialmente a capacidade protetiva das famílias e nela a ocorrência de vulnerabilidades, de ameaças, de vitimizações e danos; III - a defesa de direitos, que visa a garantir o pleno acesso aos direitos no conjunto das provisões socioassistenciais. Parágrafo único. Para o enfrentamento da pobreza, a assistência social realiza-se de forma integrada às políticas setoriais, garantindo mínimos sociais e provimento de condições para atender contingências sociais e promovendo a universalização dos direitos sociais.

[10] Art. 4º A assistência social rege-se pelos seguintes princípios: I - supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica; II - universalização dos direitos sociais, a fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas; III - respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade; IV - igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais; V - divulgação ampla dos benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais, bem como dos recursos oferecidos pelo Poder Público e dos critérios para sua concessão.

[11] Art. 5º A organização da assistência social tem como base as seguintes diretrizes: I - descentralização político-administrativa para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e comando único das ações em cada esfera de governo; II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis; III - primazia da responsabilidade do Estado na condução da política de assistência social em cada esfera de governo.

Conforme já visto, o BPC serve de instrumento na preservação da dignidade da pessoa humana, pois garante um salário-mínimo 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 e nem de tê-la provida por sua família.

Nos artigos 20 e 21 da LOAS foram definidos alguns critérios para a concessão e manutenção do BPC: o critério objetivo de renda (§ 3º do art. 20) que somente considera 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; a impossibilidade de acumulação com qualquer outro benefício no âmbito da seguridade social ou de outro regime; a sujeição a exame médico pericial e laudo realizado pelos serviços de perícia médica do INSS, entre outros.

Ocorre que, no Brasil, conforme o próprio histórico da prestação jurisdicional, desde o inicio da promulgação da LOAS, verificou-se que os objetivos desta política pública social não está sendo plenamente concretizada em âmbito administrativo, ou seja, o critério objetivo de renda fixado em lei não está atendendo a todos os necessitados, pois boa parte destes, mediante o indeferimento administrativo, para não morrer à míngua, está se socorrendo cada vez mais à prestação jurisdicional[12] (art.5º, XXXV da CF/88) para a obtenção do BPC, e assim, fazer valer o seu direito humano assistencial garantido pela Lei Maior.

Tudo isso é possível porque o BPC está compreendido como prestação positiva, reconhecida como "mínimo existencial"[13] necessário a uma vida digna, a qual deve ser realizada pelo Estado, orientado pela "teoria do mínimo existencial"[14] que permite tornar

[12] Segundo Lenio Streck (2009, p. 17-36), no Brasil, em que há muitas deficiências e onde a modernidade é atrasada, o modelo ideal é aquele preconizado pela teoria substancialista, devendo o Poder Judiciário atuar positivamente na implementação dos direitos fundamentais quando os demais Poderes falham.

[13] Mesmo os adeptos da Teoria Relativa do Mínimo Existencial entendem que os elementos que compõem as prestações positivas do mínimo existencial a serem realizadas pelo Estado, após considerar os princípios e os valores jurídicos mais relevantes, além de elementos metajurídicos contidos na consciência coletiva, constituem-se de um elemento instrumental e três elementos materiais: *educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à justiça*. (BARCELLOS, 2008) Neste sentido, de acordo com a Teoria Relativa do Mínimo Existencial, o BPC também estaria compreendido dentro do mínimo existencial, sendo, portanto, uma assistência aos desamparados. Ou seja, de qualquer modo, o BPC está compreendido como prestação positiva do mínimo existencial com base tanto na Teoria Absoluta do Mínimo Existencial (a qual é adotada neste trabalho – não se admite ponderação do conteúdo dos direitos mínimos) quanto na Teoria Relativa do Mínimo Existencial.

[14] "A tese da redução dos direitos sociais ao mínimo existencial emergiu com a queda do socialismo, cujas concepções destoavam da realidade fática, na medida em que o Estado não dispunha dos recursos suficientes para concretização de todos os direitos sociais (...). A tese do mínimo existencial ganhou contornos jurídicos a partir desta pilastra: redução dos direitos sociais ao mínimo existencial, o que permitiria uma otimização no uso dos recursos da parte que excedia o mínimo social. De forma sintética, a teoria do mínimo existencial propõe a maximização dos direitos sociais abarcados pelo mínimo existencial e a minimização dos direitos sociais em sua extensão, os quais seriam assegurados após a garantia dos direitos mínimos pela via democrática." (OLIVEIRA, 2012, p. 16 e 17)

legítimos direitos subjetivos plenamente sindicáveis, afastando-se quaisquer argumentação hermenêutica e teórica que venham cassar a sua efetivação. (OLIVEIRA, 2012, p. 30)

Neste sentido, em razão deste histórico jurisdicional exposto, muitos defendem que o Poder Legislativo deve ampliar o critério de renda de ¼ (um quarto) do salário mínimo para efeito de concessão do BPC, com o objetivo de aumentar o número de beneficiários e assim abranger todos os que são realmente necessitados.

Desejavelmente, no âmbito do Poder Legislativo tal critério de renda já está sendo rediscutido, tendo em vista que está tramitando na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 117/11, o qual eleva para ½ (meio) salário mínimo per capita a renda familiar exigida para concessão do BPC.

O fato é que, independentemente de toda discussão em busca da forma adequada de prestação assistencial a ser executada no Brasil, não há dúvidas de que sempre serão necessários ajustes na política pública da assistência social, em especial para a concessão do BPC. Ou seja, toda política pública está sempre em processo de desenvolvimento e progressão, adaptando-se às contingências e aos resultados já obtidos. Neste sentido, necessário então que se faça uma análise dos fatos, da realidade, dos impactos causados na sociedade em razão dos rumos percorridos pela política pública, a fim de redimensioná-la.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – BPC DA ASSISTENCIA SOCIAL

3.1 A Judicialização da Política

A judicialização da política tem raízes, segundo VIANNA et. al. (1999, p. 20-21) no constitucionalismo moderno, caracterizado pelo dirigismo constitucional do *Welfare State* (Estado do Bem Estar Social), que outorgou aos cidadãos uma extensa gama de direitos humanos sociais, eminentemente prestacionais, os quais não seriam cumpridos pelo governo, tendo em vista que o Executivo e o Legislativo seriam incapazes de atender a toda esta gama de direitos.

Assim, com o surgimento do *Welfare State* contribuiu e muito para a inserção do direito no centro da vida social, pois um de seus objetivos era trazer harmonia entre as classes sociais. E essa legislação do *welfare* é aberta, indeterminada e programática, colocando o juiz na condição de um “legislador implícito”. (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 40)

Ocorre que, conseqüentemente, cada vez mais os juízes estão ocupando os lugares pertencentes às instituições responsáveis pela política e pela auto-regulação societária (Legislativo e Executivo), contudo, tal prática não é fruto da ambição dos próprios juízes, mas sim de processos complexos e permanentes. (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 39)

Pois, desde o segundo pós-guerra, esses processos decorrem das alterações que modificaram as sociedades ocidentais, dando ênfase ao respeito e a garantia dos Direitos Humanos. Com efeito, ocorreu à explicitação de valores fundamentais nas Constituições existentes, obrigando o poder soberano a respeitar e concretizar tais valores fundamentais, surgindo, com isso, a necessidade de um Judiciário capaz de exercer jurisdição sobre a legislação elaborada por aquele poder. (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 39 - 40)

Há também outros fatores propulsores da judicialização da política: a aproximação do Judiciário com a população, através da criação dos juizados, dando início, aqui também à intervenção do direito nas relações sociais; a regulação dos direitos dos consumidores; a instituição da *class action*; a regulação das relações sociais mais vulneráveis, fazendo o juiz como o protagonista das questões sociais; e o exercício do controle de constitucionalidade das leis e do processo eleitoral pelo Judiciário, apontado como o grande responsável pela "nova arquitetura institucional". (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 41)

Assim, inúmeros fatores concorrem para a judicialização da política, sendo tal fenômeno um processo legítimo e comum nas democracias contemporâneas, fenômeno este decorrente da inação e omissão do legislador em deliberar sobre questões importantes para a sociedade.

Ou seja, tal judicialização é um fenômeno que tende a se agigantar e a se diminuir na medida em que cresce ou diminui a conflituosidade da sociedade, o cumprimento pelos poderes constituídos dos direitos humanos fundamentais e o número de regulações existentes, podendo se tornar inconveniente quando se encontrar em níveis muitos elevados. Pois, por exemplo, na medida em que aumentam a inefetividade dos direitos fundamentais, os índices de produção legislativa e a conflituosidade da sociedade, também aumentaram o nível de judicialização. (TASSINARI; OLIVEIRA, 2012)

Se a judicialização da política implicar simplesmente uma típica delegação da vontade do "soberano" ao Judiciário, por meio da substituição dos órgãos políticos tradicionais (Legislativo e Executivo) por uma justiça providencial, assistencialista e paternalista, infelizmente não será propício ao propósito pedagógico de formação de uma democracia de cidadãos livres e ativos. Todavia, este acesso ao Judiciário pode e deve ser utilizado como um meio de promover a democracia e propiciar um estímulo à vida

associativa, que foi sensivelmente prejudicada pelo regime militar, conforme o histórico brasileiro. (VIANNA et. al., 1999, p. 43)

A judicialização pode se mostrar necessária quando os direitos sociais já consignados na Constituição não se efetivarem por falta de políticas públicas necessárias à sua concreção. É o caso envolve os direitos humanos sociais à prestação do mínimo existencial, por exemplo, a concessão do BPC que pode ser discutida no Judiciário quando verificada a sua não efetivação em âmbito administrativo: está sendo verificado pelos cidadãos um alto grau de inefetividade do direito fundamental assistencial garantido pela CF/88, fazendo aumentar, conseqüentemente, o alto grau de litigiosidade, elevando o nível de judicialização do BPC.

Enfim, toda essa discussão que envolve o BPC se dá, dentre outras razões, pelos constantes questionamentos acerca do critério de renda definido no § 3º do art. 20 da LOAS. Isso será analisado a seguir.

3.2 O Critério de Renda Definido no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742 de 1993 - LOAS

O critério de renda fixado para a concessão do BPC é constantemente questionado sob a alegação de sua inconstitucionalidade, tendo em vista que é ineficiente (extremamente rigoroso, pois deixa uma boa parcela de beneficiários fora da proteção assistencial), ou seja, ainda que alguns não se enquadrem no critério de renda inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo, tais cidadãos também não possuem os meios necessários a sua manutenção e nem de tê-la provida por sua família, tendo, portanto, o direito ao referido BPC. Lembrando que não é objeto de estudo deste artigo a discussão que envolve o "ativismo judicial"[15] das decisões judiciais que concedem este benefício.

Desde o inicio da promulgação da lei, a aplicação do referido critério encontrou obstáculos na complexidade e na heterogeneidade dos casos concretos, pois tal critério não foi (e ainda não está sendo) suficiente para dotar o art. 203, V da CF/88 de plena eficácia. Então, o requisito financeiro estabelecido neste critério começou a ter a sua constitucionalidade contestada, pois, na prática, permitia que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do BPC previsto constitucionalmente.

A questão chegou ao STF em 2001, mas infelizmente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF foi julgada improcedente, com a consequente declaração de

[15] "O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso." (BARROSO, 2009, p. 17)

constitucionalidade do art. 20, § 3º da LOAS. Ocorre que, esta decisão não pôs termo às controvérsias quanto à aplicação em concreto do critério da renda fixado pela LOAS.

Após surgiram várias leis que estabeleceram critérios mais flexíveis para a concessão de outros benefícios assistenciais: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas; e o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03).

Isso foi observado pelos cidadãos e juízes como um fato revelador de que o próprio legislador estaria progredindo, se adaptando para com a realidade social, pois estaria reinterpretando o art. 203 da CF/88. Com isto, surgiu a interpretação para a concessão do BPC fora dos parâmetros objetivos fixados pelo art. 20 da LOAS, quando no caso concreto comprovasse a miserabilidade daquele idoso ou deficiente, para não deixá-los morrerem à míngua, pois o quantum fixado objetivamente é insuficiente à subsistência dos necessitados.

Por exemplo, em 2002 a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça - STJ decidiu, por unanimidade, no âmbito do Recurso Especial n. 397.943 – SP que:

> II - O preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no artigo 203, V, da Constituição Federal.A renda familiar per capita não inferior a ¼ do salário mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor. (BRASIL, 2002, p. 1)

Da mesma forma, no AgRg no Recurso Especial n. 529.928 – SP (DJ 03/04/2006) foi decidido no âmbito do STJ, que:

> 1. A Terceira Seção deste Superior Tribunal, no âmbito da Quinta e da Sexta Turma, consolidou entendimento de que a comprovação do requisito da renda familiar per capita não inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo não exclui outros fatores que tenham o condão de aferir a condição de miserabilidade da parte autora e de sua família, necessária à concessão do benefício assistencial. (BRASIL, 2006, p. 2)

Então, a partir do ano de 2006, decisões monocráticas de eminentes Ministros do STF passaram a rever anteriores posicionamentos. Por exemplo, a Ministra Cármen Lúcia na Reclamação nº 3.805/SP, DJ 18.10.2006 decidiu que:

> A constitucionalidade da norma legal, assim, não significa a inconstitucionalidade dos comportamentos judiciais que,para atender, nos casos concretos, à Constituição, garantidora do princípio da dignidade humana e do direito à saúde, e à obrigação estatal de prestar a assistência social ‘a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social’, tenham de definir aquele pagamento diante da constatação da necessidade da pessoa portadora de deficiência ou do idoso que não possa prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Constata-se que a jurisprudência do STF já tinha sido modificada, pois passou a permitir que referido critério seja conjugado com outros fatores de miserabilidade, constatados no caso concreto pelo magistrado. As decisões utilizaram dos seguintes fundamentos: a) que legislações posteriores, que criaram outros benefícios, ampliaram o critério de renda a ser considerado, podendo estender-se tal critério ao BPC; b) que o critério de ¼ do salário mínimo é ineficiente e rigoroso, deixando muitos beneficiários desamparados; c) a dignidade da pessoa humana, os objetivos do artigo 3º da CF/88, a garantia da jurisdição e o papel do Tribunal como guardião da Carta. (BRASIL, 2009, p. 263-269)

Pois a miséria é incompatível com o valor universal supremo da dignidade da pessoa humana, e foi este o raciocínio da Ministra Relatora:

> (...) a miséria constatada pelo juiz é incompatível com a dignidade da pessoa humana, princípio garantido no art. 1º, inciso III, da Constituição da República; e a política definida a ignorar a miserabilidade de brasileiros é incompatível com os princípios postos no art. 3º e seus incisos da Constituição; e a negativa do Poder Judiciário em reconhecer, no caso concreto, a situação comprovada e as alternativas que a Constituição oferece para não deixar morrer à míngua algum brasileiro é incompatível com a garantia da jurisdição, a todos assegurada como um direito fundamental (art. 5º, inciso XXXV da Constituição da República). Portanto, não apenas não se comprova afronta à autoridade de decisão do Supremo Tribunal na sentença proferida, como, ainda, foi exatamente para dar cumprimento à Constituição da República, de que é guarda este Tribunal, que se exarou a sentença na forma que se pode verificar até aqui." (BRASIL, 2009, p. 265)

E mais, o Ministro Marco Aurélio na Reclamação 4.164/RS sempre posicionou no sentido da insuficiência do critério definido pelo § 3º do art. 20 da Lei n. 8.742/93, entendendo que a política adotada pelo legislador é ineficiente. O Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 4374 MC/PE (2007) também fez uma análise da efetividade da política em questão e dos resultados alcançados em face dos critérios eleitos pelo legislador, afirmando:

> Os inúmeros casos concretos que são objetos do conhecimento dos juízes e tribunais por todo o país, e chegam a este Tribunal pela via da reclamação ou do recurso extraordinário, têm demonstrado que os critérios objetivos estabelecidos pela Lei nº 8.742/93 são insuficientespara atestar que o idoso ou o deficiente não possuem meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

O fato é que, desde o início constatou-se a inconstitucionalidade por omissão do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, em face à insuficiência de critérios para se aferir os meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, nos termos do preconizado pelo inciso V do art. 203 da Constituição.

E mais, alguns também defendem que o requisito de ¼ (um quarto) do salário mínimo, previsto na LOAS, art. 20, § 3º deveria excluir do cálculo aquelas despesas originárias diretamente da deficiência, incapacidade ou idade avançada dos requerentes, entre elas as despesas com medicamentos, alimentação especial, fraldas descartáveis, tratamento

médico, psicológico e fisioterápico, entre outros. Neste caso, é razoável considerar as despesas inerentes à condição do beneficiário, com base na dignidade humana.

Desejavelmente em 2013, por maioria de votos, o Plenário do STF confirmou a inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 20 da LOAS, através da Reclamação 4374/PE, sem pronúncia de nulidade, considerando finalmente que esse critério está defasado para caracterizar a situação de miserabilidade.Também foi declarada a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 34 da Lei 10.471/2003 (Estatuto do Idoso)[16].

O Ministro Relator Gilmar Mendes observou todos os argumentos já expostos, sendo que, ao longo dos últimos anos houve uma proliferação de leis que fixaram critérios mais flexíveis para a concessão de outros benefícios assistenciais. Desde a sua promulgação, o § 3º do art. 20 da LOAS passou por um processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas, políticas, econômicas, sociais e jurídicas.

Também, o Ministro observou que não cabe ao STF avaliar a conveniência política e econômica de valores que podem ou devem servir de base para a aferição de pobreza, pois a competência na implementação das políticas de assistencialismo definidas na Lei Maior são dos Poderes Executivo e Legislativo. Ou seja, tais valores devem ser o resultado de complexas equações econômico-financeiras que levem em conta seus reflexos orçamentários.

A decisão do STF não é vinculante, pois não foi julgado em controle abstrato de constitucionalidade, razão pela qual o INSS continua a adotar na via administrativa tal critério objetivo, tendo em vista não ter outro critério legal a adotar. Assim, para conferir um mínimo de segurança jurídica na aferição concreta da miserabilidade, é necessário que o Congresso Nacional atue rapidamente na votação do novo critério (Projeto de lei n.º 117/2011) para substituir o do §3º do art. 20 da LOAS.

Contudo, a novidade é que, por força da Lei 13.146 de julho de 2015, que aprovou o Estatuto da Pessoa com Deficiência, já em vigor desde o dia 03 de janeiro de 2016, a LOAS passou a prever expressamente que para a concessão do BPC poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de

[16] Art. 34, 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."* O dispositivo criou uma séria de discriminação entre os deficientes e os idosos beneficiários da Assistência Social e entre estes e os idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de um salário mínimo. Exemplo: dois casais vizinhos, ambos pobres, sendo o primeiro casal composto por dois idosos e o segundo por um portador de deficiência e um idoso – os dois idosos casados teriam direito ao benefício assistencial, mas o idoso casado com o deficiente não poderia ser beneficiário do direito se o seu parceiro deficiente já recebesse o benefício assistencial. A mesma situação também acontecia se, ao invés de deficiente, o outro fosse um idoso aposentado – o seu cônjuge não teria direito ao benefício assistencial (a aposentadoria previdenciária entraria no cálculo da renda per capita familiar). Provocados, os juízes estendiam a aplicação da norma (por analogia) aos benefícios assistenciais percebidos por deficientes e aos idosos titulares de benefícios previdenciários de até um salário-mínimo.

vulnerabilidade (§11 do art. 20 da LOAS)[17], sendo um flexibilização feita pelo próprio legislador do critério da renda mensal familiar inferior a ¼ do salário mínimo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se que o BPC é uma importante política pública social que concretiza o direito humano social à prestação do mínimo existencial. E para compreender o seu processo histórico inicial, fez-se necessário entender primeiramente o valor universal que o fundamenta: a "dignidade da pessoa humana", que é a razão, o fundamento, a origem de todos os valores do ser humano, sendo, portanto, um valor absoluto supremo, não podendo ser excepcionado, sob pena de aviltar-se contra a própria essência do ser humano

A assistência social, e mais especificamente o BPC, faz parte da concretização dos objetivos fundamentais da Lei Maior, pois realiza o enfrentamento da pobreza de forma integrada às políticas setoriais, garantindo mínimos sociais e provimento de condições para atender contingências sociais e promovendo a universalização dos direitos humanos sociais. Ocorre que o Judiciário se vê obrigado a ocupar um vazio deixado pelo Executivo e Legislativo (constatou-se a omissão legislativa, pois o atual critério previsto no § 3º do art. 20 da LOAS para a concessão do BPC verificou-se ineficiente) em razão de suas incapacidades em fornecerem respostas efetivas à explosão das demandas sociais.

Não é possível deixar a mercê do Estado a decisão de implementar ou não, a todos os necessitados, ao menos uma parcela mínima do direito humano social necessário para garantir a vida digna de cada indivíduo, sob pena de atentar diretamente contra os direitos humanos universais e garantias constitucionais. Pois o mínimo existencial é o direito de cada indivíduo às condições mínimas indispensáveis para a existência humana digna, que exige prestações positivas do Estado, como é o caso do BPC.

Passa-se, então, o Judiciário a assumir um papel de inserção da realidade no texto legal, com o fim de garantir o valor supremo da dignidade da pessoa humana através da concessão do BPC a todos os necessitados, e assim concretizar este direito humano social prestacional do mínimo existencial e não deixar morrer à míngua tais necessitados.

A atual posição do STF parece ser adequada: não cabe ao Judiciário avaliar a conveniência política e econômica de valores que podem ou devem servir de base para a

[17] § 11 do art. 20 da LOAS: Para concessão do benefício de que trata o **caput** deste artigo, poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme regulamento".

aferição de pobreza, pois tais valores devem ser o resultado de complexas equações econômico-financeiras que levem em conta seus reflexos orçamentários – são funções dos Poderes Executivos e Legislativos. Desejavelmente, no âmbito do Poder Legislativo o critério de renda já está sendo rediscutido através do Projeto de Lei 117/11, o qual eleva para ½ (meio) salário mínimo per capita a renda familiar exigida para concessão do BPC.

A novidade é que, por força da Lei 13.146 de julho de 2015, que aprovou o Estatuto da Pessoa com Deficiência, já em vigor desde o dia 03 de janeiro de 2016, a LOAS passou a prever expressamente que para a concessão deste benefício poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, sendo um flexibilização feita pelo próprio legislador do critério da renda mensal familiar inferior a ¼ do salário mínimo. Ou seja, espera-se um impacto positivo: expressiva diminuição da litigiosidade e da judicialização em torno da concessão deste benefício assistencial.

Portanto, cabe ao Judiciário julgar de acordo com o caso concreto e os fatos apresentados, pois o interprete não deve omitir-se da realidade social, sob pena do necessitado morrer à míngua. E é por isso que a judicialização do BPC se fez necessário, para tornar concreto o direito constitucional essencial à manutenção de uma vida humana, em prol do mínimo necessário para a existência de uma vida digna, mas que, infelizmente, se encontra em elevado nível de judicialização em razão da inefetividade deste direito humano social à prestação do mínimo existencial previsto e garantido na Lei Maior.

Todavia, a judicialização de políticas públicas pode ser controlada com o bom andamento do sistema político, com harmonia e estabilidade institucional, viabilizando-se as discussões políticas no seio da sociedade, de maneira ampla e com muitos diálogos (ou seja, destaca-se a participação plena da sociedade, de forma direta e incisiva), e após, sendo suas conclusões amadurecidas e abordadas pelos órgãos legiferantes.

A judicialização do BPC só será controlada a partir do momento em que os Poderes Executivos e Legislativos juntamente com a sociedade viabilizarem discussões em torno da regulamentação dos critérios de concessão, com o objetivo de abranger realmente a todos necessitados em prol da erradicação da pobreza no Brasil, e assim poder fazer valer do BPC administrativamente, sem precisar de se socorrer ao Judiciário, pois é lamentável para o sujeito de direito aguardar toda a demora de um processo judicial para ter seu BPC concedido, tendo em vista que, a cada tempo que passa pessoas estão morrendo por não conseguirem alcançar a sua própria sobrevivência.

REFERÊNCIAIS

AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumento de consolidação do Estado democrático de direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (organizadora). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos esquematizado.** 4ª Edição. São Paulo. Método, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais.** O princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> Acesso em 29 fev. 2016.

BONAVIDES, Paulo. Os Direitos humanos e a democracia. In: SILVA, Reinaldo Pereira (Org.). **Direitos humanos como educação para a justiça.** São Paulo: LTr, 1998.

BRASIL, Lei 8.7492 de 07 de dezembro de 1993 – Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS). **Portal da Legislação – Governo Federal,** Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 29 fev. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de lei n.º 117/2011, que altera dispositivos da Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491071&ord=1>. Acesso em: 29 fev. 2016.

_____. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Comunicados do Ipea n. 75. **Gastos com a Política Social: alavanca para o crescimento com distribuição de renda.** 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110203_comunicadoipea75.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2016.

_____. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Acesso à Justiça Federal:** dez anos de juizados especiais. Série pesquisas do CEJ, 14. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/pesquisas/serie%20pesquisa%20cej%2014.pdf>. Acesso em 29 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1232-1/DF. Brasília – DF, Relator Ministro Nelson Jobim, D.J. 01/06/2001, p. 95-106. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451> Acesso em: 29 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 397.943/SP. Brasília – DF, Relator Ministro Felix Fischer, p. 1-9. D.J. 18/03/2002. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200101926621&dt_publicacao=18/03/2002 Acesso em: 29 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. AgRg no Recurso Especial nº 529.928/SP. Brasília – DF, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, p. 1-5. D.J. 03/04/2006. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300729020&dt_publicacao=03/04/2006 Acesso em: 29 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 3.805/SP. Brasília, DF, Relatora Ministra Carmem Lúcia, Dje 18.10.2006. Disponível em <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 29 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4374 MC/PE, Brasília, DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, D. J. 06/02/2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%284374%2ENUME%2E+OU+4374%2EDMS%2E%29%28%28GILMAR+MENDES%29%2ENORL%2E+OU+%28GILMAR+MENDES%29%2ENPRO%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas> Acesso em: 29 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. na Reclamação 3.805-0 SP. Brasília, DF, Relatora Ministra Carmem Lúcia, D.J. 21/08/2009, p. 263-269. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601143> Acesso em: 29 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4374/PE. Brasília – DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, D.J. 18/04/2013, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/rcl4374.pdf> Acesso em: 29 fev. 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari (organizadora). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006.

COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, n. 35, p. 39-48, abr/jun. 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania.** São Paulo: Moderna, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico.** São Paulo: Saraiva, 1998. Vol. 2.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 33. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FLEURY, Sonia. Por uma sociedade sem excluídos (as). **Observatório da Cidadania,** s.I., p. 76-80, 2007.

MEDEIROS, Marcelo. A Trajetória do Welfare State no Brasil: Papel Redistributivo das Políticas Sociais dos Anos 1930 aos Anos 1990. Texto para Discussão n. 852. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada,** Brasília, p. 1-21, 2001. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0852.pdf> Acesso em: 29 fev. 2016.

OLIVEIRA, Caio Ramon Guimarães de. Teoria do Mínimo Existencial como fundamento do Estado Democrático de Direito – Um Diálogo na Busca de Uma Existência Digna. **Revista Direito e Liberdade** - ESMARN - v. 14, n. 2, jul/dez. 2012.

SANTOS, Maria Ferreira dos. **O princípio da seletividade das prestações de Seguridade Social.** São Paulo: LTr, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang**. A eficácia dos direitos fundamentais.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 5ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 13ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

SOUZA, Giselle. **Órgãos Federais e Estaduais Lideram 100 Maiores Litigantes da Justiça.** Conselho Nacional de Justiça. Brasília. 29 de outubro de 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/59351-orgaos-federais-e-estaduais-lideram-100-maiores-litigantes-da-justica>. Acesso em: 29 fev. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito.** 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TASSINARI, Clarissa e OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Judicialização da Política e Ativismo Judicial.** Notas para uma necessária diferenciação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TAVARES, Priscilla Albuquerque et. al. **Uma Avaliação do Programa Bolsa Família: Focalização e Impacto na Distribuição de Renda e Pobreza**. Pesquisa e planejamento econômico – ppe, Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, v. 39, n. 1, abr. 2009. Disponível em: <http://ppe.ipea.gov.br/index.php/ppe/article/viewFile/1062/1044> Acesso em 29 fev. 2016.

VIANNA, Luiz Werneck et. al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social,** revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007.