

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

JANAÍNA LIMA PENALVA DA SILVA

A IGUALDADE SEM MÍNIMOS:
DIREITOS SOCIAIS, DIGNIDADE E ASSISTÊNCIA SOCIAL EM UM
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – UM ESTUDO DE CASO SOBRE O
BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Brasília-DF

2011

JANAÍNA LIMA PENALVA DA SILVA

A IGUALDADE SEM MÍNIMOS:
DIREITOS SOCIAIS, DIGNIDADE E ASSISTÊNCIA SOCIAL EM UM
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – UM ESTUDO DE CASO SOBRE O
BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Tese de doutoramento apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito, Estado e Constituição, sob a orientação do Professor Doutor Menelick de Carvalho Netto.

Brasília-DF

2011

***We are governed not by a list but by an
ideal, and controversy is therefore at the heart of our stories.***

R. Dworkin

Agradecimentos

Agradeço a orientação e apoio do meu orientador, Menelick de Carvalho Netto, e à Universidade de Brasília pelo acolhimento. À amiga Carolline Scofield, pelas aulas sobre seguridade social, pela amizade fiel e pelo apoio irrestrito. À Tatiana Ferri Lanare, por ter sido amiga-irmã, presente até quando eu estava ausente. À Denise Gama, pela leitura atenta, comentários e estímulo. À Inês Porto, por ter segurado na minha mão. Aos amigos pesquisadores da Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, pelo aprendizado no tema da assistência social e deficiência. E, em especial, à professora Debora Diniz, porque é um privilégio ter a quem admirar. À CAJU e todas as bibliotecárias do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, pelas pesquisas e consultas bibliográficas. A quem é e foi família, no melhor sentido do termo. E a Cassinha, Jorge e Dani, a parte fixa de um conceito que muda.

Resumo

Esta tese é sobre a aplicação dos direitos sociais em uma comunidade política que aceita a igualdade como virtude soberana. A pesquisa tem como tema central o direito à assistência social, e a principal hipótese que se buscou comprovar é a de que a igualdade, como direito a igual respeito e consideração, exige mais que a garantia de direitos, recursos ou prestações mínimas. Adotou-se como ponto de partida uma pesquisa empírica, lastreada na técnica do estudo de caso, em que se buscou reconstruir o percurso dos julgados acerca do direito ao Benefício de Prestação Continuada (BPC) no Supremo Tribunal Federal, nas últimas décadas. Constante do art. 203, V, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), o BPC consiste na garantia de um salário mínimo mensal ao idoso e ao deficiente pobre e incapaz para o trabalho. A tese está dividida em três partes. Na primeira parte, o estudo dos casos permitiu a observação de uma mudança na aplicação do direito realizada pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido da superação de um modelo convencionalista ou positivista e da adoção de uma abordagem principiológica do sistema jurídico. Entretanto, a análise profunda das decisões demonstrou certa tensão entre a correção do teor do decidido e os equívocos presentes na descrição e na fundamentação em termos axiológicos do caso. Tais equívocos, conquanto não maculem a correção da decisão naquele caso, abrem campo para decisões menos sensíveis às pretensões a direito efetivamente em jogo e que, portanto, tendem a colocar em risco a integridade do direito em casos futuros. A partir dessa reflexão sobre a aplicação dos direitos sociais e a interpretação da Constituição como uma comunidade de princípios, a segunda parte da tese demonstra que não há fundamento constitucional para o direito ao mínimo existencial, no sentido de um padrão geral e abstrato fixado para a assistência social. A importação do mínimo existencial da jurisprudência alemã não encontra amparo nos princípios da CF/88, na medida em que ameaça o princípio mais fundamental de que todos têm direito à garantia individual dos direitos sociais que a CF/88 estatui, na medida de suas necessidades e não conforme padrões ditos razoáveis, pré-definidos. A igual consideração de todos os indivíduos exige mais que uma simples atenuação padronizada e generalizante da desigualdade. Nessa segunda parte também se demonstra que a garantia judicial dos direitos sociais não ameaça, mas enriquece a democracia, ao garantir à comunidade política um fórum de princípio que atua em nome da justiça, assegurando não apenas o bem público ou o interesse coletivo, mas os direitos de cada indivíduo. A terceira parte analisa a política pública relativa ao Benefício de Prestação Continuada e lança luz a outra dimensão da igualdade: o igual respeito e a dignidade humana. A última hipótese confirmada é de que o igual respeito depende de políticas públicas formuladas com base no princípio da autenticidade, uma das dimensões da dignidade humana, conforme Dworkin, e não em formas de solidariedade excessivas ou pré-políticas. Além disso, a partir de uma interpretação principiológica da Constituição, demonstra-se que a avaliação das necessidades básicas é um critério melhor que a adoção do mínimo social ou de direitos mínimos, no sentido de padrões pré-definidos. Assim, parte do trabalho enfrenta o desafio dos discursos de aplicação, em uma análise das possibilidades de uma decisão judicial correta envolvendo direitos sociais, e parte reflete sobre a concepção das políticas que dispõem sobre esse direito. As principais questões

constitucionais tratadas são a aplicação do §1º e §2º do art. 5º da CF/88, a relação entre democracia, justiça e Constituição e o papel do Poder Judiciário na garantia de direitos de cunho redistributivo.

Palavras-Chave

Direitos fundamentais sociais. Mínimo existencial. Necessidades básicas. Assistência social. Constituição. Democracia. Igualdade. Dignidade. Justiça distributiva. Supremo Tribunal Federal. Integridade do direito.

Abstract

This thesis is about the implementation of social rights in a political community that accepts equality as a sovereign virtue. The research was carried out from a case study on the right to social assistance, and the main hypothesis was that equality, as a right to equal respect and consideration, requires more than the guarantee of rights, resources or minimum benefits. A case study was adopted as a starting point and sought to historically retrieve the decisions of the Brazilian Supreme Court in recent decades about the Continuous Cash Benefits Programme (BPC), settled in article 203, V, of the Federal Constitution of 1988. BPC is the monthly guarantee of a minimum wage for the elderly and the disabled considered poor and unable to work. This thesis is divided into three chapters. In the first chapter, the case studied allowed the observation of a change in law enforcement made by the Supreme Court, in order to overcome a positivist or conventionalist model and to adopt a principle-based approach to the legal system. However, a close analysis of the decisions revealed some tension between the correctness of the contents of the decisions and the misconceptions in the description and reasoning in axiological terms of the case. Though such misconceptions did not taint the decision of the cases, they open the way for decisions less sensitive to the claims for rights actually in play on the case and therefore tend to jeopardize the integrity of the law in future cases. From this reflection on the implementation of social rights and the interpretation of the Constitution as a set of principles, the second chapter of this thesis demonstrates that there is no constitutional basis for the entitlement to an existential minimum in the sense of a general and abstract pattern of social assistance. The import of the existential minimum of the German jurisprudence finds no support in the principles of the Brazilian Constitution, because it threatens the most fundamental principle that every individual has the right to the social rights that the Constitution of 1988 stipulates, tailored to their needs and not according to pre-defined standards said as reasonable. Equal consideration of all individuals requires more than a standardized and generalized attenuation of inequality. In this second chapter it is also demonstrated that the judicial guarantee of rights does not threaten, but rather enriches democracy by providing the political community with a forum of principle that acts on behalf of justice, ensuring not only the public good or the collective interest, but also the rights of each individual. The third chapter analyzes the public policy related to BPC and brings to light another dimension of equality: equal respect and dignity. The latter hypothesis is confirmed that equal respect depends on public policies based on the principle of authenticity, one dimension of human dignity, as Dworkin proposes, and not on excessive or pre-political forms of solidarity. Moreover, from a principle-based interpretation of the Constitution, it is demonstrated that the assessment of basic needs is a better criterion than the adoption of pre-defined social minimum or minimum rights. Thus, part of the work faces the challenge of the discourses of application, in an analysis of the possibilities of a correct court decision involving social rights, and part reflects on the design of the policies that deal with this right. The main constitutional issues addressed are the application of the § 1st and § 2nd of the Brazilian Constitution, the relationship between democracy and the Constitution, and the role of the Judiciary in ensuring the rights of redistributive nature.

Keywords

Fundamental social rights. Existential minimum. Basic needs. Social assistance. Constitution. Democracy. Equality. Dignity. Distributive justice. Supreme Court. Integrity of the law.

Sumário

Introdução	1
Capítulo I	
Estudo de caso: a regra da pobreza no Poder Judiciário	20
1.1 A <i>chain of law</i> do Benefício de Prestação Continuada no STF	24
1.1.1 Ausência de deliberação pública: o MI nº 448/RS	25
1.1.2 “É problema da própria lei”: a ADI nº 1.232/DF	27
1.1.3 Autoria em paralelo e controle difuso: a Reclamação nº 2.303/RS	32
1.1.4 Juízes desobedientes? As reclamações e o mínimo existencial no STF	34
1.1.5 O RE nº 567.985/MT: um capítulo a ser escrito	39
1.1.6 Igual respeito: a ADPF nº 182/DF	41
1.2 Uma reviravolta no romance: as ações coletivas a meio caminho da abstração	42
1.3 Breve excursão sobre o direito à saúde: a retomada da discricionariedade positivista.....	49
Capítulo II	
Direitos sociais e igualdade política	58
2.1 Direitos fundamentais: a teoria de Alexy em crítica.....	59
2.1.1 A teoria dos princípios	61
2.1.2 A teoria das posições jurídicas fundamentais	68
2.1.3 Limites aos direitos fundamentais: excesso de racionalidade	71
2.2 Igualdade: um direito fraco?	74
2.3 Mínimo existencial: uma afronta à igual consideração	80
2.4 Dignidade da pessoa humana: como não perdê-la?	90
2.5 Política e Constituição	98
2.5.1 A igualdade política e o argumento da democracia.....	100
2.5.2 Reserva do possível: um exercício teórico	102
2.5.3 Igualdade e Justiça: decisões com base em princípios	106
Capítulo III	
A assistência social na Constituição de 1988	111

3.1 Deficiência e envelhecimento: recortes da Constituição	112
3.2 Necessidades básicas x mínimo social: qual constitucionalidade?	116
3.3 Em direção à teoria feminista: uma crítica a Nussbaum	120
3.4 Igualdade de gênero: feminismo e liberalismo	130
3.5 Igual respeito, dignidade e autenticidade: os riscos do critério de renda familiar do BPC.....	136
Conclusão	143
Referências	148
Anexos	156
Inteiro teor da ADI nº 1.232/DF	156
Inteiro teor da Agr Recl nº 2.303/RS	163

Introdução

Todo cidadão tem direito a um tratamento em igual consideração e respeito. Essa é a concepção liberal de igualdade de Ronald Dworkin que governa a presente tese. Afirmar que as pessoas são iguais mesmo sendo absolutamente diferentes constitui o paradoxo que alimenta diversas concepções sobre o tema. O objeto da tese estabelece um recorte nessa ideia “misteriosa” que é a igualdade. Essencialmente, as questões postas pelos direitos sociais e, em especial, também pela pobreza e assistência social remetem à difícil questão sobre como fixar e defender alguns direitos a partir de um detalhamento do que a igualdade requer (DWORKIN, 2002, 2011).

Igual consideração é então a primeira exigência que se faz ao Estado, por isso, seja em relação a bens, recursos ou direitos, não há espaço para considerações mínimas na Constituição brasileira de 1988. Os parceiros de uma comunidade política que aceitam ser regidos pelo direito mais amplo a um tratamento em igual respeito e consideração precisam que as leis e as políticas adotadas não dependam de quem eles sejam – em termos econômicos, de raça, gênero, competências ou deficiências. Esse é o princípio da igual importância. Além disso, é preciso que o Estado se empenhe em tornar o destino desses cidadãos sensível às opções que fizeram, conforme enuncia o princípio da responsabilidade especial (Dworkin, 2005).

A igual importância e a responsabilidade especial, que delineiam o individualismo ético de Dworkin, ajudam na aplicação concreta dos princípios constitucionais que definem os deveres da comunidade política diante de quem precisa de proteção social por ter necessidades básicas a serem satisfeitas e impedimentos para atendê-las de forma autônoma, permanente ou transitoriamente. Os deficientes e idosos pobres e incapazes para o trabalho são o foco da tese. O artigo 203 da Constituição lhes garantiu um salário mínimo de benefício mensal quando comprovarem não possuir meios de prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família. Há algumas incongruências na legislação que regulamenta esse benefício e na forma como o conjunto normativo foi e continua a ser aplicado pelo STF e por outras instâncias judiciais. A tese tratará dessas incongruências

demonstrando como casos concretos permitem partir para uma reflexão mais geral sobre a aplicação dos direitos sociais e para o desafio presente na esfera política no que toca a definições distributivas que exigem decisões complexas sobre moralidade política.

Além de analisar as decisões judiciais sobre o referido benefício e a política pública de assistência social, a tese enfrenta a pergunta sobre quais dos deveres assistenciais são exclusivamente estatais e a questão mais difícil sobre quando é possível ao Estado compartilhar suas responsabilidades assistenciais com a família e a sociedade. Isso significa que a tese se preocupa não apenas com aqueles que estão em situação de vulnerabilidade social, mas com os direitos fundamentais de todos que compõem o núcleo familiar e merecem viver vidas autênticas e dignas¹.

A teoria dos mínimos – existencial, social ou vital – é uma concessão da liberdade à igualdade e por isso é rejeitada como insuficiente diante do conteúdo radicalmente democrático da Constituição de 1988 e da fixação da igualdade como base inclusive da liberdade². Se há direitos sociais, não se pode privar os sujeitos de seu exercício e fruição, mesmo que essa privação seja de interesse geral, em qualquer sentido. Direitos mínimos, principalmente no contexto de uma Constituição que garante expressamente vários direitos sociais, são concessões fracas que subvertem a igualdade em nome da liberdade. Direitos mínimos não reduzem ou eliminam as desigualdades, ao contrário, forjam uma preocupação com a vida das pessoas quando na verdade enfatizam a forma como as instituições são organizadas e como os recursos podem ser administrados sem que precisem ser redistribuídos.

A histórica tensão entre liberdade e igualdade se dissolve na tese porque a liberdade é tomada como parte da igualdade e não como um ideal político concorrente³. Essa interpretação se expressa na aplicação dos direitos sociais,

¹ A ideia de dignidade humana e os princípios do igual respeito e da autenticidade serão detalhados no decorrer da tese, com menção inclusive nesta Introdução.

² Dworkin considera falsa a tensão entre igualdade e liberdade, porque: “Se a liberdade tem valor porque a vida vivida em liberdade tem mais valor, então o princípio igualitário requer que o governo cuide da liberdade, pois requer que o governo tenha consideração pela vida daqueles a quem governa. Então, como poderia a igualdade entrar em conflito com uma concepção adequada de liberdade?”. Para detalhes, vide capítulo 12 da obra *Levando os direitos a sério* (Dworkin, 2002, p. 410).

³ A preocupação principal desta tese é com a importância da igualdade tanto na definição das políticas públicas quanto no ideal que guia as decisões judiciais. Dessa forma, o complexo teórico relativo à tensão entre liberdade e igualdade propositalmente não é retomado. A liberdade é tratada apenas quando o caso e o problema a apresentam como um ponto importante.

principalmente à assistência social e à saúde, nos quais a questão distributiva é evidente e as medidas igualitárias tomadas para garantir esses direitos (redistribuição de recursos, políticas tributárias, etc) são usualmente consideradas invasões da esfera de liberdade dos indivíduos. Tanto na aplicação judicial quanto na formulação de uma política pública, a trama teórica envolvendo a igualdade e a liberdade ganha força concreta ao se reproduzir na vida dos sujeitos em situação de pobreza e vulnerabilidade, que precisam que seus direitos sejam garantidos de acordo com as suas necessidades básicas e não quantidade mínima possível⁴. Essa circunstância implica a formulação de políticas e a tomada de decisões distributivas que impactam a relação entre liberdade e igualdade.

Não há acolhimento possível da teoria dos mínimos na Constituição de 1988 a não ser a partir de uma resignificação total que seja capaz de torná-la um conceito aberto e capaz de absorver a ideia mais complexa de que o Estado precisa atender às necessidades básicas do cidadão, sem padrões fixos sobre o que isso significa. Não há direito mínimo, seja horizontalmente – apenas saúde, assistência e educação, por exemplo –, seja verticalmente – apenas para parcelas dos serviços e produtos na saúde ou para os mais miseráveis na assistência⁵. Mesmo que se argumente que só é possível garantir parcialmente os direitos sociais ou que se comprove que o mínimo padronizado é melhor que nada em termos de dignidade humana, ainda assim teremos um motivo muito fraco para considerar cumprida a Constituição de 1988.

Direitos sociais e justiça distributiva

Em última instância, os direitos sociais dispostos na Constituição são fruto de lutas por justiça na distribuição, e as teorias de justiça, embora englobem questões

⁴ Para desconstruir o “paradigma do conflito de valores”, Dworkin (2006) parte de um conceito de liberdade que não duela com a igualdade. Na forma conceituada por Isaiah Berlin, por exemplo, a liberdade inevitavelmente conflita com a igualdade, até quando envolvidas questões mínimas de igualdade. Para Berlin, liberdade é a possibilidade de fazer o que se quer sem a interferência de ninguém. Para Dworkin, liberdade é a possibilidade de fazer o que se quer desde que não se violem os direitos dos outros. Na questão da justiça distributiva, o ponto de análise da tese, a liberdade não inclui a possibilidade de tomar posse dos recursos de outra pessoa.

⁵ Uma proposta de concretização do mínimo existencial é a sugerida por Barcellos (2008), em que o mínimo existencial é composto por quatro elementos, três materiais e um instrumental: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à Justiça. Esse seria o núcleo da dignidade humana a que se reconheceria eficácia jurídica positiva e exigibilidade judicial.

mais gerais, como as relativas ao sistema político, são indispensáveis para uma análise ampla da questão. Em outubro de 2010, Waldron publicou o artigo *Socioeconomic rights and theories of justice*, em que se propunha responder a algumas perguntas muito pertinentes: “Qual a relação entre os direitos socioeconômicos e as teorias de justiça? [...] Qual a relação entre a determinação legal de que todos têm o direito à assistência social se são incapazes de se sustentarem sozinhos e os princípios tipicamente presentes em uma teoria de justiça?”⁶.

O autor conclui que a reflexão sobre os direitos sociais e econômicos se fortalece quando inserida no contexto mais amplo das teorias de justiça. Segundo ele, os níveis mais abstratos e gerais das teorias de justiça contribuem para a concretização desses direitos, na medida em que possibilitam que eles sejam pensados em conjunto com as demais exigências e princípios que conflitam nessas questões.

Uma reflexão de tal ordem fortaleceria esses direitos contra alegações de que seriam irrealistas ou frutos de uma visão ingênua da realidade (WALDRON, 2010). Essas questões mais amplas, como as indagações sobre prioridades, alocação, escolhas e responsabilidades, não estariam presentes nas teorias de direito, o que exigiria o recurso às teorias de justiça. As reflexões do jurista norte-americano sobre a relação entre direitos sociais e teorias de justiça é um exemplo de correlação inevitável.

Anos antes, Waldron (1986) havia publicado um interessante artigo sobre os mínimos sociais, *John Rawls and the social minimum*, no qual desenvolveu uma abordagem no estilo *Rawls contra Rawls* – ou seja, tentou extrair uma conclusão sobre as necessidades básicas e os mínimos a partir do princípio da diferença (um dos princípios estruturantes da teoria do filósofo), diversa daquela que o próprio Rawls havia sustentado na obra *Uma teoria da justiça*. Nesse texto, a preocupação de Waldron com a justiça distributiva já se tornava explícita. A pergunta a que ele propôs responder era sobre qual o critério mais justo: aquele que estabelece uma igual distribuição da riqueza social ou o que determina que as pessoas precisam de provisões mínimas para viver de forma decente e tolerável?

⁶ “What is the relation between socioeconomic rights and theories of justice? [...] What is the relation between a legal provision that everyone has the right to social assistance if they are unable to support themselves and the principles typically comprised in a theory of justice?” (WALDRON, 2010, p. 1, tradução livre).

Waldron defende uma concepção do mínimo social mais baseada na garantia de provisões mínimas do que na ideia de uma distribuição igualitária da riqueza social. Assim, o mínimo garantiria o que é objetivamente necessário para a satisfação de certas necessidades básicas. Segundo o autor, essa concepção poderia tornar o mínimo social um tanto estático, já que não haveria razões que necessariamente levassem a alterações do mínimo quando a quantidade de riqueza disponível na sociedade fosse aumentada. Mas o mínimo não seria necessariamente um padrão inflexível; ele poderia ser alterado de tempos em tempos e conforme a sociedade, quando isso fosse imposto por uma teoria das necessidades e não em termos dos níveis de riqueza disponíveis para a distribuição. A diferença entre as duas concepções estaria, portanto, na forma como o mínimo é fixado (WALDRON, 1986).

Na organização política, a adoção de uma ou de outra concepção tem considerável impacto em termos distributivos. Conforme se verá ao longo da tese, defende-se que a interpretação mais adequada da Constituição de 1988 é a de que a igualdade exige uma distribuição igualitária da riqueza social, a partir de uma avaliação dos recursos. As necessidades básicas são consideradas como critérios distributivos importantes apenas quando essa concepção ampla de justiça distributiva é aplicada à assistência social (ou à saúde e outros direitos sociais). Ou seja, a ideia de necessidades básicas não atua como um critério distributivo geral, nos termos adotados por Waldron, já que uma distribuição igualitária dos recursos deve ir além do que se precisa para viver em condições dignas. Necessidades básicas é uma ideia que faz sentido quando pensada em termos de vida digna, mas não de igualdade.

Assim, fica claro como a natureza dos direitos sociais aponta para uma reflexão sobre justiça distributiva. Os direitos sociais possuem uma fundamentação relativa. Sua função é assegurar as condições de vida necessárias para que os cidadãos possam fazer uso, sob igualdade de chances, dos direitos privados à liberdade e dos direitos políticos à cidadania (HABERMAS, 2002). Os direitos sociais são, assim, conformações das políticas públicas já fixadas pela Constituição, ou seja, transformadas em direitos. Nesse sentido, as teorias de justiça são imprescindíveis na reflexão sobre os limites desses direitos. No caso do direito à assistência social, uma tendência da doutrina e jurisprudência brasileira é a fixação de direitos mínimos, ou mínimo existencial, na expressão utilizada pelo Tribunal

Constitucional Federal da Alemanha. A pobreza, as necessidades básicas e a eventual fixação de mínimos sociais não permitem ignorar a reflexão sobre justiça distributiva e sobre igualdade.

A pergunta que, em última instância, a positivação dos direitos sociais trouxe ao Poder Judiciário – a indagação sobre os contornos desses direitos – depende, entretanto, não de uma resposta definitiva sobre justiça distributiva, mas de uma definição sobre o que a igualdade exige no caso concreto. A questão sobre justiça distributiva ou sobre o que exatamente precisa ser distribuído (recursos, bens, oportunidades ou capacidades) não é levada à apreciação do Poder Judiciário, pelo menos nas ações individuais, propostas para a garantia de um direito social ameaçado ou violado.

Nesses casos, os contornos do justo já estão delineados em maior ou menor grau. Resta ao Poder Judiciário outro problema, a pergunta constitucional sobre o que a igualdade determina naquele caso. Da perspectiva do direito constitucional, a pergunta sobre os direitos fundamentais sociais obriga a uma análise de como o juiz deve decidir o direito de cada um. Os princípios constitucionais também fazem determinações à política, formulada para garantir o justo. Nesse ponto, todavia, as exigências são menos específicas e o bem comum é uma razão de grande importância.

Parte importante da atividade acadêmica é controlar discursivamente as decisões judiciais, principalmente quando se abrem espaços de reformulação de posicionamentos inconsistentes. É dever do jurista estar atento aos tribunais, avaliando criticamente a forma como eles aplicam o direito. No Brasil, as publicações acadêmicas e as decisões dos tribunais demonstram a adesão majoritária à teoria dos direitos fundamentais e da argumentação jurídica e de Alexy (2008). Pelas mãos dos germanistas brasileiros e, principalmente, a partir da tradução e divulgação das obras do autor, os constitucionalistas e, por conseguinte, os tribunais do país adotam a teoria dos direitos fundamentais de Alexy de forma corrente (BARROSO, 2009; BONAVIDES, 2005; MENDES; COELHO; BRANCO, 2000; MORAES, 2006; SARLET; TIMM, 2008).

Em paralelo – e em oposição à teoria de Alexy – desenvolvem-se no cenário acadêmico brasileiro estudos e reflexões sobre a teoria do direito de Dworkin (BARACHO JÚNIOR, 2003; CARVALHO NETTO, 2003; CHAMON JUNIOR, 2005; CRUZ, 2004; OLIVEIRA, 2000; SAMPAIO, 2003). No que tange aos tribunais, as

referências à teoria da Integridade do Direito de Dworkin são mais esparsas. Regra geral, quando a teoria do direito do autor norte-americano é citada pelos juízes brasileiros, a interpretação tende a assimilá-la à teoria dos direitos fundamentais de Alexy, principalmente na parte relativa à diferenciação entre regras e princípios.

A tese é fruto desse cenário, no qual a aplicação dos direitos fundamentais sociais e dos princípios constitucionais pelos tribunais brasileiros desenvolve-se a partir da teoria da ponderação de valores e da aplicação da máxima da proporcionalidade⁷. Seja no espaço acadêmico, seja no exercício da jurisdição, é pela ponderação de valores que se solucionam os casos que envolvem a aplicação de princípios, especialmente no que toca aos direitos fundamentais. Essa opção pela interpretação principiológica é algo que se demonstra no primeiro capítulo da tese, a partir do estudo de casos. A superação de uma concepção convencionalista do direito, a adoção da perspectiva principiológica e o impacto disso na correção das decisões é algo que fica claro nessa recuperação jurisprudencial das decisões relativas ao direito ao Benefício de Prestação Continuada (BPC).

A tese demonstrará, no entanto, como a adoção de um marco principiológico de fundo axiológico trouxe novos problemas para a aplicação dos direitos. A importação do mínimo existencial, uma ideia forte na teoria dos direitos fundamentais de Alexy e na jurisprudência constitucional alemã, será um exemplo das inconsistências que essa teoria do direito traz consigo. A reconstrução à melhor luz do caminho jurisprudencialmente percorrido possibilitou uma análise mais profunda das decisões e revelou que, muitas vezes, há uma tensão entre a correção do teor do decidido e os equívocos presentes na descrição e na fundamentação em termos axiológicos do caso.

Conquanto não maculem a correção da decisão no caso concreto, esses equívocos abrem campo para decisões menos sensíveis às pretensões a direito efetivamente em jogo e, portanto, tendem a colocar em risco a integridade do direito no que se refere aos casos futuros. A recuperação e a análise do tratamento jurisprudencial dado à matéria nas últimas décadas permitiram não somente trazer à

⁷ Segundo Alexy, a proporcionalidade, com suas três máximas parciais – da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito) –, decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito deriva do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas (ALEXY, 2008).

luz questões relevantes acerca desse risco, como também matizar o seu próprio surgimento como uma etapa evolutiva qualitativamente aprimorada, pois, de toda sorte, passa-se a tematizar o vínculo interno entre a política pública adotada e os direitos fundamentais.

Embora os argumentos ou fundamentos das decisões judiciais não vinculem, essas razões – principalmente no caso dos julgamentos do STF – retornam ao sistema jurídico, alimentando posicionamentos, interpretações e novas decisões. Essa tensão entre fundamentos e decisão é uma questão teórica de fundo abordada pela tese a partir de uma crítica à jurisprudência.

A tese permeia o debate sobre justiça distributiva, judicialização da política, efetividade dos direitos sociais e hermenêutica constitucional a partir de dois pontos originais. Da perspectiva metodológica, a tese inova quanto à forma de abordagem do tema. A análise parte de um estudo de caso não das teorias, como usualmente se observa no âmbito da teoria da Constituição e do direito constitucional no Brasil, mas de um problema trazido pelo caso e pela realidade brasileira, que é apresentado na forma da *chain of law*. Ao focar casos concretos, a tese enfrenta, sem rodeios, as potencialidades e os riscos de decisões judiciais que afetam políticas sociais.

Segundo a analogia de Dworkin, o juiz, ao decidir casos controversos, deve atuar como um romancista na corrente. Ao decidir um novo caso – e há um novo caso à espera de uma decisão final sobre o benefício assistencial⁸ –, o juiz deve se considerar um parceiro de um empreendimento em cadeia, no qual todas essas decisões são a história e é seu trabalho continuá-la por meio de sua decisão (DWORKIN, 2005). A tese por trás desse raciocínio comparativo é a de que a prática jurídica é um exercício de interpretação de modo geral. Por isso, os juristas podem melhorar sua compreensão do Direito ao comparar sua interpretação jurídica com a interpretação de outros ramos do conhecimento, como a literatura (DWORKIN, 2005).

Para Dworkin (2005), uma interpretação literária visa demonstrar a obra de arte em sua melhor luz, de forma a considerá-la de um ponto de vista que a deixe mais valiosa, atentando para suas características formais e seu valor artístico. É

⁸ Recurso Extraordinário nº 567.985/MT, relator ministro Marco Aurélio de Mello. O STF já reconheceu a repercussão geral da questão constitucional nesse processo, conforme será detalhado no Capítulo 1.

nesse sentido que a interpretação jurídica deve ocorrer, desenvolvendo-se como uma tentativa de mostrar o sistema jurídico em sua melhor luz. A interpretação que a jurisdição constitucional conferirá ao direito à assistência social revelará traços importantes do constitucionalismo brasileiro, em especial no tocante aos direitos fundamentais e à relação entre Constituição e democracia.

Embora haja vasta literatura sobre a judicialização de outros direitos sociais, como o direito à saúde, o mesmo não se pode dizer quanto ao tema da assistência social e dos mínimos, que ainda não recebeu a devida atenção crítica, no âmbito do direito constitucional. Do ponto de vista teórico, a tese inova a partir de uma perspectiva dupla em que à reflexão constitucional sobre a aplicação de direitos e a correção das decisões judiciais soma-se uma análise de o que seriam os mínimos sociais, o que significa necessidade básica e, principalmente, o que a autenticidade, como uma dimensão da dignidade humana, exige (Dworkin, 2011). As teorias de justiça distributiva que contribuem para o esclarecimento da questão propriamente política sobre a distribuição de bens, recursos ou capacidades também são analisadas pela tese.

Em detalhe, a pesquisa recuperou as decisões do STF a respeito do direito à assistência social, na forma específica do caso sobre a concessão do benefício assistencial previsto no artigo 203, V, da Constituição Federal de 1988. A trajetória do caso na jurisprudência do STF foi tratada de forma cuidadosa no decorrer da tese. A controvérsia gira em torno da regulamentação legal do dispositivo constante no artigo 203, V, da Constituição Federal de 1988, que garante “um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprove não possuir meios de prover à própria manutenção ou tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”. Trata-se da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), que, ao regulamentar o dispositivo, considerou como incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. Essa definição legal é o que se denomina neste estudo como *regra da pobreza*, e é em torno desse critério que se estabelece a principal controvérsia judicial no STF.

Em síntese, os questionamentos que chegam ao Judiciário, no sentido de ampliação dessa regra, são construídos na forma da tensão entre o direito individual à assistência social e a um sistema universal, de um lado, e o respeito à separação de poderes e à reserva do possível, de outro. O percurso dessa questão no Poder

Judiciário é extremamente revelador da força do controle difuso de constitucionalidade e da relação necessária entre Constituição e democracia. No entanto, o caso intriga um constitucionalista por ser um exemplo de como os juízes que decidiram os processos formadores desse *romance em cadeia* introduziram acréscimos na tradição que interpretaram e como os juízes que agora se manifestarão quanto ao recurso extraordinário sobre a matéria, os ministros do STF, terão que se deparar com uma nova história que inclui o que foi feito por seus colegas no passado (DWORKIN, 2003).

A Constituição estabelece que a assistência social é um direito social universal. A universalidade é um princípio que faz emergir a relação entre democracia e Constituição, já que põe em relevo as tensões entre a maioria e a minoria. O princípio da universalidade da cobertura estabelece a proteção contra todas as circunstâncias ou acontecimentos que possam gerar necessidades; já a universalidade no atendimento refere-se aos titulares do direito à assistência social ou à saúde, no âmbito da seguridade social. Assim, a proteção de todos e de cada um é o desafio que o princípio da universalidade impõe ao aplicador do direito seja na política, seja no Judiciário. Um estudo sobre a aplicação judicial desse princípio é fundamental exatamente porque o julgador que ingressa nesse cenário decisório, no qual a prévia decisão política de tratar todos os cidadãos com igual consideração está expressa na Constituição, precisa fazer com que a universalidade se reflita na vida concreta das pessoas.

Da mesma forma, parte importante do estudo se preocupa com a forma como a jurisdição constitucional brasileira interpreta o princípio da dignidade da pessoa humana e como tal princípio atua na fundamentação do mínimo existencial e na imposição de limites à reserva do possível, parâmetros que são identificados na maioria das decisões sobre o tema. Preocupa-nos salvaguardar um sentido amplo e poderoso de dignidade da pessoa humana que garante a proteção contra várias patologias e sofrimentos sociais, como o desrespeito, a discriminação e a humilhação.

Nossa hipótese, todavia, é de que a Constituição, em termos de justiça distributiva, garante muito mais que uma vida em condições mínimas de dignidade, no sentido comumente utilizado, pois também representa um abrigo contra a desigualdade. Sem capturas semânticas, sob o fundamento expreso seja da igualdade, seja da dignidade, o que se pretende demonstrar é que a tensão entre

inclusão e exclusão é permanente e benéfica ao projeto constitucional e que qualquer padrão fixo que defina o mínimo e encerre o assunto da igualdade é injusto.

A judicialização no Brasil e o caso do direito à assistência social

No contexto nacional, um debate extenso – na academia e nos tribunais – se instalou desde o momento em que os direitos sociais ganharam certa efetividade pela via da prestação jurisdicional. A positivação de um conjunto de direitos sociais realizada pela Constituição Federal de 1988 possibilitou reivindicações por igualdade material inclusive judicialmente. De forma direta, o §1º do artigo 5º da Constituição estabeleceu que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. A partir da conformação desses direitos como direitos individuais, os cidadãos passaram a interpelar diretamente o Poder Judiciário na busca da garantia concreta dos dispositivos de igualdade.

Como aponta Habermas, a teoria do direito, ao contrário das teorias filosóficas de justiça, movimenta-se nos limites de ordens jurídicas concretas e não pode desconsiderar as consequências da relação entre direito e poder político. Nesse contexto em que “todas as comunicações em nível do direito apontam para pretensões reclamáveis judicialmente, o processo judicial constitui o ponto de fuga para a análise do sistema jurídico” (HABERMAS, 2003, p. 244).

Nesse sentido, o princípio da universalidade da seguridade social, disposto constitucionalmente na conformação dos sistemas de saúde e assistência social, motiva cotidianamente novas disputas no marco inclusão/exclusão. Tanto no campo político quanto no jurídico, os cidadãos reivindicam novas inclusões nas políticas de seguridade social que levam a constantes reformulações do sentido de universalidade no acesso e na cobertura desses serviços – o direito à saúde é outro importante exemplo nesse tema. Conforme o § 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o sujeito constitucional há que se manter aberto a cada novo reconhecimento da igualdade na diferença.

Tanto na academia quanto na jurisprudência, o cenário da discussão é composto hoje por duas correntes. Uma delas argumenta que o protagonismo

judicial ameaça o princípio da separação de poderes, ao garantir esses direitos de forma individual, viola a autonomia política dos cidadãos e ameaça o funcionamento regular das políticas, haja vista a escassez de recursos. Corrente contrária sustenta a força vinculativa da Constituição, o caráter individual dos direitos sociais e, por consequência, a possibilidade da garantia judicial desses direitos. Argumentos como a reserva do possível e a violação do princípio da separação de poderes são afastados pela afirmação da função contramajoritária do Poder Judiciário e da ideia de supremacia dos direitos perante as políticas. Nesse cenário de opostos, surge o direito ao mínimo social como uma confortável saída econômica. Garantem-se os direitos sociais e respeita-se a dignidade da pessoa humana, mas só minimamente.

Do ponto de vista da ciência política, vale recuperar a definição do eixo procedimentalista, composto por Habermas e Garapon, e do eixo substancialista, composto por Dworkin e Cappelletti, na classificação cunhada por Viana (1999). No eixo analítico procedimentalista Habermas-Garapon, haveria “a compreensão de que a invasão da política pelo direito, mesmo que reclamada em nome da igualdade, levaria à perda da liberdade, à privatização da cidadania, a uma justiça de salvação, à redução dos cidadãos à condição de clientes de um Estado-Providência” (VIANA, 1999, p. 35). No eixo substancialista, o Poder Judiciário, no exercício de seu papel contramajoritário, na concretização dos direitos sociais, não traria ameaças à liberdade. Como bem nota Ciarlini (2008), a indagação estaria exatamente no ponto de equilíbrio entre o bem-estar dos cidadãos e sua autonomia, na balança entre igualdade e liberdade.

Na esteira de Streck (2009, p. 36), “no plano do agir cotidiano dos juristas no Brasil, nenhuma das duas teses (procedimentalismo ou substancialismo) é perceptível”. Estamos distanciados tanto de uma postura substancialista – haja vista a inefetividade da maioria dos direitos sociais previstos na Constituição – quanto de uma prática procedimentalista da forma descrita por Habermas. O Poder Judiciário brasileiro não está ainda preparado para lidar com a transindividualidade, da mesma forma que também não temos acesso à produção democrática das leis e dos procedimentos (STRECK, 2009).

Sob outras premissas, instalou-se no cenário internacional o debate entre o minimalismo judicial (Sustein, 2005) que sustentam que o Judiciário deve proferir decisões estreitas e superficiais, deixando espaços em aberto, e o maximalismo (Dworkin, 2006), que, ao contrário, defende uma postura mais ousada e

principiológica dos julgadores. O minimalismo tem traços conservadores na medida em que acredita que o Poder Judiciário não deve se manifestar sobre questões difíceis que ainda não contem com certa maturidade reflexiva. Já os maximalistas defendem que os julgadores devem assumir suas posições de forma integral, decidindo com ousadia as questões postas à apreciação.

De toda sorte, a política não pode ser substituída pela Constituição. Na tensão entre direito e política, entre democracia e Constituição,

é preciso assentar que a Constituição canaliza e viabiliza a democracia, mas não se pode esperar que, apenas por suas normas, ela possa substituir o tratamento político dos problemas políticos, o jogo democrático e a condução das políticas sociais, sob pena de se pagar o preço do incremento da desestima constitucional (CARVALHO NETTO, 2004, p. 282).

Se, por um lado, a política não pode ser substituída pela Constituição, as conquistas sociais alcançadas no jogo democrático e plasmadas no texto constitucional adquirem o status de princípios, dotados de força normativa, de modo que, se os direitos sociais estão contemplados na Constituição, não podem, de maneira alguma, ser obstados por argumentos da política (reserva do possível, orçamento). Conforme Dworkin aponta, os princípios constitucionais são uma barreira de fogo contra argumentos alheios ao discurso jurídico.

No caso da assistência social, o STF posicionou-se inicialmente a favor da regra da pobreza disposta na LOAS. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232, o tribunal considerou constitucional a regra que definia como pobre a família com renda *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ de salário mínimo. No entanto, a força do controle difuso de constitucionalidade impulsionou uma mudança no posicionamento da corte. A trajetória das decisões, na forma da *chain of law*, demonstrará como foi possível essa alteração de interpretação, que ampliou a regra da pobreza até o patamar de meio salário mínimo.

Os juízes de primeira instância construíram uma analogia com outras legislações sobre assistência social, que fixavam uma regra de pobreza de forma mais favorável ao cidadão para garantir o benefício àqueles sujeitos que viviam em situações de precariedade e necessitavam do benefício, conforme exige a igualdade. Embora ainda não haja um posicionamento do plenário do STF nesse sentido, a tendência parece ser a de consolidação de tal interpretação. A hipótese nesse ponto é a de que as alterações nos entendimentos são frutos da radicalidade ínsita ao controle difuso. A postura dos juízes que permaneceram sensíveis às

condições de vida precária dos requerentes do benefício é uma resistência em prol da igualdade. Além disso, o caso demonstra como apenas o controle difuso pode, muitas vezes, revelar a verdadeira ou latente inconstitucionalidade da norma. A complexidade do caso só se torna visível quando o STF passa a analisar o problema em sede de controle difuso, seja pela via dos recursos extraordinários, seja das reclamatórias.

Se de um lado o princípio da universalidade representa o paradigma a partir do qual a seguridade social se institui, de outro o princípio da reserva do possível atua no contraponto da restrição às reivindicações de acesso ou cobertura aos sistemas da saúde e assistência social. Além disso, a alusão ao orçamento é mero subterfúgio, e o fundamento que menciona o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial na assistência social é equivocado, já que tal princípio aplica-se à previdência e não à assistência social. A ideia que sustenta o princípio da reserva do possível é a mesma que alicerça o argumento da separação de poderes, qual seja, o argumento da democracia e a responsabilização do juiz em relação ao impacto da sua decisão no orçamento público e na própria administração pública.

Também fruto direto das influências da jurisprudência alemã, a expressão “reserva do possível” foi trazida ao Brasil e, de forma rápida, passou a ser adotada pelos juristas e tribunais (ALEMANHA, 1973)⁹. As reflexões de fundo sobre a relação entre os Poderes e as possibilidades de influência recíproca se assemelham ao que há tanto tempo permeia o debate sobre o *judicial review*, que permite ao Poder Judiciário alterar as definições do Poder Legislativo, em um claro enfrentamento entre o poder da maioria e os limites do controle contramajoritário. Nessa comparação, vale a citação:

[...] Considerando que se cuida de recursos públicos, argumenta-se, ainda, que é apenas o legislador democraticamente legitimado quem possui competência para decidir sobre a afetação destes recursos, falando-se, neste contexto, de um princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, diretamente deduzido do princípio democrático e vinculado, por igual, ao princípio da separação de poderes (SARLET, 2001, p. 102).

O que vale ressaltar no caso do controle judicial das políticas públicas é a irracionalidade do excesso de racionalidade. Na tentativa de preservar o orçamento público, sustentam-se seus limites sem comprovação. Não há sentido em decisões

⁹ Trata-se do célebre caso *numeros clausus*, *BverfGE* 33,303. Esse é um julgado do Tribunal Constitucional Alemão em que se discutiu a possibilidade de o Judiciário determinar a abertura de vagas em uma Faculdade de Medicina do país para estudantes habilitados no vestibular, mas não classificados no número prévio de vagas.

que insistem em ser racionais, preservando o orçamento público sem trazê-lo aos autos e analisá-lo de forma concreta. Assim, o inegável limite orçamentário torna-se escassez sem demonstração e essa mera afirmação, por sua vez, torna-se argumento insuperável a impedir que as considerações individuais e concretas sejam levadas em conta na mesma medida.

Pobreza e dignidade na Constituição

Pobreza é a falta de bens, recursos, capacidades ou liberdades (MEDEIROS, 2008). A Constituição Federal de 1988 refere-se aos “reconhecidamente pobres” ou de “recursos insuficientes” (art. 5º, LXXIV e LXXVI), aos “desamparados” (art. 6º), aos “necessitados” (art.5º, LXXIV) e aos que não possuem “meios de prover à própria manutenção ou tê-la provida pela família” (art. 203, V). Ao tratar da pobreza, refere-se também a “níveis dignos de subsistência” (art. 79 ADCT), o que remete à ideia de dignidade.

A ideia de dignidade é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), além de princípio do planejamento familiar (art. 226, §7º). Ela é retomada nos artigos 227 e 230, que estabelecem que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as crianças, os adolescentes e as pessoas idosas, defendendo sua dignidade. O poderoso conceito de dignidade revela-se extremamente útil na reflexão expandida de assistência, ou seja, na consideração não apenas do beneficiário, mas de sua rede de apoio, ou seja, dos integrantes da família e da sociedade.

No Título VIII da Ordem Social, a Constituição Federal definiu que a seguridade social compreende um conjunto de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Nesses termos, a seguridade social ou, em uma expressão mais reveladora, a proteção social foi construída como uma parceria entre os poderes públicos e a sociedade na garantia desses direitos.

Até 1930, apenas a sociedade atuava na garantia de assistência social ao indivíduo¹⁰. Centrada na Igreja, a rede de proteção consistia apenas em voluntarismo e ações frutos de um eventual dever ético de solidariedade. A Constituição de 1988 impôs, assim, maiores desafios aos poderes públicos que a própria sociedade, no que tange à assistência. Conforme anota Boschetti (2006, p. VII), “como política social destinada a categorias específicas, não contributiva, condicional, não obrigatória, ligada quase sempre à ideia de dependência e de incapacidade, a assistência sempre foi colocada em oposição ao trabalho”. A assistência social era entendida então como uma questão de segunda ordem, o que dificultou sua consolidação como um direito.

Entretanto, estão envolvidas na temática da assistência social questões cruciais para o constitucionalismo moderno, como a relação entre o público e o privado, a interpretação da esfera da família como um lugar político e os sentidos de universalidade, solidariedade, vulnerabilidade e cuidado. Além disso, a assistência social põe em relevo a relação entre justiça e igualdade e entre capacidade e autonomia, bem como a reflexão sobre a pobreza e o trabalho.

Essa preocupação com a dignidade leva à terceira hipótese da tese, que afirma que o igual respeito depende de políticas públicas formuladas com base no princípio da autenticidade, uma das dimensões da dignidade humana, conforme Dworkin conceitua, e não em formas de solidariedade excessivas ou pré-políticas. Em outras palavras, a assistência social precisa ser um direito individual, algo que envia a solidariedade estabelecida na Constituição de volta à modernidade. Isso quer dizer que não há espaço para parcerias – Estado e família, família e sociedade – que se organizem de modo a sobrecarregar a vida de familiares e cuidadores não remunerados (regra geral, mulheres) e que impossibilite que os mesmos levem suas vidas de forma autêntica e digna. Há aqui o início de uma reflexão em direção ao feminismo, conforme será demonstrado no terceiro capítulo da tese.

¹⁰ A política social brasileira iniciou-se entre 1930 e 1943 de forma fragmentada e corporativista, “distante da perspectiva da universalização de inspiração beveridgiana” (BEHRING, 2007, p. 93). Vale mencionar que o plano Beveridge foi publicado na Inglaterra em 1942 e estabelecia a responsabilidade do Estado na manutenção das condições de vida dos cidadãos, a universalidade dos serviços sociais e a implantação de uma rede de segurança de serviços de assistência social (BEHRING, 2007). É comum que as obras sobre seguridade social demorem na recuperação histórica dos modelos bismarckiano e beveridgeano, refletindo sobre as influências que exerceram no sistema brasileiro, considerado pela maioria como fruto de uma mistura dessas duas influências. Sobre o tema, vide Martins (2009), Sarlo Jorge (2005), Boschetti (2006) e Rocha (2004).

Além disso, a partir de uma interpretação principiológica da Constituição, demonstra-se que, na definição de quem tem direito à assistência social, a avaliação das necessidades básicas é um critério melhor que a adoção do mínimo social, de direitos mínimos ou qualquer outro padrão, porque é mais igualitária e respaldada nos princípios que a Constituição protege.

De toda sorte, a forma como os recursos serão alocados, as prioridades de atendimento e, principalmente, quanto será disponibilizado para cada dimensão da assistência social são definições políticas que não estão postas à apreciação judicial. Essa é a necessária reinterpretção do princípio da separação de poderes. A Integridade, na forma conceituada por Dworkin (2003), é um ideal político que insiste que o Estado aja conforme um conjunto coerente de princípios, mesmo quando seus cidadãos se dividem quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade (*fairness*) corretos.

No caso em análise, há uma interrogação posta judicialmente quanto ao sentido concreto da igual consideração e respeito para sujeitos em situação de extrema vulnerabilidade. O pano de fundo da tese é a concepção jurídica que deriva os direitos fundamentais do direito mais abstrato a consideração e respeito, ou seja, a igualdade¹¹. Todos os capítulos demonstrarão como essa é uma teoria mais adequada e que não só os direitos, mas os objetivos políticos também podem ser derivados da igualdade.

Assim, o direito a igual consideração e respeito é o direito mais fundamental e axiomático da Constituição (Dworkin, 2002). É para comprovar a importância disso na vida das pessoas que esta tese foi escrita. Na primeira parte da tese, com base em um estudo de caso reconstruído na forma de *chain of law*, demonstra-se como o STF alterou sua concepção do direito nesses últimos vinte anos, no sentido da adoção de um marco principiológico, e como a opção por uma teoria dos princípios de matriz axiológica se expande na jurisprudência brasileira trazendo inconsistências para as decisões, ao provocar cisões entre o julgado e seus fundamentos.

Essas premissas são desenvolvidas para se comprovar a afirmação mais geral de que o essencial é que a decisão judicial seja sensível ao caso concreto, parta de uma interpretação dos princípios constitucionais e trate os envolvidos com igual consideração e respeito. A análise demonstrará que a tensão entre o juízo e

¹¹ Essa é a norma fundamental de Dworkin, segundo Habermas (2003, v. I, p. 287).

seus fundamentos explícitos ocorre em algumas decisões, o que ameaça a integridade do sistema e as decisões futuras, mas não é suficiente para invalidar a correção da decisão. O estudo de caso também é importante ao demonstrar a força do controle difuso de constitucionalidade, exemplificar como os sentidos da Constituição são construídos por todos os seus intérpretes e esclarecer como o projeto do constitucionalismo está em constante movimento.

Na segunda parte da tese, demonstra-se que não há fundamento constitucional para o direito ao mínimo existencial, entendido como a fixação de padrões ideais. A igual consideração exige mais que a simples atenuação da desigualdade, e os direitos sociais, conquistados no exercício da cidadania, não podem ser reduzidos a direitos mínimos. A hipótese é de que a Constituição de 1988 definiu que todos têm direitos sociais, na medida de suas necessidades e não conforme padrões pré-definidos ditos razoáveis.

De toda sorte, a questão não é semântica. Se o mínimo existencial for aplicado de forma principiológica, se sua adoção não significar uma postura cega em relação ao caso e às exigências mais amplas de igualdade, a expressão pouco importará. Nessa segunda parte também se demonstra que a garantia judicial dos direitos sociais não ameaça, mas enriquece a democracia, ao oferecer à comunidade política um fórum de princípio que atua em nome da justiça, assegurando não apenas o bem público ou o interesse coletivo, mas os direitos de cada indivíduo.

A terceira parte analisa a política pública relativa ao BPC e lança luz a outra dimensão da igualdade: o igual respeito. A última hipótese confirmada é a de que o igual respeito depende de políticas públicas formuladas com base no princípio da autenticidade, uma das dimensões da dignidade humana, conforme Dworkin, e não em formas de solidariedade excessivas ou pré-políticas. Isso significa que o benefício assistencial precisa ser garantido como um direito individual e que o requisito que institui que a renda definidora da pobreza é a renda familiar, e não a individual, tem consequências para o indivíduo e para outros membros do núcleo familiar, em especial para as mulheres. Algumas considerações feministas são retomadas nesse ponto como forma de deixar pontuada a questão da igualdade de gênero.

Assim, a primeira parte da tese enfrenta o desafio da aplicação, em uma análise das possibilidades de uma decisão judicial correta envolvendo direitos

sociais, e a segunda parte reflete sobre a concepção das políticas que dispõem sobre esse direito. As principais questões constitucionais tratadas são a aplicação do §1º e §2º do art. 5º da Constituição de 1988, a relação entre democracia e Constituição e o papel do Poder Judiciário na garantia de direitos sociais. Além disso, os contornos gerais das principais teorias de justiça são trazidos, incluindo a concepção feminista de M. Nussbaum.

1 Direito à assistência social: a regra da pobreza no Poder Judiciário

Este capítulo se desenvolverá como um exercício comparativo da *chain of law*. Como um julgador que aceita a Integridade do direito como o ideal que guia sua atuação, as principais decisões do STF sobre o Benefício de Prestação Continuada (BPC), desde a promulgação da Constituição, em 1988, serão recuperadas de forma crítica. A tentativa é se colocar como parceiro desse romance interminável que, a cada nova decisão, tem mais um capítulo escrito. Busca-se traçar o caminho interpretativo necessário ao julgamento do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida 567.985/MT, relator ministro Marco Aurélio de Mello, ainda pendente de julgamento pelo STF.

Esse processo de construção da decisão judicial não se confunde com a simples recuperação histórica. O Direito como Integridade só se volta para o passado se a interpretação contemporânea assim determinar e sem a intenção de recuperar os objetivos ou as ideias dos políticos que primeiro o criaram. É dever do aplicador interpretar de maneira criativa o sistema de direitos, impondo um propósito aos textos, aos dados e às tradições que está interpretando. Assim, a Integridade pretende justificar o que foi feito no passado, em uma história digna de ser contada, “que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado” (DWORKIN, 2003, p. 274). A decisão de casos difíceis depende da definição de uma melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica. Os julgadores que adotam a Integridade se dispõem a tomar a decisão em conformidade com uma visão que mostre os princípios constitucionais como um todo coerente (DWORKIN, 2003).

A Integridade pede que, por mais inovador, desafiador ou difícil que seja o caso apresentado a um juiz, ele decida por uma solução que mostre a comunidade em sua melhor luz. Em oposição ao Positivismo Jurídico¹², que encara o Direito

¹² O positivismo jurídico sustenta que as proposições de direito são descritivas e que só são verdadeiras se tiver ocorrido algum evento de natureza legislativa que registre o conteúdo dessa proposição. Nessa concepção, afastada por Dworkin, os princípios são padrões extrajurídicos que cada julgador aplica conforme quer, no exercício de seu poder discricionário ou conforme seus valores, como na máxima da proporcionalidade tratada no próximo capítulo.

como um conjunto de regras, a Integridade exige que o Direito seja interpretado como um sistema de princípios necessários a sua justificativa. Os princípios que compõem esse sistema são aqueles que de alguma forma se ajustam a alguma parte da prática jurídica e que oferecem uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a Integridade requer (DWORKIN, 2003).

A Integridade reconhece que existem casos cuja decisão, tanto no Direito, quanto na política, sofrerá fortes divergências, sem que tenhamos um procedimento mecânico capaz de demonstrar quem está com a razão. No entanto, a ausência desse mecanismo comprobatório não torna dispensável o processo argumentativo e a definição de princípios que possam nos guiar nas questões controversas. A teoria de Dworkin sobre o Direito é uma tentativa de fornecer uma justificativa para o uso da força coercitiva pelo Estado, uma exposição das razões por que o Direito é a autoridade capaz de legitimar a coerção¹³. O objetivo do autor, na obra *O Império do Direito*, é encontrar uma resposta para o problema clássico da legitimidade do poder de coerção (DWORKIN, 2003).

Um Estado é legítimo se sua estrutura e suas práticas constitucionais forem tais que seus cidadãos tenham uma obrigação geral de obedecer às decisões políticas que lhes impõem deveres. A tese que Dworkin sustenta é a de que um Estado que aceita a Integridade como ideal político tem um argumento melhor em favor da legitimidade que um Estado que não a aceita. Dworkin escolheu a Integridade¹⁴ para conceituar a virtude política que ele defende como melhor para uma comunidade política, usando como paralelo o ideal de moral que exige que as pessoas ajam com integridade nas questões importantes de sua vida, mesmo quando não há consenso sobre os princípios corretos de comportamento. A Integridade exige que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de

¹³ A questão da legitimidade do uso coercitivo da força trata, em última instância, da relação entre o Direito e a política. Essa conexão, bem como a relação entre o Direito e a moral, é fundamental para uma compreensão adequada da teoria de Dworkin.

¹⁴ A tese de Dworkin (2003, p. 200) é de que a Integridade, comumente conhecida pelo “clichê de que os casos semelhantes devem ser tratados de forma parecida”, é uma exigência de moralidade política distinta. Ao seu lado temos as exigências de equidade (*fairness*), que é uma questão de encontrar os procedimentos políticos que distribuem o poder de forma adequada; a justiça que se preocupa com as decisões que as instituições devem tomar, tenham ou não sido escolhidas com equidade; e o *devido* processo legal, adjetivo que diz respeito aos procedimentos corretos para julgar se alguém infringiu as leis.

princípios, ainda que seus cidadãos estejam divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos¹⁵.

O BPC, previsto no artigo 203, V, da Constituição Federal de 1988, é um benefício assistencial destinado à proteção de idosos e deficientes que comprovem não possuir meios de prover sua própria manutenção ou tê-la provida pela família. O referido benefício substituiu a renda mensal vitalícia (RMV), que também era garantida aos idosos e deficientes físicos pobres e incapazes para o trabalho. A mudança representou uma conquista, na medida em que a concessão da RMV dependia da comprovação do pagamento de um mínimo de doze contribuições à previdência social, enquanto o BPC não depende de contribuição prévia – o que é essencial para a proteção de sujeitos em situação de extrema vulnerabilidade social.

A Constituição de 1988 reconheceu a pobreza como uma questão pública e tratou a assistência social como um direito. Essa inovadora previsão constitucional deslocou a assistência social do âmbito de uma regulação unicamente moral ou religiosa para uma vinculação propriamente jurídica. Pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro, a assistência social foi regulamentada de forma autônoma, como um direito social diverso daqueles garantidos aos trabalhadores, no contexto da previdência social. A seguridade social na regulamentação de 1988 foi então composta por saúde, assistência e previdência social.

A lógica meritória, a centralidade social do trabalho e o estigma em relação ao pobre foram por muito tempo razões para uma desconfiança permanente quanto à eficácia de ações assistenciais realizadas pelo Estado. Nesse sentido, a inclusão da garantia de assistência no texto constitucional encerrou uma difícil etapa de conquista do direito, ao mesmo tempo em que inaugurou a luta por sua efetivação. A positivação de novos direitos não supre as expectativas que cria. Ao contrário, o direito conquistado inaugura o processo de realização da garantia que institui.

Nesse sentido, a disposição constitucional não trouxe efeitos imediatos no que tange às garantias individuais, já que o artigo 203, V, da Constituição Federal remetia à legislação infraconstitucional para regulamentação. Essa circunstância, na qual os indivíduos já podiam reivindicar a efetivação da assistência social,

¹⁵ A Integridade não equivale à coerência estrita. É uma norma dinâmica e complexa que incentiva que o juiz seja mais abrangente e imaginativo em sua busca de coerência com o princípio fundamental (Dworkin, 2003).

considerando a previsão constitucional, mas o legislador não organizara ainda as formas como o direito seria garantido, iniciou a judicialização da questão.

Dessa forma, o objetivo principal deste capítulo é recuperar as principais decisões do STF sobre o BPC, na forma de *chain of law*. A hipótese é a de que o determinante para uma decisão judicial correta é que o julgador esteja alerta quanto aos limites das normas gerais e abstratas e sensível ao caso concreto, de forma que possa garantir o igual respeito e consideração aos envolvidos, conforme suas condições concretas de vida. Sendo assim, a correção da decisão independe do marco teórico manifesto ou da terminologia utilizada, mas é fruto direto da atitude hermenêutica do julgador e de uma abordagem principiológica que respeite a integridade do sistema jurídico.

Ocorre, todavia, que essa etapa evolutiva mais aprimorada, em que se observa uma superação do positivismo jurídico e a adoção de uma abordagem principiológica do direito tanto na jurisprudência quanto na doutrina trouxe novos problemas. O principal deles é que a corrente majoritária tomou uma perspectiva axiológica dos princípios que fez retornar ao sistema jurídico questões típicas da abordagem positivista. A criação de padrões abstratos como o mínimo existencial é o exemplo objeto de estudo da tese.

Em alguns casos, essa abordagem axiológica dos princípios não altera a correção da decisão quando ela é capaz de recuperar o vínculo interno entre a política pública e o direito fundamental e ser sensível ao caso concreto. Mas a tensão entre os fundamentos e o próprio juízo ameaça a integridade do sistema jurídico, já que deixa traços inconsistentes no romance e enfraquece a coerência principiológica da Constituição, o que influencia as decisões dos casos futuros.

1.1 A *chain of law* do Benefício de Prestação Continuada

A *chain of law* que se pretende reconstruir quanto às decisões judiciais surge da própria insuficiência de negociação política a respeito da aprovação da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS). A Constituição determinou que o Poder Executivo enviasse os projetos de lei de regulamentação da seguridade social ao Congresso Nacional no prazo de seis meses contados da promulgação do texto

constitucional. A análise e a votação deveriam ocorrer nesse mesmo prazo. Após a aprovação, o Poder Executivo teria dezoito meses para implementá-los progressivamente (art. 59 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Em abril de 1991, somente a Lei Orgânica da Saúde estava promulgada. O presidente da República, Fernando Collor de Mello, vetara integralmente os projetos de lei da previdência e da assistência social. Quanto à previdência, após o veto, o presidente encaminhou novo projeto de lei, que foi aprovado pelo Congresso. No que tange à assistência, não houve remessa de novo projeto ao Congresso Nacional, e a LOAS só foi aprovada em 1993, já no governo do presidente Itamar Franco (BOSCHETTI, 2006).

Em razão da mora do Congresso, o Poder Judiciário foi acionado por meio de vários mandados de injunção e ingressou como um ator importante, capaz de garantir aos futuros beneficiários um direito social assegurado constitucionalmente.

1.1.1 Mandado de Injunção nº 448/RS

Embora previsto desde 1988, somente em 1996, oito anos depois, o Benefício de Prestação Continuada foi, de fato, implantado. Em dezembro de 1993, publicou-se a (LOAS), Lei nº 8.742, e, em 1995, o Decreto nº 1.744/1995. Entre as inúmeras formas de pressão que antecederam a implantação do benefício, a esfera judicial foi acionada, na via direta do STF. O primeiro capítulo desse romance ocorreu em novembro de 1993, antes da publicação da LOAS, com a impetração do Mandado de Injunção nº 448/RS perante o STF, no qual se requeria a regulamentação do inciso V do artigo 203 da Constituição Federal, dispositivo que instituiu o benefício assistencial. A ausência de regulamentação tornava inviável o exercício do direito e, conseqüentemente, frustrava as possibilidades de instituição de um sistema de assistência social gratuito e universal, que garantiria condições dignas de vida a milhões de brasileiros.

O mandado de injunção foi impetrado por deficientes que afirmavam ser incapacitados para o desempenho de atividades no padrão normal de trabalho e não possuir recursos para o próprio sustento. Em setembro de 1994, a ação foi julgada e o STF reconheceu a mora inconstitucional do Congresso Nacional na

regulamentação daquele dispositivo. Nos limites da ação e da jurisprudência da época, o julgamento demonstrou a emergência da questão e a disposição do Poder Judiciário em atuar pela garantia do direito à assistência social.

O relator ministro Marco Aurélio votou pela declaração de mora do legislador na regulamentação da norma constitucional, indispensável ao exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Embora o caso fosse de mandado de injunção, ação que destaca o princípio da separação de poderes, a consolidada jurisprudência da Corte – no sentido de que deveria apenas constatar a inconstitucionalidade da omissão e determinar que o legislador tomasse as providências que lhe cabiam – evitou um debate sobre o tema¹⁶.

Em 7 de dezembro de 1993, publicou-se a LOAS, que estabeleceu a concessão de um salário mínimo ao idoso ou deficiente incapaz para a vida independente e o trabalho e impossibilitado de prover seu próprio sustento ou tê-lo provido por sua família. Nos termos do § 3º do artigo 20 da LOAS, a família incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa é aquela cuja renda mensal *per capita* é inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. Em outras palavras, a lei estabeleceu que o deficiente ou idoso elegível ao benefício assistencial era aquele em condições econômicas extremamente precárias – considerando inclusive seu contexto familiar –, além de incapaz para o trabalho e para a vida independente.

A garantia de um salário mínimo mensal ao idoso e deficiente físico é determinação expressa constitucionalmente, como já mencionado. A legislação aprovada em 1993 regulamentou não apenas esse benefício, mas todo o sistema único de assistência social, que não tem apenas os idosos e deficientes como destinatários. A definição desses dois segmentos de indivíduos como sujeitos de direito a um benefício específico é algo que será explorado no terceiro capítulo desta tese.

¹⁶ Se o julgamento ocorresse após a mudança na jurisprudência do STF sobre os limites e as possibilidades do mandado de injunção, talvez a decisão fosse mais favorável aos idosos e deficientes que aguardavam a regulamentação do benefício, já que seria possível cogitar uma regulação provisória. Uma sentença de “perfil aditivo” que integrasse o regime já previamente definido pelo legislador poderia ser uma possibilidade, embora essa seja uma mera especulação. O STF, à época, não adotava o que hoje se denomina teoria concretista, que entende que, diante da ausência de norma regulamentadora, cabe ao Poder Judiciário o suprimento da lacuna. Para um entendimento completo das mudanças no entendimento do STF e sobre as sentenças aditivas, vide Mendes (2008).

1.1.2 “É problema da própria lei” ou a ADI nº 1.232/DF

Diante de um critério tão restritivo, em mais um capítulo do romance, muitos juízes, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, afastaram a aplicação da regra da pobreza estabelecida na lei para garantir o benefício àqueles sujeitos com renda de até ½ salário mínimo. Esse cenário, que beneficiava os interessados, fez com que explodisse o número de ações nos Juizados Especiais Federais e, dois anos após a edição da LOAS, motivou a Procuradoria-Geral da República a interpor a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.232, alegando a inconstitucionalidade do critério de ¼ de salário mínimo exigido para a concessão do BPC.

O argumento principal da Procuradoria-Geral da República era que o critério legal restringira e limitara o direito garantido na norma constitucional, “além de afastar da proteção constitucional grande número de pessoas que o constituinte quis proteger, assegurando condições mínimas de dignidade e não exigindo, para tanto, o nível de miséria absoluta como pretende a norma impugnada” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2001).

No pedido inicial, requereu-se medida cautelar que suspendesse a aplicação do critério de renda estabelecido na lei até o julgamento do mérito da ação. O relator ministro Maurício Corrêa indeferiu o pedido de concessão de medida liminar a partir de uma única fundamentação, em 22 de março de 1995:

É axiomático no direito que a estipulação de pensão e de outros benefícios deve levar em conta, fundamentalmente, dois fatores: **de um lado, a necessidade do beneficiário, e de outro, a possibilidade de quem arca com o encargo**. A conjugação destes dois fatores é que dá a medida justa do benefício. O legislador ordinário, bem ou mal, mas cumprindo o dever de editar a lei, estabeleceu um parâmetro, que teve a virtude de dar eficácia à norma constitucional. **Ruim com ela, pior sem ela** (ADI-MC 1.232, grifos nossos).

A ação coloca em ênfase o princípio da universalidade da seguridade social e, por conseguinte, da igualdade. A aplicação do binômio necessidade/possibilidade reflete a tensão entre a ideia de universalidade e a da reserva do possível ou dos limites orçamentários. O relator transpôs ao direito público as avaliações próprias ao direito de família, em especial nas avaliações sobre o dever de sustento, nas quais a

decisão depende da relação entre a necessidade de quem precisa dos alimentos e as possibilidades financeiras de quem os provê.

Ademais, o caso não era de criação de um benefício, mas de garantia de um benefício constitucionalmente previsto e regulamentado em lei a quem necessitasse de assistência social. Independentemente da correção dessa transposição do ponto de vista da dogmática, lida à melhor luz, verifica-se nos pressupostos da decisão liminar a centralidade que deve assumir a consideração das necessidades do interessado na definição do direito à assistência.

Uma das hipóteses principais desta tese, como se verá nos capítulos seguintes, é a de que as necessidades básicas são um parâmetro melhor, porque mais igualitário, que os mínimos sociais para a efetividade do princípio da universalidade. A consideração das necessidades básicas representa, em última instância, a abertura ao caso concreto, o que não ocorre na fixação de padrões abstratos como o mínimo social ou existencial.

De toda sorte, ao final, embora mencione que a assistência depende de algo fluido e mais indeterminado, que só pode ser aferido em concreto, ou seja, a necessidade do requerente, o ministro Maurício Correa se desonera da atividade de julgador, atribuindo à lei um dever que a Constituição estabelece como próprio do STF: o controle de constitucionalidade das leis. O relator é explícito na recusa em realizar o controle de constitucionalidade, já que ignora os argumentos quanto à adequação da norma aos princípios da dignidade e da igualdade, sustentados pelo autor da ação. O simplismo da solução “ruim com ela, pior sem ela” não reflete a importância do benefício mensal para a sobrevivência de milhares de brasileiros, tampouco demonstra o cuidado devido com as determinações constitucionais. Uma decisão que respeitasse a Integridade deveria enfrentar seriamente a análise da norma, verificando se a mesma reflete a igual consideração do Estado com todas as pessoas em situação de vulnerabilidade.

No mérito, a ADI nº 1.232, relatada pelo ministro Ilmar Galvão¹⁷, foi julgada improcedente em 27 de agosto de 1998. O relator proferiu um voto intermediário, no

¹⁷ Em 6 de abril de 1995, após o julgamento da medida liminar, a ação foi redistribuída, por prevenção, ao ministro Ilmar Galvão, relator da ADI 877-3-DF. A ementa da decisão final foi: CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE DO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA

qual sustentou que a decisão dependeria de uma avaliação se a regra da pobreza estabelecida na lei seria a única suscetível de caracterizar a situação de incapacidade econômica da família do deficiente ou idoso. Votou, portanto, no sentido de emprestar ao texto interpretação segundo a qual não limitaria os meios de prova da condição de miserabilidade da família do necessitado deficiente ou idoso¹⁸. Em discordância, votou o ministro Nelson Jobim, que foi acompanhado pelos demais ministros:

[...] Compete à lei dispor da forma de comprovação. Se a legislação resolveu criar outros mecanismos de comprovação, é problema da própria lei. O gozo do benefício depende de comprovar na forma da lei, e esta entendeu de comprovar dessa forma. Portanto não há interpretação conforme possível porque, mesmo que se interprete assim, não se trata de autonomia de direito algum, pois depende da existência da lei, da definição (ADI 1.232-1, grifos nossos).

Embora curta, há um pressuposto importantíssimo na manifestação do ministro Nelson Jobim: o positivismo jurídico, a prevalência da lei aprovada, em relação a qualquer outra consideração. “É problema da própria lei” ou “o gozo do benefício depende de comprovar na forma da lei” são máximas que refletem a concepção convencionalista do julgador, que entoa o “hino dos conservadores” em questões de direito – isto é, trata-se da ideia de que o direito é o que está nas convenções e cabe ao julgador apenas aplicá-lo¹⁹.

Esse é o “modelo de regras” que Dworkin utiliza no exercício de construção de modelos hipotéticos de comunidade, entre os quais está a Integridade. O autor apresenta três modelos gerais de associação política que uma comunidade poderia representar, descrevendo as atitudes que os membros dessa associação tomariam entre si caso adotassem a concepção que o modelo define, com a finalidade de identificar se esses modelos atendem as condições da verdadeira comunidade²⁰.

O convencionalismo se identifica com um dos modelos descritos por Dworkin (2003a), o modelo de regras, na medida em que afirma que a prática jurídica, bem compreendida, é uma questão de respeitar e aplicar as convenções, de considerar

PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL AO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

¹⁸ O voto em sua integralidade está no Anexo I.

¹⁹ Como aduz Dworkin (2003, p. 274), a Integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que “lei é lei”.

²⁰ Nesse ponto da obra *O Império do Direito*, Dworkin (2003) pretende conhecer a natureza do interesse e da responsabilidade mútuas que as práticas políticas devem expressar para justificar a pretensão de uma comunidade verdadeira. Para um detalhamento melhor dos três modelos, vide Dworkin (2003).

suas conclusões, e nada mais, como direito. Esse modelo de regras poderia ser descrito da seguinte forma:

Imaginemos pessoas voltadas para seus próprios interesses, mas extremamente honestas, que competem em um jogo, ou que constituem as partes de um acordo comercial limitado e provisório. Elas obedecem às regras que aceitaram ou negociaram como uma questão de obrigação, e não de mera estratégia, mas admitem que o conteúdo dessas regras esgota sua obrigação. Não consideram que as regras foram negociadas com base em um compromisso comum com princípios subjacentes que são, eles próprios, uma fonte de novas obrigações; pensam, ao contrário, que essas regras representam um acordo entre interesses ou pontos de vista antagônicos (DWORKIN, 2003, p. 253).

Ao modelo de regras, Dworkin contrapõe o modelo de princípios, que é o modelo da comunidade que aceita a Integridade como ideal político, ou seja, no qual os cidadãos entendem que são governados não apenas por regras, mas por princípios comuns. O ministro Jobim e os demais ministros que o acompanharam optaram pelo convencionalismo. Na forma em que se fundamenta a decisão, a vontade do povo expressa na lei não encontra limites, a decisão judicial deve subordinação às escolhas do povo e a proteção dos direitos individuais flutua, sem apoio.

O positivismo jurídico localiza a legitimação do sistema jurídico no início, na procedência, ou seja, na norma fundamental ou regra de reconhecimento²¹, no processo de positivação e não na fundamentação racional do conteúdo das normas jurídicas. O grande problema do positivismo jurídico é que, na tensão entre segurança jurídica e justiça, típica da aplicação judicial, a segurança jurídica precede a correção, exatamente como fez o ministro Jobim. E, nos casos difíceis, a solução positivista, na esteira de Hart (1996) e Kelsen (1998), é o decisionismo. Se o direito em vigor não apresenta respostas, o julgador está livre para tomar uma decisão que não está mais coberta pela autoridade do direito e, nesse processo, pode se guiar por preferências ou padrões morais pessoais, pelo seu discernimento. A superação do positivismo requer, dessa forma, que as decisões se fundamentem em normas

²¹ Na teoria do direito de Kelsen, a norma fundamental é uma norma neutra que fornece validade a todas as demais normas do sistema jurídico. Na concepção de Hart, a norma fundamental é a regra do reconhecimento que, de forma paralela, é a regra máxima do ordenamento jurídico, diferenciando-se, entretanto, da norma fundamental de Kelsen pela referência empírica. A regra de reconhecimento de Hart é fruto de sua aceitação já que, sendo a primeira norma do ordenamento jurídico, não encontra norma anterior da qual possa derivar sua validade. A regra de reconhecimento é, por isso, a única norma jurídica que depende de aceitação. Habermas (1997) entende que a norma fundamental em Dworkin é o princípio do igual respeito e consideração “pois ele é a fonte tanto da autoridade geral dos objetivos coletivos quanto das restrições especiais à autoridade desses objetivos, usadas para justificar direitos mais particulares” (Dworkin, 2002).

que são legítimas não em razão do procedimento, mas por seu conteúdo, pelos princípios que exprimem.

Em síntese, o STF considerou que o critério de renda de $\frac{1}{4}$ de salário mínimo previsto no § 3º do artigo 20 da Lei Federal nº 8.742/1993, a regra da pobreza, não afrontava a Constituição Federal de 1988. No julgamento, prevaleceu o entendimento do ministro Nelson Jobim de que o critério e a forma de comprovação da condição de pobreza familiar seriam definições que somente a lei poderia fixar. Embora com resistências, o STF concluiu que a lei era soberana na definição de critérios.

O resultado foi que, tanto no julgamento do pedido de concessão de medida cautelar quanto no mérito da ação, o STF considerou constitucional o critério de renda definido na lei. O fundamento prevalecente da decisão teve como pressuposto a compreensão de que os critérios de elegibilidade para a concessão do benefício assistencial só poderiam ser fixados na esfera da política. Em última instância, convocado a se manifestar a respeito da constitucionalidade da política, o tribunal recusou o enfrentamento direto da questão, optando pelo mero aval das definições da lei.

No entanto, de forma concreta, os cidadãos permaneceram em busca da concessão do Benefício de Prestação Continuada perante o Poder Judiciário. Os juízes brasileiros continuaram a ser interpelados por pessoas que viviam em situação de pobreza, embora tivessem renda familiar acima da definida pela lei. O problema não era da “própria lei”, mas dos deficientes e idosos que precisavam ter suas necessidades básicas atendidas.

Nesse contexto, os julgadores construíram uma saída para garantir o direito dos sujeitos em situação de necessidade, a partir de uma nova interpretação da história institucional, agora acrescida de outros capítulos. Confrontados com os casos concretos de miséria e incapacidade e sem razões públicas para restringir direitos, os juízes não mais tiveram dúvidas sobre a incorreção do critério legal. Diante de cidadãos com necessidades concretas de assistência, continuaram concedendo o benefício a quem utrapassava o limite legal, mesmo diante do julgamento da ADI nº 1.232, que, em uma perspectiva mais dogmática, impedia esse caminho decisório. Em uma demonstração da superioridade da concepção interpretativa do direito, cientes dos limites da racionalidade e da provisoriedade e mutabilidade dos sentidos da norma, os magistrados desafiaram o STF nesse caso.

Em vez de declarar inconstitucional o dispositivo normativo da LOAS no caso concreto – o que não seria mais possível em razão do julgamento da ADI nº 1.232 –, os magistrados fixaram o entendimento de que, embora o critério da lei fosse constitucional, ele não seria o único e, assim, nos casos de demonstrada necessidade, o benefício poderia ser concedido mesmo àqueles com renda mensal familiar per capita de até $\frac{1}{2}$ salário mínimo.

Inúmeras reclamações contra as decisões de primeiro grau chegaram ao STF interpostas pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)²², fundadas na alegação de descumprimento da decisão proferida na ADI nº 1.232. Até que, em 13 de maio de 2004, no julgamento do agravo regimental na Reclamação nº 2.303, relatora ministra Ellen Gracie, o Plenário do STF foi novamente interpelado a se manifestar sobre o tema.

1.1.3 Autoria em paralelo e controle difuso: a Reclamação nº 2.303/DF:

Ainda que indiretamente, o agravo regimental na Reclamação nº 2.303 impôs ao STF a tarefa de novamente enfrentar o argumento da insuficiência do critério de renda disposto na LOAS, em termos de garantia de direitos²³. No caso concreto, embora a renda do requerente atingisse o patamar de $\frac{1}{2}$ salário mínimo, o magistrado identificou condições econômicas precárias que exigiam a garantia do direito ao benefício assistencial. Diante do impasse, entendeu que, apesar de o critério de $\frac{1}{4}$ de salário mínimo ter sido declarado constitucional pelo STF, esse critério não seria único.

No julgamento do agravo regimental na Reclamação nº 2.303, a Corte decidiu por maioria que a regra da pobreza, o critério de renda inferior a $\frac{1}{4}$ de salário mínimo – definido legalmente e julgado constitucional nos autos da ADI nº 1.232 –, seria único. Em última instância, o STF fixou contornos e esclareceu as dimensões da decisão proferida na ADI nº 1.232, no que toca ao requisito de renda para a concessão do BPC. O acórdão recebeu a seguinte ementa:

²² Embora o Benefício de Prestação Continuada seja assistencial, sua administração foi delegada ao INSS.

²³ O inteiro teor do acórdão está no Anexo II.

RECLAMAÇÃO. SALÁRIO MÍNIMO. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E IDOSO. ART. 203. CF.

A sentença impugnada ao adotar a fundamentação defendida no voto vencido afronta o voto vencedor e assim a própria decisão final da ADI 1.232. Reclamação procedente.

A ministra Ellen Gracie demonstrou em suas manifestações (voto e confirmação de voto) preocupação explícita com o impacto orçamentário da flexibilização do critério de renda para $\frac{1}{2}$ salário mínimo *per capita*. Em voto-vista, o ministro Ayres Britto posicionou-se de forma divergente, entendendo que o critério objetivo da lei não seria impeditivo de uma comprovação em concreto da necessidade de assistência. Abaixo, trecho importante do voto:

[...] É bem de ver que o diploma legal de n. 8.742 nem sequer devia eleger critério dimensionador da pobreza ocasional do idoso ou da pessoa portadora de deficiência. E não devia eleger nenhum critério ou parâmetro de aferição objetiva de pobreza porque não habilitado pela Constituição para tal mister. Quero dizer: o critério objetivo de carência material do socialmente assistível já está na Constituição e esse critério é o fato mesmo de, num dado instante, o idoso ou deficiente econômico demonstrar que não possui meios de prover à própria manutenção, nem tê-la provida pela respectiva família. Tudo se resolve é no caso em concreto, porque a serventia da lei se resume em dispor sobre o processo de comprovação de tal carência assistencial e não mais que isso. [...] Afinal, este é o objetivo da Constituição e somente este: possibilitar ao deficiente físico e ao idoso a percepção de um salário minimamente operante como fator de promoção humana e reintegração à vida comunitária. Que é um fator impeditivo da continuidade de um estado miserável de vida [...].

Respondendo ao ministro Ayres Britto, a ministra Ellen Gracie insistiu que se seguisse na senda aberta pelo referido colega:

[...] Estaríamos dando, no caso, ao juiz do Juizado Especial o direito de criar e aumentar benefício, o que não é da sua competência. Criaria benefício, deixando de indicar a fonte de custeio, exigência que se faz àqueles que têm competência legislativa. Isso porque, ao deixar inteiramente a critério do magistrado a aferição desse estado de necessidade e desta verificação de pobreza, fuge-se, portanto, daquilo que foi fixado em lei como um parâmetro atuário, ou seja, aquilo que o orçamento da Previdência e Assistência Social comporta. Existe um universo correspondente de habitantes do País. Dentro dele se calcula que uma determinada parcela não tenha rendimentos que superem a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo e, nestas condições, apenas para beneficiar essas pessoas e não outras, a lei definiu o benefício que já era previsto pela Constituição Federal.

O ministro Gilmar Mendes também se posicionou a favor da garantia do respeito ao princípio do prévio custeio:

[...] De fato, ainda que separemos a situação da Previdência da posição de assistência social, é óbvio que isso repercute sobre o quadro da seguridade, que está submetido ao dispositivo já mencionado pela Ministra Ellen Gracie quanto à necessidade de que eventuais despesas novas tenham uma fonte de custeio clara, até mesmo na hipótese dessa criação se fazer por lei [...].

O princípio do prévio custeio, disposto no artigo 195, §5º da Constituição Federal, enuncia que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total, ou seja, é uma norma direcionada ao legislador. Isso não porque qualquer dogmática assim enuncie, mas porque seria inconsistente, incoerente e inconstitucional que o princípio pudesse ser direcionado ao Poder Judiciário no exercício da função jurisdicional.

Embora esse tenha sido o fundamento explícito da decisão, uma análise atenta do voto e das discussões plenárias demonstra que o princípio do prévio custeio atuou como um subterfúgio para a preocupação de fundo com o impacto financeiro que uma eventual margem de flexibilidade na avaliação da renda causaria aos cofres públicos. A arguição da Procuradoria-Geral da República de que o direito à assistência social estaria sendo restringido inconstitucionalmente pela fixação do critério de renda de $\frac{1}{4}$ de salário mínimo foi afastada pelo argumento de que o orçamento público tem limites que precisam ser mensurados previamente.

Nesse sentido, se a lei fixara o limite de $\frac{1}{4}$ de salário mínimo, essa opção legislativa não poderia ser alterada, sob pena de se desconsiderar o orçamento público. O argumento orçamentário fundamentou a decisão da Corte. A partir desse ponto, o espaço interpretativo dos julgadores se reduziu ainda mais, e o critério legal de $\frac{1}{4}$ de salário mínimo, a regra da pobreza, parecia não oferecer alternativas.

1.1.4 Juízes desobedientes? As reclamações e o mínimo existencial no STF

Nas instâncias ordinárias, quando as condições concretas demonstravam a pobreza e incapacidade para o trabalho, somadas a gastos adicionais advindos das condições precárias de saúde dos envolvidos, os magistrados permaneceram concedendo o benefício mesmo quando a renda familiar *per capita* ultrapassava o patamar de $\frac{1}{4}$ de salário mínimo. A nova saída interpretativa eram as legislações assistenciais posteriores à LOAS que demonstravam mudança no critério de renda, deslocando-o para o patamar de $\frac{1}{2}$ salário mínimo.

Essas novas leis da assistência social possibilitaram a concessão do BPC pelo argumento da isonomia²⁴. Novamente, a instância ordinária desafiava o entendimento do STF não só quanto ao caso, mas também quanto ao consenso perigoso de que a última palavra em termos de interpretação constitucional seria da mais alta instância judicial. Além disso, essa resistência de parte da magistratura em relação à decisão do STF é exemplo da força da concretude da vida e das experiências individualizadas das pessoas comparadas com a vagueza da abordagem abstrata.

A regulamentação do BPC se deu no contexto da LOAS, que faz referência tanto aos mínimos sociais, quanto à ideia de necessidades básicas²⁵. Considerando que o primeiro acórdão em que o STF menciona o mínimo existencial é de 2004, a adoção dessa ideia e sua articulação pelo STF ainda não eram uma realidade na década de 1990, quando grande parte desse percurso jurisprudencial ocorreu²⁶, mesmo que já houvesse a referência conceitualmente próxima de mínimos sociais.

As decisões proferidas pelos ministros do STF nas reclamações posteriores ao julgamento do agravo regimental na Reclamação nº 2.303-6 basearam-se em argumentos de diversas ordens. Na Reclamação nº 2.323/PR, julgada em 7 de abril de 2005, o ministro Eros Grau deu procedência ao pedido do INSS ao considerar afrontosa a sentença do juiz que havia concedido liminar em ação civil pública para estender a regra da pobreza até $\frac{1}{2}$ salário mínimo, baseando-se nas referidas leis assistenciais, que, posteriormente, adotaram esse patamar para avaliação da necessidade de assistência social.

Na Reclamação nº 4.164/RS, julgada em 19 de maio de 2006, por exemplo, o relator ministro Marco Aurélio de Mello fixou seu entendimento divergente em relação à decisão de mérito da ADI nº 1.232-1, já que o ministro não estava presente quando do julgamento final. O ministro negou seguimento à Reclamação nº 4.164 por considerar correta a decisão de primeira instância que havia dado nova

²⁴ Lei Federal nº 9.533, de 10 de dezembro de 1997, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas, e Lei Federal nº 10.689, de 13 de junho de 2003, que cria o Programa Nacional de Acesso à Alimentação.

²⁵ Essa questão será detalhada no capítulo 3, no qual necessidades e mínimos são contrapostos de forma analítico-crítica.

²⁶ A primeira referência ocorreu na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, relator ministro Celso de Mello, publicada no *Diário de Justiça* de 4 de maio de 2004. Conforme anota Wang (2010), esse julgamento “trouxe algumas considerações importantes e inovadoras em relação a outras decisões do STF, pois considera a questão da militação de recursos e traz entendimento de que o direito à saúde não é absoluto”.

interpretação à regra da pobreza, diante da analogia com as legislações mais recentes sobre assistência.

Em várias outras decisões, muitos ministros negaram seguimento às ações em razão dessa nova legislação utilizada de forma analógica, enquanto outros – ministro Celso de Mello, Carlos Britto e Ricardo Lewandowski – não conheceram dos pedidos por razões processuais, entendendo que a reclamação não era instrumento para o reexame do conjunto fático probatório em que se baseou a sentença²⁷. Por fim, a mudança paradigmática no sentido de uma argumentação principiológica, fundada na consideração do princípio da dignidade humana, ocorreu na Reclamação nº 3.805/SP, relatora ministra Carmem Lúcia, julgada em 9 de outubro de 2006. Ao fundamentar sua decisão, a ministra apontou:

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 do 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.

[...] E a miséria constatada pelo juiz é incompatível com a dignidade da pessoa humana, princípio garantido no art. 1º, inc. 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 [...].

No mesmo sentido posicionou-se o ministro Gilmar Mendes, que considerou, após analisar esse percurso jurisprudencial abordado, que o §3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/1993 passava por um processo de inconstitucionalização. Em 1º de fevereiro de 2007, no julgamento da Reclamação nº 4.374/PE, o ministro fixou que:

[...] O Tribunal parece caminhar no sentido de se admitir que o critério de ¼ do salário mínimo pode ser conjugado com outros fatores indicativos do estado de miserabilidade do indivíduo e de sua família para concessão do benefício assistencial de que trata o art. 203, inciso V, da Constituição.

As decisões mais recentes sobre o caso são construídas a partir de uma leitura principiológica do direito, na qual o que está na lei, na convenção, não é mais suficiente para a aplicação do direito ao caso concreto. Os princípios constitucionais

²⁷ Outro exemplo de decisão que negou seguimento foi a Reclamação nº 4.280/RS, ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 20 de junho de 2006. Decisões que negaram seguimento pelo fundamento processual: Reclamação nº 4.422/RS, ministro Celso de Mello, julgada em 21 de junho de 2006, e Reclamação nº 4.133/RS, ministro Ayres Britto, julgada em 22 de junho de 2006. O ministro Marco Aurélio seguiu mantendo seu entendimento de que a regra da pobreza estabelecida na LOAS era insuficiente para o cumprimento do mandamento constitucional (Reclamação nº 4.164/RS).

ganham força e a história institucional passa a ser analisada, em uma preocupação em identificar os sentidos que o conjunto de decisões do tribunal aponta. Esse percurso jurisprudencial de mais vinte anos de decisões sobre a constitucionalidade de uma regra legal demonstra o giro do STF em direção a uma abordagem principiológica da Constituição²⁸.

Essa é mais uma razão em favor de nossa hipótese de que o marco teórico expresso nas decisões não é mais importante que a própria decisão, embora a incoerência entre a decisão e seus fundamentos enfraqueça a integridade do sistema jurídico.

Observe-se que a dignidade humana é utilizada como fundamento para a extensão do benefício a indivíduos que não atendiam à regra da pobreza definida na lei. O princípio então atuou como uma razão a favor do dever do Estado de tratar todos os seus cidadãos com igual consideração, o que torna a decisão correta no caso.

Talvez a teoria do direito ao mínimo existencial indicasse que aquele que tem renda familiar superior a $\frac{1}{4}$ de salário mínimo já possui o mínimo para sobreviver com dignidade, embora ainda em condições de pobreza. Uma aplicação possível da teoria dos mínimos é considerar plausível a regra da pobreza no BPC exatamente pelo extremo que institui: a proteção de sujeitos em situação de miséria. É possível afirmar, sem excessos, que considerar uma renda familiar per capita superior a $\frac{1}{4}$ de salário mínimo como representativa de uma vida em dignidade, ou seja, como o mínimo indispensável é uma abordagem que a teoria do mínimo existencial indicaria. Na administração dos recursos disponíveis e das possibilidades concretas do Estado, essa talvez fosse uma boa fundamentação para a decisão.

Em decisões mais recentes, o mínimo existencial e a dignidade humana fundamentam decisões em sentido contrário. Atuam no jogo argumentativo em favor da igual consideração dos sujeitos de direito mesmo que seu conceito aponte para outro sentido. É exatamente esta a hipótese aqui defendida: de que mesmo que a decisão opte por um marco teórico menos igualitário, como a teoria dos mínimos, o

²⁸ A própria composição do STF sofreu várias alterações nesses anos (a ADI nº 1.232 foi julgada em 1998), o que trouxe reflexos nessa mudança de fundamentos. Os ministros nomeados mais recentemente são mais alinhados a uma interpretação da Constituição nos moldes da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, que ganhou força e penetração no Brasil nos anos 2000. A presença do ministro Gilmar Mendes, de forte formação germanista, é razão importante que ajuda a entender o norte adotado pelo STF em direção a uma teoria do direito de matriz axiológica. Mas essa é apenas uma breve análise, que seria mais adequada em uma tese inserida na ciência política.

resultado do julgamento pode ser correto, desde que o julgador se comprometa com a igual consideração e com o caso concreto apresentado. Isso pode ser dito de forma mais geral pela afirmação de que é possível que teorias inadequadas ao marco constitucional surjam como fundamento explícito de decisões corretas quando são os princípios que guiam o julgador.

Conforme esclarece Habermas (2003, v. I, p. 292), “as ordens dos processos judiciais institucionalizam a prática de decisão judicial de tal modo que o juízo e a fundamentação do juízo podem ser entendidos como um jogo de argumentação, programado de uma maneira especial”. Esse jogo argumentativo pode ser construído sob equívocos teóricos, e essa é a hipótese da tese relacionada ao estudo de caso proposto. Muitas decisões judiciais – mas não todas – sobre direitos sociais, em especial saúde e assistência social, fundamentam-se no princípio do mínimo existencial, embora garantam o direito em sua integralidade. Ler o mínimo existencial à melhor luz foi o que esses julgadores fizeram, deslocando seu sentido em direção à garantia do direito devido e não do mínimo.

Entretanto, causa espanto como a Constituição alemã e sua doutrina podem estar mais próximas do julgador e doutrinador brasileiro que a própria Constituição brasileira. Os direitos sociais estão explicitamente dispostos na Constituição Federal de 1988, e garanti-los judicialmente é aplicar esses direitos e não um princípio sem aderência ao sistema constitucional brasileiro, como o mínimo existencial.

Essa reflexão se compromete mais com o que foi, ao final, decidido e menos com as teorias explicitamente adotadas no texto da decisão. Exemplifica como os julgadores podem não ser consistentes na aplicação dos parâmetros ou das teorias que acreditam seguir, mas ainda assim tomar decisões corretas quando se guiam por princípios. A força da concretude do caso, no qual há pessoas em estado de necessidade, e a vinculação aos direitos expressamente garantidos pela Constituição se sobrepuseram ao que o mínimo existencial indicaria como solução. É esse significativo paradoxo que faz da aplicação dos direitos fundamentais uma questão de grande relevância para o direito constitucional.

1.1.5 O RE nº 567.985/MT: um capítulo a ser escrito

Em inúmeras reclamações, o INSS questionava as decisões judiciais que concediam o BPC a indivíduos com renda familiar *per capita* de até ½ salário mínimo, até que, no Recurso Extraordinário nº 567.985, relatado pelo ministro Marco Aurélio de Mello, o STF reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada²⁹. Reconhecida a repercussão geral, o STF deverá, novamente, decidir sobre a constitucionalidade da aplicação do critério de renda *per capita* de ½ salário mínimo, em casos nos quais as condições concretas demonstrem a pobreza do requerente e seu direito à assistência social. Em última instância, o STF, em razão de uma avalanche de sentenças de resistência a sua interpretação restritiva, terá que enfrentar mais uma vez a constitucionalidade do critério de renda definido pela LOAS para a concessão do BPC.

Em 2008, a Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero ingressou como *amicus curiae* no feito. Sua manifestação responde ao argumento orçamentário que pautou as discussões na Reclamação nº 2.303, calculando e demonstrando as possibilidades de absorção do impacto orçamentário que ocorreria caso a regra de pobreza constante da LOAS atingisse o patamar de ½ salário mínimo. O estudo aponta que “as linhas de pobreza brasileiras usadas para monitoramento e pesquisa são todas superiores a esse montante; em outras palavras, o Benefício de Prestação Continuada não é atualmente um programa para pessoas pobres, mas para pessoas extremamente pobres” (PENALVA; DINIZ; MEDEIROS, 2010, p. 63).

Nesse ponto, vale mencionar outro importante recurso de Dworkin (2003) para enunciar sua teoria do Direito como Integridade: o juiz Hércules. Para exemplificar a complexidade da atitude interpretativa e as exigências da Integridade, Dworkin imagina um juiz que possui tempo, raciocínio, inteligência e disposição hercúleas, um julgador de capacidades sobre-humanas que aceita tanto a premissa de que as leis criam e extinguem direitos quanto a de que os juízes devem seguir as decisões já tomadas anteriormente aplicáveis ao caso.

Nas suposições de Dworkin, há na jurisdição de Hércules uma Constituição com a qual as leis devem se harmonizar. Hércules acredita que a Constituição é um instrumento de consolidação de um sistema político geral justo o bastante para que

²⁹ O recurso foi interposto em 19.10.2007 e a repercussão geral foi reconhecida em 09.02.2008

o consideremos consolidado por razões de equidade (DWORKIN, 2002). Sendo um julgador poderoso, Hércules deve elaborar uma teoria constitucional capaz de legitimar completamente a Constituição. Essa teoria deve harmonizar todos os princípios que promulga e se justificar tendo em vista a comunidade em que eles se estabelecem.

No entanto, mesmo com toda a completude que essa teoria possa ter, em algum momento surgirão casos para os quais essa harmonia entre a teoria e as regras da instituição não será suficiente. Será preciso acrescentar uma nova dimensão: a da filosofia política. Nesse sentido, Hércules deverá desenvolver sua teoria tendo como referência tanto as questões institucionais como as questões de filosofia política. Nas palavras de Dworkin, “ele deverá gerar teorias que justifiquem diferentes aspectos do sistema e testá-las, contrastando-as com a estrutura institucional mais ampla. Quando o poder de discriminação desse teste estiver exaurido, ele deverá elaborar os conceitos contestados que a teoria exitosa utiliza” (DWORKIN, 2002, p. 168)³⁰.

Hércules é apenas uma metáfora utilizada pelo autor para demonstrar as obrigações envolvidas na tarefa de aplicação das normas jurídicas quando se adota uma concepção como a da Integridade, que

[...] pede aos juízes que admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas (DWORKIN, 2002, p. 291).

Em resumo, o Direito para Dworkin é essencialmente uma atividade interpretativa cuja realização exige do julgador que, ao solucionar qualquer controvérsia, veja o sistema jurídico de sua comunidade como um conjunto coerente de princípios. O aplicador que aceita a Integridade como ideal político está obrigado a interpretar as normas que compõem o sistema de direitos como parte de um

³⁰ Muitas foram as críticas ao juiz Hércules (Habermas, 1997, Alexy, 2008), no entanto, vale mencionar a crítica de Maus (2010) porque ela acusa a teoria de Dworkin de violadora de uma idéia verdadeiramente democrática de separação de poderes. Ao que parece, Maus tem problemas com a própria idéia de princípios. “A tentativa de Dworkin de concretização de princípios morais abre, ademais, um dilema entre as noções empíricas de moral de uma sociedade, a moral politicamente institucionalizada e a moral pessoal do juiz. Sob a expressa condição de que a nenhum outro grupo social podem ser confiadas melhores capacidades de argumentação moral, a não ser a dos juízes, Dworkin declara a própria compreensão de moral social do juiz como o fator decisivo da exegese jurídica. Mas, com isso, a moral, que deve instruir a interpretação do juiz, se converte em produto de sua interpretação” (MAUS, 2010, p. 51)

conjunto mais amplo e abstrato de princípios. Isso significa que, na atividade de adjudicação, se esse juiz levar a sério sua tarefa, encontrará, via de regra, uma única resposta correta³¹ para os casos que lhe forem apresentados, na medida em que sempre haverá uma interpretação que mostre o histórico jurídico como o melhor possível do ponto de vista da moral política substantiva.

Dessa forma, na efetivação do BPC e na aplicação da LOAS atual, pelo menos até que se julgue a repercussão geral, é a necessidade comprovada caso a caso que abre espaço para reconsideração do critério de renda. É exatamente essa a tese que se defende aqui – de que o que determina o direito à assistência social é a necessidade do cidadão, e não uma definição prévia do que é, objetiva e abstratamente, uma condição de vida em privação econômica.

1.1.6 Igual respeito: a ADPF nº 182/DF

O Ministério Público Federal ingressou com a Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 182 requerendo a aplicação imediata da definição de deficiência disposta na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência³² no que toca à concessão do BPC. A principal fundamentação é a correlação do BPC com o mínimo existencial, o que impossibilita a invocação da reserva do possível ao caso. O autor da ação sustenta que o § 2º do artigo 20 da LOAS define a pessoa portadora de deficiência como aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho. Já a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, no artigo 1º, conceitua pessoas com deficiência como aquelas com

[...] impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

O conceito da convenção, em consonância com a discussão internacional sobre os direitos da pessoa com deficiência, não correlaciona a deficiência com a incapacidade para a vida independente ou para o trabalho. Ele considera deficientes aquelas pessoas que, em seu contexto de vida, na interação com o mundo,

³¹ A ideia de uma única resposta correta será retomada nos próximos capítulos.

³² Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

encontram obstáculos a uma participação efetiva. Trata-se de uma avaliação da experiência da deficiência sob parâmetros absolutamente diferentes. E é exatamente esse o ponto da ação, garantir a aplicabilidade da convenção aos benefícios assistenciais, em especial o BPC.

É pano de fundo da convenção e da própria ADPF a adoção do modelo social da deficiência em oposição ao modelo biomédico. De forma resumida, o modelo social desloca o foco do corpo físico do deficiente para o corpo social em que vive, ou seja, deficiência é uma experiência de desigualdade que se vivencia conforme o ambiente social. Esse modelo foi adotado pelo Brasil quando da incorporação da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), da Organização Mundial de Saúde, publicada em 2001, e incorporada à aplicação do BPC em 2007, pela via do Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007 (BRASIL, 2007).

Conforme a adesão à teoria dos direitos fundamentais de Alexy, o Ministério Público argumenta que, quanto ao mínimo existencial, a doutrina e a jurisprudência nacional e comparada vêm reconhecendo a legitimidade da intervenção judicial, dada sua relevância para a dignidade humana, a liberdade e a democracia e em se tratando de questão que não pode ficar à mercê da vontade ocasional das majorias. O princípio da dignidade da pessoa humana também é trazido como o “epicentro axiológico da Constituição da República” (ADPF nº 182).

Trata-se de outro exemplo da hipótese aqui sustentada de que a aplicação do direito pode estar correta mesmo que os fundamentos explicitamente articulados sejam equivocados em face do que foi decidido. A ADPF nº 182 traz uma grande questão para a aplicação dos direitos fundamentais e para a força constitucional dos tratados de direitos humanos, embora fundamente uma dimensão do reconhecimento e do igual respeito no mínimo existencial. Em última instância, é a decisão ou, no caso, a interposição da ação que importa. Certamente a utilização de fundamentos menos igualitários que o pedido traz consequências para o sistema jurídico, porque retroalimenta uma interpretação axiológica dos direitos, deslocada do sistema constitucional e incoerente com seus princípios.

1.2 Uma reviravolta no romance: as ações coletivas a meio caminho da abstração

O artigo 203, V, da Constituição Federal de 1988 garantiu “um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei” (BRASIL, 1988). A LOAS regulamentou as disposições do artigo 203 da Constituição, dispondo que:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família³³.

[...]

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho (BRASIL, 1993).

Um cenário de grande complexidade se forma em torno não apenas da regra da pobreza, mas do critério legal “incapacidade para a vida independente e para o trabalho”. Conforme será exposto no último capítulo desta tese, que analisa em detalhes a política assistencial brasileira, o primado do trabalho disposto na Constituição é a razão para a conexão da assistência social com a incapacidade para o trabalho. Mais polêmica, todavia, é a exigência de uma incapacidade também para a vida independente.

No contexto concreto de concessão do benefício assistencial, quando o sujeito que o pleiteia é deficiente, é necessário que uma perícia médica comprove tanto o requisito constitucional da condição de deficiente quanto o requisito legal supramencionado, que exige a incapacidade para a vida independente e para o trabalho. Em outras palavras, o deficiente beneficiado com o BPC precisa que a perícia médica comprove todas essas condições: a deficiência, a incapacidade para a vida independente e a incapacidade laboral.

Ao perito servidor público cabe então a avaliação das possibilidades de trabalho e vida independente essenciais ao deferimento do benefício. Até 2007, as instruções normativas do INSS estabeleciam que a capacidade para a vida independente significava a possibilidade de realização de atividades da vida diária,

³³ A idade para a concessão do BPC aos idosos sofreu várias alterações. A última foi realizada pelo Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que definiu no artigo 34 a idade de 65 (sessenta e cinco) anos para a concessão do benefício.

como cuidados de si, alimentação e higiene pessoal, quesitos que compunham um instrumento utilizado pelos peritos nas avaliações dos deficientes³⁴.

Esse foi um poderoso instrumento de restrição na concessão do BPC, já que estabelecia critérios extremos para identificar a necessidade de assistência. Embora pudesse realizar atos simples da vida cotidiana, grande quantidade dos deficientes permanecia sem meios de prover a própria manutenção. Inúmeras ações foram interpostas pelo Ministério Público Federal questionando as decisões administrativas que negavam o benefício a indivíduos deficientes que necessitavam da assistência, ainda que fossem capazes de tomar banho, vestir-se e comer sozinhos.

Inúmeras ações foram interpostas no contexto dos Juizados Especiais Federais até que, em 2006, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais editou a Súmula 29³⁵, com o seguinte enunciado: “Para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei n. 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover o próprio sustento”. O Superior Tribunal de Justiça, à época, também tinha julgados, como o proferido pelo ministro Gilson Dipp:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ART. 20, § 2º DA LEI 8.742/93. PORTADOR DO VÍRUS HIV. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO E PARA PROVER O PRÓPRIO SUSTENTO OU DE TÊ-LO PROVIDO PELA FAMÍLIA. LAUDO PERICIAL QUE ATESTA A CAPACIDADE PARA A VIDA INDEPENDENTE BASEADO APENAS NAS ATIVIDADES ROTINEIRAS DO SER HUMANO. IMPROPRIEDADE DO ÓBICE À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO. RECURSO DESPROVIDO. I - **A pessoa portadora do vírus HIV, que necessita de cuidados freqüentes de médico e psicólogo e que se encontra incapacitada, tanto para o trabalho, quanto de prover o seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família - tem direito à percepção do benefício de prestação continuada previsto no art. 20 da Lei 8.742/93, ainda que haja laudo médico-pericial atestando a capacidade para a vida independente.** II - O laudo pericial que atesta a incapacidade para a vida laboral e a capacidade para a vida independente, pelo simples fato da pessoa não necessitar da ajuda de outros para se alimentar, fazer sua higiene ou se vestir, não pode obstar a percepção do benefício, pois, **se esta fosse a conceituação de vida independente, o benefício de prestação continuada só seria devido aos portadores de deficiência tal, que suprimisse a capacidade de locomoção do indivíduo - o que não parece ser o intuito do legislador.** III - Recurso desprovido (RESP 360202/AL, DJ, 1/7/2002, grifos nossos).

³⁴ Resolução nº 435, de 18 de março de 1997, e Portaria nº 584, de 31 de janeiro de 2000. Para um detalhamento de como o instrumento de avaliação era constituído e interessantes críticas, vide Santos (2010).

³⁵ *Diário de Justiça*, 13 de fevereiro de 2006.

Mesmo com a resistência judicial e a alteração das decisões do INSS em juízo, somente com o julgamento da Ação Civil Pública nº 2730000002040/AC, de 11 de abril de 2007, e a fixação da obrigação diretamente imposta ao INSS de alterar seu entendimento sobre o quesito da “incapacidade para a vida independente” é que a garantia concreta do benefício alçou um novo patamar. A decisão fixou interpretação em relação à incapacidade para a vida independente e determinou que o INSS regulamentasse a questão no prazo de 60 dias, mas já a aplicasse de forma imediata sob pena de multa diária ao servidor responsável.

Conforme definido na sentença, a incapacidade de prover a própria subsistência ou tê-la provida pela família é suficiente para caracterizar esse requisito. A decisão entendeu que a interpretação dada pelo INSS à LOAS era por demais restritiva e que, aplicada em sua literalidade, implicaria a concessão do benefício apenas a pessoas em estado vegetativo ou em coma. A partir dessa decisão, com efeitos para todo o território nacional, o INSS foi impedido de considerar a capacidade de praticar atos da vida cotidiana (banhar-se, comer, vestir-se, caminhar) como requisito determinante ou exclusivo para o indeferimento do pedido. A sentença fixou a obrigação do INSS de considerar – na apreciação da deficiência e da incapacidade para a vida independente do postulante – suas possibilidades econômicas de prover sua própria manutenção por outros meios que não o trabalho. A decisão judicial foi incorporada na Instrução Normativa nº 27, de 30 de abril de 2008.

De forma concreta, as dificuldades permaneceram. Um acórdão mais recente mostra o problema retornando ao Poder Judiciário:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. REQUISITOS. REEXAME. PROVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. CONCLUSÃO PERICIAL. NÃO VINCULA O JULGADOR. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. 1. A tese defendida demanda o revolvimento do contexto fático dos autos e desafia a Súmula 7/STJ. **2. O quadro clínico apresentado pelo agravado denota o preenchimento dos requisitos para concessão do benefício pleiteado, com base em documentos médicos, não obstante a perícia judicial ter sido desfavorável. O acórdão acrescentou à situação de saúde do agravado a sua conjuntura sócio-econômica, e concluiu pela condição de risco social.** 3. As conclusões da perícia não vinculam o julgador, o qual pronuncia sua decisão de acordo com o princípio do livre convencimento motivado. 4. A jurisprudência desta Corte admite a concessão do benefício que ora se pleiteia, mesmo diante de laudo pericial que ateste a capacidade para a vida independente. 5. Agravo regimental improvido (AgRgRESP 1084550/PB, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ, 23/3/2009, grifos nossos).

Uma pesquisa realizada com médicos-peritos também demonstrou que a interpretação que os mesmos possuem da incapacidade laboral e para a vida independente está muito próxima do marco previdenciário, estruturado sob premissas totalmente diferentes das que sustentam a assistência social. Em uma pesquisa que coordenamos em 2009, durante o II Congresso Brasileiro de Perícia Médica Previdenciária, realizado em Brasília, dos 448 peritos que responderam ao questionário, 35% (157) afirmaram que, nas perícias para identificação da deficiência e incapacidade para a vida independente e para o trabalho para concessão do BPC, adotavam os mesmos parâmetros da aposentadoria por invalidez³⁶.

A própria constitucionalidade da definição da competência do INSS para administrar um benefício assistencial seria uma decisão administrativa que atenderia à eficiência, não fossem as consequências que as avaliações dos peritos trazem para os direitos individuais e para a administração da justiça. A interpretação excessivamente restritiva do INSS sobre o que é deficiência e incapacidade inunda o Judiciário e especialmente os Juizados Especiais Federais com ações de revisão, nas quais todo o procedimento é refeito, com novos peritos e nova avaliação. Uma solução administrativa melhor nesse campo garantiria o direito individual com efeitos inclusive na administração da Justiça³⁷.

Vê-se, pois, que a solução dada à ação civil pública em análise foi correta, na medida em que alterou a regulamentação administrativa do INSS, protegendo cidadãos que tinham direito ao benefício, mas precisavam recorrer ao Poder Judiciário para tê-lo garantido. Há então uma decisão judicial em uma ação coletiva, fixando uma interpretação do dispositivo legal constante do § 2º do artigo 20 da LOAS, que alterou toda a lógica de concessão do BPC. Esse é um caso interessante para a reflexão sobre as potencialidades das ações coletivas, exemplo de uma definição judicial de cunho geral e abstrato que fixou a melhor interpretação da norma, garantindo o direito à assistência social de inúmeros cidadãos.

Essa “incapacidade para a vida independente” interpretada como incapacidade de praticar atos da vida cotidiana foi um recorte de mínimos em sobreposição, uma forma indireta de fazer mais uma restrição de impacto nas

³⁶ Para uma visão completa dos resultados da pesquisa, conferir Diniz, Medeiros e Barbosa (2010).

³⁷ Embora o BPC seja um benefício da assistência social, o INSS administra sua concessão. Essa parceria mostrou-se prejudicial pela dificuldade de atuação do médico perito em frentes tão diversas de análise. Os parâmetros de uma perícia na previdência social são diferentes daqueles que devem pautar a análise quando o requerente é um sujeito em situação de vulnerabilidade que nem sequer integra a previdência social.

dimensões da população elegível ao BPC. Além de pobre e incapaz para o trabalho, o idoso ou deficiente precisava provar que não tinha condições de exercer de forma independente as condições que compõem o que é ainda mais mínimo, um “mínimo vital”. Aliás, essa é a expressão adotada pela jurisdição constitucional na Colômbia na sentença C-776, de 2003:

O objeto do direito fundamental ao mínimo vital abarca todas as medidas positivas ou negativas constitucionalmente ordenadas com o fim de evitar que a pessoa que se veja reduzida em seu valor intrínseco como ser humano devido a não contar com as condições materiais que a permitam levar uma existência digna [...].

A Ação Civil Pública nº 2730000002040/AC foi de grande importância para a alteração de um posicionamento que violava direitos individuais e que, mesmo sendo uma disposição infralegal, tinha efeitos diretos em todos os pedidos de concessão do BPC, já que regulamentava a instituição responsável pela administração do benefício, o INSS (ACRE, 2007). A decisão judicial reputou a regulamentação ilegal e fixou a interpretação correta. Isso nos remete diretamente à reflexão sobre as potenciais vantagens e riscos da ação coletiva na garantia de direitos sociais. O caso referido é uma experiência extremamente bem-sucedida, haja vista que a decisão foi correta, mas há um universo de decisões com efeito *erga omnes*, principalmente na área da saúde, regulamentando de forma geral e abstrata os contornos dos direitos sociais.

Ciarlini (2008, p. 14) aposta todas as suas fichas no modelo da ação coletiva, como “a equação entre autonomia e bem-estar”:

Para atingir esse fim, mostra-se imperioso reavaliar a função da Ação Civil Pública para o fim de formular normas gerais, e, portanto, com eficácia *erga omnes*, acerca dos critérios de precedência que possam orientar determinadas situações correntes no trato do direito à saúde, tais como: internações em Unidades de Terapia Intensiva, dispensação de medicamentos nacionais e importados, de alto custo, a pessoas portadoras de doenças crônicas, tratamento fora do domicílio e tratamento com órteses e próteses. Deve-se, portanto, deixar a via judicial individual para a análise dos casos omissos, sem, contudo, perder de vista que, também nesse particular, o olhar do magistrado estará sempre voltado para a realização do escopo jurisdicional que propugna o equilíbrio entre autonomia e bem-estar.

A tese de Ciarlini tem como foco o direito à saúde, que envolve um universo de questões mais amplas e variadas que o direito à assistência social, como demonstra a própria enunciação do autor na citação acima. Entretanto, seu posicionamento é fruto de uma reflexão ampla que certamente se aplica aos demais direitos sociais. Claramente a tensão entre bem-estar e autonomia é uma tensão

entre igualdade e liberdade, que o autor acredita que pode ser mediada pela ação civil pública.

Seria mesmo uma alternativa melhor para a garantia dos direitos sociais uma ênfase na ação civil pública para fixar critérios e parâmetros específicos na concretização das políticas públicas? A decisão judicial na ação civil pública é exatamente como a decisão do gestor público? Essa é uma opção pela solução de um problema geral que vinculará a todos? A decisão na ação civil pública tem cunho normativo, efeito *erga omnes* e *ultra partes*, mas que tipo de decisão é essa?

Os que defendem a solução coletivizada do conflito entendem que as decisões de cunho geral são melhores porque trazem menos impacto na democracia. Certamente, o julgamento de uma ação civil pública se realiza sob outras condições. A atuação do Ministério Público, da Defensoria Pública e da própria magistratura é mais executiva e criativa, pois encontra margens para a realização de procedimentos mais amplos e participativos que não existem nas ações individuais. A participação de outros atores e a expansão das audiências são exemplos interessantes.

Voltando à Ação Civil Pública nº 2730000002040/AC, seu caráter normativo é inegável, no entanto, a decisão tem como alvo uma determinada interpretação da disposição da LOAS que surge em seu processo de aplicação pelo Poder Executivo (conceito de capacidade para vida independente e para o trabalho), e não a definição geral de ordens de preferência na execução da política. A decisão é eminentemente interpretativa, e não alocativa – isto é, não versa sobre onde e como alocar recursos e serviços, quem tem preferência de atendimento e cobertura, etc.

Mas podemos fazer um exercício e pensar em como seria uma decisão alocativa no âmbito da assistência social³⁸. Poderíamos pensar em uma ação civil pública que exigisse a construção de abrigos para deficientes moradores de rua ou a construção de residências de longa permanência para idosos. Os exemplos seriam muitos, mas não ajudam tanto. Um bom guia é a pergunta mais fundamental: o que exige a igualdade?

A resposta a essa pergunta não pode ser buscada em abstrato. Não são só os juízes que sabem ou são mais capazes de definir quais desigualdades são permitidas e por que. Ao contrário, essa é uma questão de moralidade política que

³⁸ O objetivo é se aproximar das decisões na área da saúde, que são mais alocativas no sentido aqui utilizado.

deita raízes na Constituição. Por isso, as ações coletivas são mais fronteiriças com a política do que as decisões individuais. Nas ações individuais, o julgador não toma decisões alocativas, mas decide um caso concreto sobre uma pessoa e seus direitos. Isso não retira a importância das ações coletivas, porque o juiz não é o gestor público – até quando decide uma ação civil pública, precisa respeitar a separação de poderes e se basear exclusivamente em argumentos de direito.

1.3 Breve excursão sobre o direito à saúde: a retomada da discricionariedade positivista

Embora o foco desta tese seja o direito à assistência social, a referência ao mínimo existencial ganha força na jurisprudência e na doutrina também em relação aos demais direitos sociais. De forma especial, a saúde pública é um campo de grande complexidade, no qual as prestações e os bens envolvidos exigem diversas formas e níveis de organização, planejamento e execução da política, que também se refletem nas ações judiciais.

De toda sorte, nesse vasto campo de controvérsias jurídicas e políticas, interessa-nos demonstrar como a aplicação do mínimo existencial se realiza, na tentativa de ampliar o horizonte da crítica proposta. A presença do mínimo existencial como fundamento das decisões ganhou corpo nas ações relativas ao direito à saúde e isso teve certa importância, porque ainda há considerável controvérsia na esfera judicial sobre a aplicabilidade do artigo 196 da Constituição Federal de 1988.

Embora majoritariamente a jurisprudência brasileira entenda que o direito à saúde tem aplicabilidade imediata, os argumentos da reserva do possível e da separação de poderes também exercem grande influência. Nesse contexto, o mínimo existencial surge como fundamento e parâmetro das decisões judiciais. Como se verá no próximo capítulo em detalhes, na teoria na qual é construído, o mínimo existencial é considerado núcleo do princípio da dignidade humana e, por isso, passível de efetivação judicial. As dúvidas que se revelam na aplicação dos direitos sociais são mitigadas no caso do mínimo existencial porque o mesmo é tomado como verdadeiro direito subjetivo pela doutrina que o formula.

O mínimo existencial então parece reduzir a complexidade das questões quando é trazido como parâmetro de análise nas decisões. Se a prestação ou o bem de saúde (ou outro direito social, como educação) requerido integrar o mínimo existencial, o julgador tem confiança em deferir o pedido, porque não tem dúvidas sobre a aplicabilidade da norma. Da mesma forma, quando a prestação é considerada excessiva em relação ao que seria o mínimo, o pedido é negado. Apenas para exemplificar, transcreve-se decisão proferida no Tribunal Regional da 4ª Região³⁹:

FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS

I – Pretende a Parte Autora a condenação da Parte Ré ao fornecimento de medicamento denominado DESTRUSIDOL L. A 4mg. Assevera, para tanto, que é portadora de bexiga hiperitica e o uso da referida medicação é o único meio de impedir a progressão da doença.

II – Sobre a questão, entende-se que – em que pese inexista consenso na jurisprudência dos Tribunais Superiores acerca da natureza da norma do art. 196 da CRFB/88 –, em se tratando de direito à saúde, apenas as prestações que compõem o denominado “mínimo existencial” e aquelas que configurem opções políticas exteriorizadas através de ações do Legislativo ou da Administração, poderiam ser objeto de condenação dos entes públicos a implementá-las em prazo determinado.

III – No caso dos autos, entende-se que a pretensão deduzida, de fornecimento gratuito, pelos Réus, de medicamento necessário ao tratamento da Autora-Apelada, não se insere naquele grupo de prestações formadoras do “mínimo existencial” no campo da saúde. Verifica-se, também, que tal substância **não consta em nenhuma lista de medicamentos essenciais para aquisição ordinária pela Administração Pública, não se podendo admitir, desta forma, que seu fornecimento seja imposto aos entes federativos.**

IV – Remessa Necessária e Apelação da União Federal providas.
(Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação 2004.51.01.009883-8, 20/10/2010, grifos nossos).

Essa talvez seja uma das razões pelas quais o mínimo existencial ganhou força na jurisprudência – por ser um padrão e, por isso, reduzir a complexidade da fundamentação das decisões. Muitas decisões sobre o fornecimento de medicamentos tomam as listas oficiais nas quais são referidos os medicamentos fornecidos pelo Poder Público como a expressão do mínimo existencial no que toca ao direito à saúde.

Nos fundamentos das decisões que garantem o direito individual a uma prestação ou a bens sociais (saúde, assistência social, educação), a teoria dos mínimos pode facilitar a argumentação, porque fornece um padrão. A separação de poderes, a aplicabilidade dos direitos sociais, a previsão orçamentária e até a

³⁹ Optou-se pela transcrição de decisão desse tribunal apenas para manter a coerência de análise na Justiça Federal e deslocar a análise das cortes superiores.

reserva do possível (que integra a mesma matriz teórica do mínimo existencial) são argumentos mais facilmente superáveis quando o julgador identifica o direito discutido na ação com uma dimensão do mínimo existencial. Por essa via, o julgador não deixa de reconhecer a normatividade dos direitos sociais, embora também não se comprometa com uma postura ativista nem ameace o princípio da separação de poderes, já que sua intervenção só se justifica na dimensão mais reduzida: o mínimo existencial. Em síntese, o padrão facilita a decisão ao custo da desconsideração das circunstâncias específicas e irrepetíveis do caso⁴⁰.

Certamente, o mínimo existencial pode ser interpretado de forma principiológica, embora essa não seja a proposta da qual o conceito emerge. Muitas decisões no campo dos direitos sociais tomaram o mínimo como um conceito aberto e a partir disso foram capazes de garantir direitos de forma integral e individualizada sem se limitar a padrões. A questão aqui não é semântica. A crítica aos mínimos na aplicação judicial é a crítica à adoção de padrões que desconsiderem os diversos projetos de vida e as carências dos indivíduos. A expressão em si pode ser reocupada e seu sentido, redefinido.

Um exemplo de decisão que sinaliza para esse sentido foi proferida no Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS – DIREITO SUBJETIVO – RESERVA DO POSSÍVEL – ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA – ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA – PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL – ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO – PRECEDENTES DO STF E STJ.

[...]

6. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na “vida” social.

[...]

(Recurso Especial nº 1.185.474 – SC (2010/0048628-4), relator ministro Humberto Martins. *DIÁRIO DE JUSTIÇA ELETRÔNICO*, 29/04/2010, grifos nossos).

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região também já se posicionou nesse sentido:

⁴⁰ Embora nem a lei nem a jurisprudência tenham definido esse padrão, não faltam doutrinadores que tenham admitido o desafio de ditar o que seria o mínimo existencial. Nos próximos capítulos, algumas abordagens serão detalhadas.

CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. HIPERTENSÃO ARTERIAL PULMONAR. REMÉDIOS INDISPENSÁVEIS. EXCEPCIONALIDADE. I – Em que pese inexista consenso na jurisprudência dos Tribunais Superiores acerca da natureza da norma do art. 196 da Constituição, considerando alguns julgados a sua natureza programática e outros defendendo que dela se poderiam extrair direitos subjetivos aptos a gerar exigências de prestações positivas do Poder Público, a melhor doutrina orienta que, em se tratando de direito à saúde, apenas as prestações que compõem o assim denominado “mínimo existencial” e aquelas que configurem opções políticas juridicizadas dos poderes constituídos poderiam ser objeto de condenação dos entes públicos a implementá-las em prazo determinado. **II – Mesmo que determinado medicamento não conste nas listas oficiais dos Entes Federados e nem se insira naquele grupo de prestações formadoras do “mínimo existencial” no campo da saúde, a que se refere a doutrina de Ana Paula Barcellos, ainda assim é possível seu fornecimento quando se tratar de situação excepcional.** III – Os honorários advocatícios não são devidos à defensoria pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença. Súmula 421, STJ. IV – Remessa necessária parcialmente provida. Apelações desprovidas. (Apelação Cível nº 20065101010474-4, relator juiz federal convocado Marcelo Pereira E-DJF2R, p. 467-468, 9/11/2010, grifos nossos).

As decisões corretas que, não obstante, se fundamentam equivocadamente no mínimo existencial não deixam de atender à correção por essa referência, embora essa tensão ameace a integridade do sistema jurídico, porque enfraquece a coerência e a matriz igualitária desse sistema. Como visto, a mudança de concepção em direção a uma abordagem principiológica do direito abre espaço para essa ressignificação de expressões tomadas como conceitos fluidos, abertos e indeterminados.

Ocorre, entretanto, que a matriz axiológica de onde emerge a fixação de precedência do princípio da dignidade humana e, em consequência, de onde se importa o mínimo existencial abre a possibilidade de concretização dos direitos sociais ao mesmo tempo em que enfraquece as garantias individuais. O entendimento de que direitos são bens passíveis de ponderação garante ao julgador uma margem de discricionariedade que faz essa concepção do direito se aproximar de uma retomada do positivismo jurídico⁴¹.

De forma concreta, a aplicação da máxima da proporcionalidade e do mínimo existencial leva a certa confusão entre direito e política na aplicação do direito. No campo da saúde, começa a ganhar corpo uma tendência doutrinária (em menor monta, também jurisprudencial) de criação de limites para a universalidade do direito à saúde a partir do argumento do mínimo existencial. O risco da transposição dessa

⁴¹ O Capítulo 2 desta tese desenvolverá de forma minuciosa todos os conceitos e críticas adiantados nesta seção.

interpretação para as ações judiciais em que se reivindicam bens ou prestações de saúde são os julgadores tomaram para si a tarefa de definir os limites da universalidade, de criar critérios para a distribuição dos recursos, de formular sua própria política distributiva. E isso não de forma individualizada, nos casos apreciados, mas pela definição de um critério novo de restrição da universalidade na saúde: a pobreza.

A figura do requerente hipossuficiente, carente ou pobre, referência que não raras vezes se identifica nas decisões é sinal de certa consideração das condições pessoais do requerente que não se relacionam com o direito reivindicado. As condições econômicas ou classe social do requerente ganham relevo nas decisões judiciais mesmo que ainda não sejam definitivas para o julgamento do pedido⁴². Em uma estranha combinação, o direito à prestações públicas de saúde pode vir a depender de uma avaliação sobre a pobreza do requerente, sobre sua situação econômica⁴³.

Para Sarmiento, as condições financeiras do requerente para adquirir, por meios próprios, aquilo que demanda do Estado não pode ser um dado irrelevante. Para o autor, é preciso que se avalie se a denegação da eventual pretensão repercutirá apenas no patrimônio do paciente ou se há um bem jurídico de maior monta envolvido, como o bem da vida. A preocupação do professor nesse ponto é de que os direitos sociais tornem-se instrumentos para o favorecimento das classes sociais que possuem maior acesso à Justiça (2010, p. 577, 578).

⁴² A questão da hipossuficiência é algo especialmente claro nas decisões da Ministra Ellen Gracie, principalmente quando esteve na Presidência do STF e decidiu inúmeros casos de suspensão de segurança. A Ministra Ellen Gracie guarda certa coerência em suas decisões, já que, regra geral, manifesta sua preocupação com o aspecto coletivo (e não público) das políticas que organizam e efetivam os direitos sociais. Dito de outra forma, argumentos como o impacto orçamentário, a interferência na administração pública e a reserva do possível são constantes em seus votos e decisões. No caso da saúde e em relação aos hipossuficientes, cite-se SS 3205, 3158, 3183, 3231, 3429, 3452 e STA 181.

⁴³ Na Apelação 20077200001677-0-SC, relator juiz federal João Pedro Gebran Neto, de 12 de novembro de 2009, há uma definição sofisticada da relação entre a pobreza e o direito a bens de saúde. O relator define que os hipossuficientes são aqueles que estão na faixa tributária da isenção. Para essas pessoas é possível garantir tratamentos ou bens de saúde que, mesmo sem previsão na política pública, são usualmente acessíveis à maioria da população, ou seja, a quem tem maior poder econômico. Assim, o Poder Judiciário garantiria aos hipossuficientes apenas aqueles bens acessíveis ordinariamente à população com capacidade econômica para obtê-lo no mercado; a prestação jurisdicional viria então a garantir isonomia. Assim, se eventual bem da vida não está acessível à maioria da população, então não há violação da isonomia, tampouco do mínimo existencial e, portanto, o Poder Judiciário não está obrigado a concedê-lo. A sofisticação da relação construída entre a pobreza e o mínimo existencial, incluindo a esfera da tributação como espaço de definição do pobre, é o que justifica essa menção.

Para ilustrar, a ementa do julgado referenciado por Sarmiento⁴⁴:

CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO.

PACIENTE COM HEPATITE "C". DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO.

1. Delegado de polícia que contraiu Hepatite "C" ao socorrer um preso que tentara suicídio. Necessidade de medicamento para cuja aquisição o servidor não dispõe de meios sem o sacrifício do seu sustento e de sua família.

2. O Sistema Único de Saúde-SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento paradebelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna.

3. O direito à vida e à disseminação das desigualdades impõe o fornecimento pelo Estado do tratamento compatível à doença adquirida no exercício da função. Efetivação da cláusula pétrea constitucional.

4. Configurada a necessidade do recorrente de ver atendida a sua pretensão, legítima e constitucionalmente garantida, posto assegurado o direito à saúde e, em última instância, à vida, sobreleva ainda destacar que a moléstia foi transmitida no exercício de sua função, e em decorrência do nobilíssimo ato de salvar a vida alheia. Representaria sumum jus summa injuria, retribuir-se a quem salvou a vida alheia, com o desprezo pela sua sobrevivência.

5. Recurso especial provido. (Recurso Especial 430.526/SP, relator ministro Luiz Fux, julgado em 01/10/2002)

O STF mantém um entendimento que garante aplicabilidade ao direito à saúde, fixando inclusive que a obrigação de prestar assistência em saúde é de todos os entes da Federação. Quanto à ligação entre o direito à saúde e a condição de carência ou hipossuficiência, vale ilustrar:

Ementa: Paciente com HIV/AIDS – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ART.5º CAPUT E 196) – PRECEDENTES (STF) RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

⁴⁴ Vale transcrever trechos do voto do ministro relator, no qual fica claro o posicionamento das instâncias inferiores que consideraram de forma diferente a condição econômica do requerente: Todavia, ao apreciar o pedido de tutela antecipada, o douto juízo monocrático indeferiu-a sob fundamento de que "o autor não é pessoa pobre na acepção jurídica do termo. Ao contrário, possui rendimento mensal bem superior à média dos brasileiros. Por outro lado, há questões fáticas pendentes de regular comprovação, além do que, eventual antecipação da tutela seria irreversível." (fls. 56/56, verso). No mesmo sentido posicionou-se o acórdão regional, ao julgar o agravo de instrumento interposto, entendendo que "percebendo o agravante salário superior a R\$ 3.000,00 mensais e não tendo comprovado ter outros encargos financeiros, pode ser considerado, em face da realidade social brasileira, cidadão não menos afortunado que os demais, em situação realmente precária. Tendo em conta que as verbas públicas têm destinação previamente marcada, há de se entender que o interesse da coletividade deve prevalecer diante do individual, no tocante aos serviços de saúde da população em geral." (fls. 93).

[...]

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES

O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF (Recurso Extraordinário 271.286 Agr, relator ministro Celso de Mello, julgado em 12/09/2000).

A fixação de um critério que restringe o princípio da universalidade e, em consequência, cria novos contornos para a política pública provoca um deslocamento de competências entre o sistema do direito e da política. Nesse caso, o próprio Poder Judiciário está gerando restrições que nem a Constituição, nem a lei, nem a política pública desenhada pelo Poder Executivo criaram. Certamente, não se trata de uma referência à ausência de disposições expressas nesse sentido, mas do fato de que o sistema constitucional não oferece razões para tal interpretação. Ao contrário, a leitura à melhor luz da Constituição e da história da luta pela garantia de uma saúde pública no Brasil leva à conclusão oposta de que a saúde é um direito de todos e de que ricos e pobres podem acessar – como o fazem - o Sistema Único de Saúde igualmente⁴⁵.

Essa questão surge nas ações sobre o direito à saúde também pela dúvida sobre a possibilidade da prescrição do tratamento por médico não vinculado ao Sistema Único de Saúde e no caso de internações em clínicas particulares⁴⁶. Sempre que o caso envolve a fronteira entre o público e o particular, emergem as condições econômicas do requerente. A ênfase que antes se dava às possibilidades financeiras do Estado (reserva do possível, precisão orçamentária) parece, aos poucos, deslocar-se para o indivíduo. Em ambos os casos, o que se tem é a presença forte de um argumento de política, de uma preocupação maior com o bem-

⁴⁵ A referência aqui é ao movimento sanitário brasileiro, que exerceu grande influência no desenho do que a Constituição Federal de 1988 instituiu como direito à saúde, na forma de um sistema único de saúde. Há um processo histórico de grande vulto pela democratização da saúde, que também incorpora sentido ao que representa a instituição de um sistema público e gratuito.

⁴⁶ Em todos esses casos – usuário do SUS, médico não filiado ao SUS ou clínica não vinculada ao SUS –, a pergunta de fundo sobre como o sistema de saúde se organiza está posta. Registre-se que em maio de 2009, o STF realizou uma audiência pública, na qual todas as difíceis questões que o direito à saúde traz ao Judiciários foram discutidas.

estar geral, com os recursos financeiros que pertencem a toda a população, do que com o indivíduo, parte requerente no processo, e seus eventuais direitos⁴⁷.

É certo que não são todas as demandas em saúde que se configuram como direitos. Há pretensões abusivas, instrumentalização do processo, além de casos em que simplesmente não há direito. O ponto são aquelas definições difíceis nos quais há pretensões legítimas e uma ausência de posicionamento na política pública, e não a simples omissão estatal. Em circunstâncias tais, ao Poder Judiciário cabem manifestações complexas que envolvem posicionamentos sobre os direitos fundamentais; entretanto, é o caso que precisa ser decidido e não a definição mais ampla sobre como deve ser organizada a justiça no campo da saúde. Cabe ao julgador fazer o vínculo entre os direitos fundamentais e as políticas públicas e não tomar decisões sobre como a riqueza da comunidade deve ser distribuída, a partir de pressupostos sem aderência constitucional.

O certo é que considerar a pobreza do requerente no momento de avaliação sobre a presença do direito à saúde no caso é lançar mão de um argumento que não está disponível aos juízes: o argumento da política. O recurso à pobreza como limite para a garantia de saúde pública parece fruto de uma ocupação do campo político, na forma de uma definição sobre o que pode garantir o bem-estar geral, sobre qual o melhor arranjo distributivo, e não uma decisão imparcial sobre o que é devido a cada um, conforme suas condições singulares de vida – isto é, a questão eminentemente jurídica que deveria ser apreciada jurisdicionalmente.

É por essa razão que decisões corretas que se baseiam em fundamentos equivocados acionam o alarme para a defesa da Constituição. Esses fundamentos equivocados – que não são suficientes para alterar o fato de que alguém, após um litígio judicial, teve seu direito garantido – são mais que suficientes para ameaçar esse mesmo direito do próximo titular ameaçado.

A vinculação do direito à saúde a uma comprovação de hipossuficiência é um bom exemplo encontrado na jurisprudência brasileira do exercício da

⁴⁷ Na doutrina especializada sobre o tema da judicialização da saúde cresce também a crítica de que tal movimento seria fruto das elites, que instrumentalizariam a instância judicial para obter tratamentos especializados de alto custo, acessar pesquisas em desenvolvimento etc. Parte dessa crítica baseia-se em diagnósticos parciais sobre os demandantes dessas ações, analisados a partir da presença de advogados particulares, defensoria pública, entre outros. Corrente contrária questiona os dados das análises empíricas e sustenta que o universo da judicialização é muito grande e que parte considerável dele advém de ações em que há omissão do poder público. De toda sorte, o objetivo é demonstrar como cresce no Brasil o cruzamento das questões de saúde pública com uma perspectiva de classe, em um movimento que parece enfraquecer o princípio da universalidade.

discricionariedade nos casos difíceis. Entender que a resposta para esses casos pode ser construída livremente, sem levar em consideração os princípios constitucionais e tampouco a integridade do sistema constitucional, fez desses juízes os políticos que – na ausência de definição prévia – exerceram seu poder discricionário e estabeleceram como deve ser a distribuição dos bens e serviços em saúde.

Esse espaço discricionário é fruto da adoção de uma abordagem dos direitos fundamentais que, ao confundi-los com bens ponderáveis, provoca uma confusão em um ponto muito importante da decisão judicial: a utilização de argumentos de direito, a articulação de discursos de aplicação e de justificação. Ameaças como essa à universalidade do direito à saúde demonstram que a teoria dos direitos fundamentais de Alexy é uma abordagem menos igualitária, já que não apenas aponta para um caminho insustentável constitucionalmente, mas também conforma uma teoria pior, no sentido do próprio alcance na aplicação dos direitos fundamentais, como será demonstrado no próximo capítulo.

A adoção da integridade do direito aqui proposta parte do pressuposto de que, embora não haja um método que garanta a correção na aplicação do direito e que forneça respostas para casos difíceis, não há uma delegação ao intérprete para que ocupe esse espaço interpretativo (que Kelsen já apontava) com o que lhe parecer mais apropriado, de forma discricionária e decisionista. Por isso, mesmo que a correção das decisões não perca importância mesmo quando se constrói em tensão ao teor do decidido, é preciso cuidar de seus fundamentos porque é ali que se reflete a identidade do sujeito constitucional.

Em obra na qual critica os amplos espaços de decisão que atualmente se fornece aos juízes, Maus (2010), na análise da exigência da Revolução Francesa por um código escrito, aponta:

“É precisamente esta intenção que diferencia radicalmente o absolutismo de Hobbes do totalitarismo do regime nazista, o qual privou expressamente os juízes das ‘muletas da lei’ e cobrou decisões judiciais segundo o ‘sistema de valores’ do nacional-socialismo e conforme necessidades políticas ou circunstâncias específicas do respectivo caso concreto.” (MAUS, 2010, p. 37)

A autora cita, nas notas, as “Cartas aos Juízes” distribuídas pelo ministério da justiça do Reich a partir de 1942 editadas com o subtítulo “Documentos para influenciar a jurisdição alemã de 1942 a 1944 (MAUS, 2010, p. 37)

A postura substancialista que aposta na esfera judicial como espaço de efetivação dos direitos sociais não ameaça a democracia quando pauta suas decisões nos princípios constitucionais e busca respostas internas para os casos difíceis. Mas, quando essa mesma postura adota um viés externo e não se compromete com os princípios (e com a moralidade política expressa nesses princípios), aí sim temos uma ameaça à democracia e um Estado governado por juízes, e não pelo direito⁴⁸.

⁴⁸ Esse excuro parte de várias análises e questões conceituais que serão detalhadas ao longo da tese e, em especial, no Capítulo 2. A crítica que se avista em relação à ponderação de valores e à confusão entre os discursos de justificação e aplicação será esclarecida no decorrer do texto.

2 Direitos sociais e igualdade política

Este capítulo pretende confirmar a hipótese de que os direitos sociais representam a garantia constitucional de igualdade distributiva, condição essencial para o exercício da igualdade política, entendida como uso do direito privado à liberdade e do direito político à cidadania. A ideia é que a vinculação dos direitos sociais ao mínimo existencial enfraquece o potencial igualitário desses direitos. O caminho em direção à comprovação dessa ideia será traçado em duas partes.

Na primeira parte deste capítulo será abordada a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, em especial no que toca a sua estruturação sob a premissa da supremacia da dignidade da pessoa humana, alçada a um valor suprapositivo. Nesse ponto, a teoria dos direitos sociais e os parâmetros de aplicação desses direitos serão retomados em perspectiva crítica e também em referência ao cenário brasileiro. A teoria da argumentação jurídica do autor é essencial às análises feitas, mas será abordada em paralelo às investigações quanto aos direitos fundamentais.

Como já mencionado, o igualitarismo liberal e a teoria da Integridade do Direito de Dworkin atuarão não apenas como contraponto à abordagem de Alexy, mas como um resgate da ideia de dignidade humana de forma a harmonizá-la à igualdade. O objetivo é traçar as linhas mestras do falso conflito entre igualdade e liberdade, que ganha contornos práticos na análise dos desafios envolvidos na aplicação do direito à assistência social, conforme mostraremos no estudo de caso.

Na segunda parte do capítulo, desenvolvem-se os argumentos necessários à confirmação da terceira hipótese da tese: a de que a garantia judicial dos direitos sociais não viola a igualdade política, ao contrário, enriquece a democracia ao oferecer à comunidade política um fórum de princípio que atua em nome da justiça, assegurando não apenas o bem público ou o interesse geral, mas os direitos de cada indivíduo.

Também são tratados neste capítulo os argumentos clássicos contra a justiciabilidade dos direitos fundamentais, em especial, os princípios da reserva do possível e da separação de poderes. Nesse sentido, aborda-se ainda o argumento mais pragmático de que as decisões judiciais, além de criar embaraços e

dificuldades à administração pública, são arbitrárias, já que não há respostas corretas para questões difíceis de justiça distributiva.

2.1 Direitos fundamentais: a teoria de Alexy em crítica

Muito já se escreveu sobre a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy no Brasil, de forma que é possível certa objetivação nesse ponto. As indagações que guiam as linhas mestras da obra de Alexy são as mesmas de toda teoria dos direitos fundamentais contemporânea: quais direitos os indivíduos possuem? Como e em que medida esses direitos devem ser aplicados? Como a vinculação imposta por esses direitos deve ser tratada por um tribunal constitucional?

A teoria de Alexy estrutura-se a partir dos conceitos dos direitos fundamentais à dignidade, à liberdade e à igualdade, nessa exata ordem em que são referidos no texto constitucional alemão. Conforme anota o próprio autor, o significado mesmo dos direitos fundamentais deve-se em grande parte à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal daquele país (Alexy, 2008). A abertura das cláusulas de direitos fundamentais, a generalidade, a maleabilidade ou a pouca densidade, ou seja, a abordagem principiológica é o grande salto na teoria do direito que, aqui e na Alemanha, garante espaço para que os direitos fundamentais sejam efetivados nas mais diversas situações em que um indivíduo precisa da proteção social do Estado.

A forma como os direitos fundamentais sociais são aplicados pela jurisprudência brasileira é a razão da recuperação da teoria dos direitos fundamentais de Alexy nesta tese, já que é essa a abordagem teórica que fundamenta a vasta maioria das decisões relativas aos direitos sociais no Brasil. O que interessa de forma primordial a este trabalho é a aplicação dos direitos que a Constituição atribui aos sujeitos da comunidade política brasileira de forma a lhes garantir igual consideração na distribuição de bens, recursos, capacidades ou oportunidades. Nosso foco é a relação entre direitos fundamentais e políticas públicas.

Alexy (2008)⁴⁹ propõe uma teoria dos princípios e uma teoria das posições jurídicas fundamentais que procede a uma redução das diversas relações de direitos fundamentais a posições elementares, em consonância com a teoria dos *status* de G. Jellinek. É importante deixar assentado inicialmente que o artigo 1º, §3º da Constituição alemã define que os três Poderes estão vinculados diretamente aos direitos fundamentais, considerados direitos diretamente aplicáveis, no mesmo sentido do que dispõe o §1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 sobre a força normativa dessas normas jurídicas.

Considerada essa premissa, a teoria dos direitos fundamentais de Alexy parte para uma definição sobre o que são normas de direitos fundamentais, ou seja, sobre qual critério afirma que um enunciado da Constituição alemã é uma disposição de direito fundamental. O autor procede a uma diferenciação entre normas de direito fundamental estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e normas de direito fundamental atribuídas, o que parece demonstrar certa abertura para superação da semântica no que toca à definição dos direitos. O problema então é que “às normas que são estabelecidas diretamente pelas disposições de direitos fundamentais são atribuídas normas as mais diversas” (ALEXY, 2008, p. 73). Em síntese, como saber quais normas são atribuídas?

A solução, segundo o autor, é a definição de um critério. As normas estabelecidas pelo texto constitucional são facilmente identificáveis, bastando considerar sua validade jurídica ou a referência à posituação no texto constitucional. Para as normas atribuídas, Alexy (2008, p. 74) formula o seguinte critério: “Uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direito fundamental, se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais”.

O problema parece permanecer, já que as regras da fundamentação não levam a um resultado único, o que guia o autor ao final do labirinto que ele constrói – o reconhecimento de que é incerto quais normas são normas de direitos fundamentais:

[...] Mesmo que se abra mão do conceito de norma de direito fundamental atribuída, a questão acerca do que deve valer segundo as disposições de direitos fundamentais permanece com a mesma agudeza. E, visto que há bons motivos para o uso daquele conceito, e como não se cria, com ele,

⁴⁹ A exposição que se segue sobre a teoria dos direitos fundamentais acompanha de forma detalhada a obra de Alexy *Teoria dos direitos fundamentais*, na edição brasileira traduzida por Virgílio Afonso da Silva.

nenhuma dificuldade adicional, tudo milita a favor de sua utilização (ALEXY, 2008, p. 75).

Essa definição do que são normas de direito fundamental atribuídas nada mais é que uma tentativa de identificar os direitos que não estão expressos nos textos, ou seja, dos direitos implícitos, que Dworkin vai chamar de *unenumerated rights*. Alexy justifica a existência – incontestável, diga-se – de direitos que não estão expressos no texto constitucional a partir do recurso à fundamentação.

Alexy estende o conceito para qualquer norma de direito fundamental, explícita ou implícita, afirmando que essas normas são aquelas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais. Nos próximos itens da tese, será demonstrada a hipótese de que o mínimo existencial não encontra uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais quando tomado como um padrão que fixa os direitos mínimos, e não os devidos direitos.

Quanto à estrutura dos direitos fundamentais, Alexy enfatiza a diferença entre regras e princípios, caracterizando-a como elemento crucial de sua teoria, “ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2008, p. 85). A recuperação dessa distinção é essencial ao entendimento da forma como o autor resolve o conflito entre direitos fundamentais.

2.1.1 A Teoria dos Princípios

Tomando regras e princípios como espécies de normas, Alexy (2008, p. 83) sumariza algumas correntes do pensamento jurídico que diferenciam as regras dos princípios para chegar a seu próprio critério, segundo o qual os princípios são mandados de otimização, “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Dessa forma, os princípios não contêm um mandamento definitivo, mas um caráter *prima facie*, e representam razões que podem ser afastadas, se for concedido um peso maior a um princípio antagônico. Ademais, o conteúdo axiológico dos princípios é mais explícito, e são normas mais importantes em termos substanciais, segundo o autor. Nesse conceito, duas questões são relevantes: a gradação – os princípios

podem ser satisfeitos em graus diferentes – e a referência à possibilidade jurídica e não só fática.

As regras, por sua vez, contêm determinações conforme aquilo que é jurídica e faticamente possível e não possuem espaço para gradação: são cumpridas ou descumpridas. Diferentemente do caráter *prima facie* dos princípios, as regras têm caráter definitivo, afastado apenas caso se estabeleça alguma exceção^{50,51}. Nessa concepção axiológica, as regras precedem os princípios.

É interessante o tópico da *Teoria dos direitos fundamentais* denominado “Generalidade e princípios”, no qual Alexy (2008, p.108) tenta justificar por que a característica de generalidade dos princípios também pode estar presente em regras com “alto grau generalizante”. O nível de generalidade é uma característica dos princípios que se identifica inclusive na classificação de Dworkin, entretanto, em última instância, não há como diferenciar regras de princípios. As normas jurídicas, em qualquer grau de abstração ou generalidade, não regulam por si só suas condições de aplicação.

Embora tome regras e princípios como normas jurídicas, os princípios “colidem” e as regras “conflitam”, segundo Alexy. De forma sintética, em um conflito entre regras, ou se introduz uma cláusula de exceção ou uma das regras será considerada inválida. O importante, segundo Alexy, é que se trata de uma questão de validade, e a validade jurídica não admite gradações, ao contrário da validade social ou da importância da norma.

Já em uma colisão entre princípios, o problema se resolve pela precedência ou pela dimensão do peso, e não pela validade. Essa precedência de um princípio sobre outro não é absoluta e se resolve conforme a lei da colisão. Assim, no caso de colisão entre princípios, quando dois princípios parecerem aplicáveis em uma mesma situação, deve-se proceder a um “sopesamento entre os interesses conflitantes”⁵² (ALEXY, 2008, p. 95). A ausência de uma precedência abstrata é algo

⁵⁰ Segundo CARVALHO NETTO, Alexy faz uma leitura enviesada da diferenciação entre regras e princípios de Dworkin,. Segundo o autor, Alexy retoma: “[...]uma concepção de fórmulas metodológicas heurísticas, reduzindo os princípios a políticas, ou seja, a normas de aplicação gradual, retomando as regras como normas capazes de, por si só, regularem sua situação de aplicação, já que seriam aplicáveis na base do tudo ou nada, como se a distinção entre princípios e regras em Dworkin fosse simplesmente morfológica. Os direitos fundamentais que, em Dworkin, condicionam a legitimidade das políticas públicas, na teoria de Alexy, perdem precisamente essa dimensão” (CARVALHO NETTO, 2007, p. 10). Para uma recuperação mais detalhada, vide Alexy (2000, 2008).

⁵¹ Alexy (2008) sustenta que as regras possuem um caráter *prima facie* diferente dos princípios.

⁵² Aspas no original.

que o Tribunal Constitucional Federal não amparou, na interpretação de Alexy. Sobre a teoria das condições de precedência, o autor ressalta:

A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária (ALEXY, 2008, p. 26).

A “lei da colisão” enuncia então que “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência⁵³” (ALEXY, 2008, p. 99). Essa lei é um dos fundamentos da teoria dos princípios de Alexy. Ele ressalva que a lei da colisão estabelece precedências concretas sem a fixação de preferências gerais ou abstratas, tampouco a invalidade de um dos princípios envolvidos.

A teoria das condições de precedência nos leva à dúvida: o princípio da dignidade humana – que fundamenta o mínimo existencial – se submete à lei da colisão? Ou é uma exceção à ideia de que as relações de precedência são relativas? Antes, vale observar que os sopesamentos levam a normas de direito fundamental atribuídas. Em um caso, após a identificação da ocorrência da colisão entre princípios, o julgador verifica qual princípio possui uma precedência geral e, em seguida, formula o enunciado de precedência e uma regra correspondente, ou seja, a decisão. O resultado desse sopesamento, segundo Alexy (2008), é uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido.

Parte essencial da teoria dos direitos fundamentais em análise é a relação entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. A proporcionalidade é deduzível da natureza dos princípios ou, de forma mais precisa, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito e uma das máximas parciais do princípio da proporcionalidade) é decorrente do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais.

⁵³ Vale esclarecer que, na construção de o que são as condições de precedência para a aplicação de um princípio, o autor desenvolve a ideia de que essas condições desempenham um duplo papel, decorrência necessária da estrutura do enunciado de preferência. Em outras palavras, a precedência de um princípio em face dos princípios que com ele colidem, sob certas condições, significa que a consequência jurídica que resulta desse princípio precedente é aplicável se estiverem presentes essas condições de precedência (ALEXY, 2008).

É interessante analisar a jurisprudência brasileira que aplica a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, nas referências quanto ao “princípio” da proporcionalidade, já que o autor é explícito em considerar como regras as três máximas parciais – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –, registrando a impossibilidade de serem sopesadas ou de estarem em uma relação de precedência (ALEXY, 2008). O ponto tem importância relativa, já que a aplicação utiliza a proporcionalidade como parâmetro e não como um princípio que possa ter um conteúdo substantivo.

Princípios são mandamentos de otimização em face de possibilidades jurídicas e fáticas. A proporcionalidade em sentido estrito – o sopesamento – decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Já a necessidade e a adequação referem-se às possibilidades fáticas, e isso parece coerente. Voltando à relação entre regras e princípios, Alexy reflete sobre a hierarquia entre essas normas e a conclusão – considerando o caráter positivista da teoria – não poderia ser outra: o nível das regras goza de primazia. O autor vai longe, afirmando que

quando se fixam determinações no nível das regras, é possível afirmar **que se decidiu mais que a decisão a favor de certos princípios**. Mas a vinculação à Constituição significa uma submissão a todas as decisões do legislador constituinte. É por isso que **as determinações estabelecidas no nível das regras têm primazia em relação a determinadas alternativas baseadas em princípios**.

[...]

Na verdade, aplica-se a regra da precedência, segundo a qual o nível das regras tem primazia em face do nível dos princípios, a não ser que as razões para outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras sejam tão fortes que também o **princípio da vinculação ao teor literal da Constituição** possa ser afastado. A questão da força dessas razões é objeto da argumentação constitucional (ALEXY, 2008, p. 141, grifos nossos).

O “princípio da vinculação ao teor literal da Constituição” é extremamente representativo de traços semânticos na teoria de Alexy, na medida em que seus pressupostos permanecem vinculados à crença no poder de regulação do texto. No estudo de caso proposto, a adoção competente da teoria dos direitos fundamentais de Alexy traria dificuldades em uma flexibilização do critério de renda ou mesmo sua declaração de inconstitucionalidade (afinal, as regras possuem precedência absoluta), mesmo não se aplicando o referido princípio da vinculação ao teor literal da Constituição, já que a regra da pobreza está na legislação e não na Constituição.

Alexy entende os princípios como mandamentos de caráter deontológico e os diferencia dos valores que teriam uma carga axiológica. O princípio *prima facie*

aplicado é aquele devido, enquanto o valor *prima facie* é o melhor, segundo explicita o autor. Mas essa diferença, correta, certamente, não traz consequências internas para a abordagem dos direitos fundamentais que Alexy propõe. O autor anota que o caráter deontológico dos princípios na configuração exposta traz menos interpretações equivocadas, mas não explica como isso ocorre, tampouco acrescenta qualquer outra razão que fundamente uma diferenciação entre princípios e valores, algo central em uma teoria do direito.

Não é possível saber – e isso seria importante – como esse alegado caráter deontológico repercutiria na aplicação da máxima da proporcionalidade ou na lei da colisão. Como um princípio pode ser devido ou não e ao mesmo tempo comportar níveis de aplicação? Alexy não pode negar às normas seu caráter deontológico, então insiste em afirmar que essa característica está presente em sua teoria dos princípios. Como ele próprio confessa, os modelos de princípios e valores são estruturalmente iguais e a opção pelos princípios é apenas pela vantagem de seu caráter deontológico e por trazer menos interpretações equivocadas (ALEXY, 2008).

Ao tratar das objeções a sua teoria no que tange aos princípios e valores, Alexy enfrenta as considerações críticas à ideia de uma ordem hierarquizada de valores, reduzindo as expectativas em relação à possibilidade de se estabelecer um catálogo exaustivo e consensual, caso se comprometa a fazê-lo em níveis mais concretos. Entretanto, a sugestão final do autor não parece muito diferente disso, pois, embora admita a impossibilidade de uma ordenação rígida, adota uma “ordenação flexível” que permite o sopesamento. Essas ordenações flexíveis surgem de dois mecanismos:

(1) por meio de preferências *prima facie* em favor de um determinado princípio ou valor; e (2) por meio de uma rede de decisões concretas sobre preferências.

Uma ordenação flexível dos valores constitucionalmente relevantes por meio de preferências *prima facie* é obtida, por exemplo, quando se pressupõe uma carga argumentativa em favor da liberdade individual, ou da igualdade, ou de interesses coletivos. Uma ordenação flexível por meio de uma rede de decisões concretas sobre preferências é obtida por meio da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (ALEXY, 2008, p. 163).

A grande ameaça que essa teoria impõe à legitimidade do sistema jurídico e ao próprio Estado constitucional está no fato de que as preferências *prima facie* de um Estado, ou seja, o conteúdo dos direitos é fixado pela democracia e consta das normas que enunciam os direitos. Essas preferências já estão fixadas nas normas jurídicas, como então proceder a nova ordenação desses valores que, preferidos,

ingressaram no sistema jurídico pela via democrática? A jurisprudência de um Tribunal, como afirma Alexy em relação ao Tribunal Constitucional Federal poderia ser uma nova fonte?. O tribunal seria essa instância autônoma com legitimidade para construir uma “rede de decisões concretas sobre preferências” que alimentaria as decisões seguintes.

Não fosse pela ideia-mestra de que essa rede é composta por preferências e não interpretações, poderíamos entender a rede de decisões como uma recuperação da história institucional nos moldes que a Integridade enuncia. A recuperação da jurisprudência é essencial na busca pelo equilíbrio entre a segurança jurídica e a justiça. Ocorre que esse processo que leva a sério o que foi decidido busca identificar os princípios que pautaram os julgados, e não outros valores. E essa não é uma diferença que se possa ignorar. Ela traz impactos diretos na forma como os casos futuros serão decididos, principalmente porque essa jurisprudência precisa ser lida como um argumento, e não como uma demonstração do que é mais valioso para aquela comunidade segundo os juízes, ainda que apenas *prima facie*.

Qualquer preferência, no sentido da definição do princípio aplicável, só pode ser construída argumentativamente e em consonância com o caso concreto, sob pena de ameaçarmos a legitimidade das decisões. As decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão podem conformar uma espécie de “rede” que fornece argumentos que contribuem para o delineamento dos sentidos de um sistema jurídico e da interpretação de sua Constituição.

Porém, não pode haver aí uma “ordenação” das preferências. Essas decisões e as críticas que lhes são dirigidas contribuem para a formação da identidade constitucional, mas não podem funcionar como definições abstratas sobre a ordem de importância dos princípios constitucionais. A teoria de Alexy (2008) aposta que a segurança jurídica advirá dessa ordenação jurisprudencial, somada ao respeito ao teor literal do texto da Constituição e da vontade do legislador constituinte⁵⁴.

A existência de lacunas no ordenamento jurídico que fornecem espaço para o exercício da discricionariedade também é um traço extremamente problemático. Ela deriva desse entendimento da teoria que toma os princípios como interesses que

⁵⁴ A referência à vontade do legislador remete à teoria intencionalista ou originalista que aposta na recuperação da vontade original dos legisladores como técnica de decisão. Entender o direito como uma atividade interpretativa baseada em princípios torna o originalismo uma teoria pouco honesta quanto aos seus próprios pressupostos. Para uma crítica completa vide Dworkin, 2003.

são sopesados e podem levar a diversas decisões corretas, fixadas ao final conforme a discricionariedade do legislador. São esses traços que aproximam essa teoria do direito de um marco positivista.

Essa rede também pode ser vista – em continuidade a uma perspectiva interpretativa – como a construção de interpretações e sentidos da Constituição não só pela corte ou pelo tribunal máximo, mas por todos os cidadãos, naquilo que Häberle (1997) tão bem definiu como a comunidade de intérpretes da Constituição. Nesse diapasão, o lugar de guardião da Constituição é ocupado por todos. Nem a tradição, nem qualquer tribunal possuem o monopólio interpretativo da Constituição. Ao insistir na força do tribunal e confundir a história institucional com a eleição dos principais valores da comunidade política, perde-se a aposta na formação compartilhada de sentidos sobre o que uma Constituição constitui e na legitimidade das decisões judiciais que podem advir dos direitos por ela enunciados.

Alexy (2008) enfrenta a crítica de que o sopesamento seria arbitrário, irracional e não passaria de um decisionismo, alegando que tais afirmações só seriam procedentes se o procedimento em foco não fosse fundamentado, se o princípio preferido após o sopesamento não fosse passível de fundamentação racional. Alexy aposta todas as suas fichas na fundamentação do sopesamento como caminho de racionalidade da decisão. Mas a racionalidade desse procedimento é de difícil sustentação. A decisão perante um conflito entre princípios é construída, nesse modelo, a partir da definição de uma relação de preferência condicionada que torna irremediável a dúvida sobre a parcialidade do magistrado.

A “lei do sopesamento” estabelece: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”. (Alexy, 2008, p. 167) A lei do sopesamento é a parte mais importante da máxima da proporcionalidade porque concentra a ideia de aplicação da norma, na forma axiológica da gradação. Alexy se preocupa com a fundamentação do sopesamento, discorrendo sobre formas de estabelecer um método seguro que pudesse auxiliar na definição sobre como sopesar na busca de um “modelo fundamentado”. No entanto, a lei do sopesamento é capaz apenas de regular o que enuncia, ou seja, a necessidade de relacionar o grau de não satisfação ou afetação de um princípio com a satisfação do outro.

Esse grau de afetação de um princípio – que define a relação condicionada de preferência ou o resultado do sopesamento – é o que precisa ser fundamentado.

E essa fundamentação, segundo o autor, pode se basear em qualquer argumento jurídico, mesmo que não relacionado ao sopesamento (ALEXY, 2008). O conjunto de razões dispostos para justificar a afetação de um princípio inclui valorações, segundo Alexy, principalmente quando se trata de conceitos vagos que exigem interpretação. Por isso,

[...] o simples argumento de que os valores desempenham um papel no sopesamento não constitui uma objeção à possibilidade de fundamentação racional das decisões ponderativas, a não ser que se diga que a argumentação jurídica se torna sempre não-racional ou irracional tão logo se adentre o âmbito das valorações não definidas de forma cogente (ALEXY, 2008, p. 172).

É em razão dessa preocupação com as críticas ao sopesamento como uma “fórmula vazia”, que não fornece um parâmetro seguro para a decisão, que Alexy irá associá-la a uma teoria da argumentação jurídica como um caso especial da argumentação prática geral (do discurso moral). O pano de fundo de Alexy é a teoria do discurso racional, que estatui que uma declaração é correta ou verdadeira quando é fruto de um procedimento, no caso, de um procedimento do discurso racional. É no decorrer desse procedimento que as convicções normativas ou fáticas dos indivíduos podem modificar-se, motivadas pelos argumentos apresentados (ALEXY, 2005)⁵⁵.

2.1.2 A teoria das posições jurídicas fundamentais

Como já mencionado, a dogmática dos direitos fundamentais de Alexy é composta não só da teoria dos princípios, mas de uma teoria das posições jurídicas fundamentais. Essas posições estão triplamente divididas em (1) direitos a algo, (2) liberdades e (3) competências.

Nos direitos a algo há uma estrutura composta pelo titular, um destinatário e um objeto, na qual o objeto desse direito é sempre uma ação do destinatário. Pode-se dividir os direitos a algo em direitos a ações positivas e a ações negativas. Os direitos em face do Estado são os que interessam a este estudo. Os direitos a ações negativas em face do Estado, conhecidos como direitos de defesa, que importam em uma abstenção, são divididos por Alexy (2008) em três grupos: direitos de que o

⁵⁵ A teoria da argumentação jurídica de Alexy, em sua primeira formulação, data de 1978.

Estado não impeça ações, não afete determinadas características ou situações e não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito.

Os direitos a ações positivas que os indivíduos têm contra o Estado são, na teoria do autor, o objeto da tese. Os objetos desses direitos dividem-se em ações fáticas e ações normativas. Os direitos a ações positivas normativas são, como o nome indica, direitos à produção de normas. O direito ao mínimo existencial é o exemplo do autor para um direito a uma ação positiva fática. Os “direitos a prestações”, segundo o autor, são, em geral, referências a ações positivas fáticas que também podem ser realizadas por particulares. Nesse caso, a nomenclatura específica seria “direitos à prestação em sentido estrito”. Quando se trata de direitos a prestações normativas, trata-se de direitos a prestações em sentido amplo (ALEXY, 2008, p. 202).

A posição das liberdades informa sobre a proteção às liberdades fundamentais. Alexy esclarece que a liberdade que interessa à teoria do direito em questão é a liberdade jurídica, mas que a base do conceito de liberdade envolve uma relação triádica entre um titular de uma liberdade, um obstáculo à liberdade e um objeto da liberdade. A liberdade positiva tem como objeto uma única ação, enquanto a liberdade negativa consiste em uma alternativa de ação. Segundo o autor, no caso da liberdade jurídica, entre o obstáculo à liberdade e o objeto da liberdade existe uma relação analítica (que na liberdade não jurídica é apenas empírica). Assim, a proibição jurídica é a interdição do objeto da liberdade, especificidade que permite que a liberdade jurídica se baseie na ideia de *permissão*, dispensando a relação triádica mais geral da liberdade (ALEXY, 2008).

Em seguida, o autor discorre sobre as liberdades jurídicas protegidas e as não protegidas, com suas subclassificações⁵⁶. De forma sintética, as liberdades jurídicas não protegidas são as permissões – tanto a ação quanto a abstenção são permitidas. Quando se pensa nas normas de direitos fundamentais permissivas, abre-se um campo de debate sobre seu sentido. A crítica principal seria a ausência de sentido de tais normas, já que normas jurídicas sempre importam na proibição de deveres. Alexy, entretanto, insiste nessa classificação, sustentando que tais normas seriam importantes, já que protegeriam certas liberdades que normas infraconstitucionais não poderiam violar. Já as liberdades protegidas são aquelas

⁵⁶ Para uma visão completa das liberdades, cf. Alexy (2008, p. 218-235).

dispostas em normas que garantem ao titular a possibilidade de realizar a ação permitida (ALEXY, 2008).

No contexto das liberdades protegidas, o que interessa ao escopo deste trabalho é a diferença entre um direito negativo de liberdade em face do Estado e a proteção positiva de uma liberdade em face do Estado, já que para o autor “toda liberdade fundamental é uma liberdade que existe ao menos em relação ao Estado” (ALEXY, 2008). No direito negativo de liberdade reúne-se uma liberdade jurídica, um direito contra o Estado a um não embaraço e uma competência para questionar judicialmente uma violação. Já a proteção positiva precisa da combinação de uma liberdade com um direito a uma ação positiva (ALEXY, 2008). Nesse caso, essa ação positiva pode ser um direito a prestações. Nesse ponto, cabe a citação:

Se, em ambos os casos, se trata de tornar faticamente possível ao portador da liberdade aquilo que a ele é permitido e, nesse sentido, juridicamente possível, então, existe uma coincidência estrutural. Essa coincidência estrutural justifica, a despeito do uso ordinário da linguagem, **chamar de proteção da liberdade também a ligação entre uma liberdade e um direito a uma prestação em sentido estrito, a qual torna possível o real gozo daquilo que é facultativo** (ALEXY, 2008, p. 235).

É difícil essa relação entre o conceito de liberdade e o direito a prestações que um indivíduo tem em relação ao Estado, principalmente porque o autor – nesse ponto – recusa o reconhecimento de normas de proteções positivas na Constituição alemã.

A posição das competências indica “[...] posições que são designadas por termos ou expressões como ‘poder’ ou ‘poder jurídico’ (*power*), ‘direito formativo’ e ‘capacidade jurídica’” (ALEXY, 2008, p. 235). O que interessa aqui é o reflexo do conceito de competência na teoria dos direitos fundamentais. Nesse ponto, tem-se uma separação entre as competências do cidadão e as competências do Estado. Da parte do cidadão, um direito fundamental a uma competência é um direito à não eliminação de uma posição. Uma competência é uma posição criada por uma norma de competência.

O exercício das competências não é nem obrigatório, nem proibido. É algo como uma autorização de que, quanto mais elas existirem, mais liberdade jurídica será garantida ao indivíduo. No que toca ao Estado, as normas de competência são negativas: “Elas colocam o Estado em uma posição de não competência e o cidadão em uma posição de não-sujeição” (ALEXY, 2008, p. 248). Aqui o autor diferencia o que é proibido ao Estado, daquilo que extrapola sua competência.

Assim, após trabalhar a teoria dos princípios e a teoria das posições, Alexy (2008) conceitua o direito fundamental completo como um feixe de posições definitivas, *prima facie*, relacionadas entre si por meio das três formas – direitos a algo, liberdades e competências – e atribuídas a uma disposição de direito fundamental.

Vale lembrar que as normas e posições mencionadas podem ser divididas em três perspectivas: “(1) de acordo com as posições de que se trate no sistema de posições jurídicas fundamentais (2) segundo seu grau de generalidade e (3) segundo se trate de posições com caráter de regra ou de princípio ou, respectivamente, de posições definitivas ou *prima facie*” (ALEXY, 2008, p. 249). Essas são relações possíveis: relação de especificação, relação meio-fim e relação de sopesamento.

2.1.3 Limites aos direitos fundamentais: excesso de racionalidade

No modelo de princípios de Alexy (2008, p. 277-280), com essas posições *prima facie*, “há algo de excedente que pode ser restringido”. Vale o que se denominou teoria externa, que entende que as restrições aos direitos não os compõem, de forma que o conceito de direitos e o conceito de restrições não estão em uma relação necessária, que, ao contrário, só surge quando, externamente, é preciso conciliar os direitos dos indivíduos entre si com os interesses coletivos (ALEXY, 2008).

Em oposição a essa perspectiva, há a teoria interna, que entende os direitos e suas restrições como um único conceito. A restrição é substituída pela ideia de limites, que se referem ao conteúdo dos direitos (ALEXY, 2008). Quanto à correção de uma ou outra teoria, vale transcrever a síntese de Alexy (2008, p. 278):

Saber se correta é a teoria externa ou a teoria interna é algo que depende essencialmente da concepção de normas de direitos fundamentais como regras ou como princípios, ou seja, da concepção das posições de direitos fundamentais como posições definitivas ou *prima facie*. Se se parte de posições definitivas, então, a teoria externa pode ser refutada; se se parte de posições *prima facie*, então, é a teoria interna que o pode ser. (ALEXY, 2008)

A ideia de posições definitivas e posições *prima facie* merece ser explorada. A teoria externa considera, como dito, que há algo de excedente no direito fundamental ou no princípio que pode ser restringido, ou seja, parte da norma – posições ou bens – pode ser restringida. Já na teoria interna isso não é possível, dado que as posições são definitivas e os direitos são violados e não restringidos.

Alexy adota a teoria externa até pela coerência com sua teoria dos princípios, que define os direitos fundamentais como posições *prima facie*. Nesse diapasão, normas só atuam como restrições quando são compatíveis com a Constituição; do contrário, haverá uma intervenção, mas não uma norma que atua na restrição das posições *prima facie*. Regras e princípios podem restringir direitos fundamentais. É relativamente simples identificar regras que restrinjam a aplicação de princípios, mas, em relação aos princípios, a restrição surgirá no caso de colisões.

Havendo um direito *prima facie* aplicável, verifica-se se há restrições. Nessa hipótese, passa-se ao exame da proporcionalidade para decidir se há direito definitivo naquele caso. Ou seja, apenas após esse procedimento é que se identifica um direito definitivo no caso concreto; antes disso, os direitos são apenas posições *prima facie* aplicáveis. A ponderação é um procedimento que transforma os direitos abertos, indeterminados e até excessivos em direitos definitivos. Dessa forma, o legislador pode restringir os direitos fundamentais. Esse é um ponto em que fica clara a diferença de abordagem em relação ao direito como Integridade, em que os direitos são trunfos dos indivíduos em relação ao legislador.

Na teoria interna, os direitos possuem um conteúdo específico e têm limites intrínsecos, no sentido de próprios ao sistema. Não há espaço para a ponderação por essa via, já que o conteúdo dos direitos não depende de uma análise de seu âmbito de aplicação, da identificação do que pode ser restringido. Esse conceito simplesmente não se aplica por essa abordagem. A Integridade é uma teoria do direito mais próxima da abordagem interna por essa característica, pois entende os direitos como impassíveis de ponderação e refere-se ao próprio sistema de direitos e não a razões externas.

Alexy desenvolve longamente sua teoria das restrições dos direitos fundamentais no sexto capítulo da obra em comento, mas o que interessa de forma primordial a este estudo é que, como para a teoria externa há algo de excedente nos direitos, ou seja, que pode ser restringido, o passo seguinte é identificar esse espaço de restrição. O artigo 19, §2º, da Constituição alemã estabelece que nenhum direito

fundamental pode ser afetado em seu conteúdo essencial. Esse conteúdo essencial seria uma restrição das restrições.

Há diversas teorias sobre o que significa esse limite, se é objetivo ou subjetivo, se é absoluto ou relativo, com posicionamentos diversos do Tribunal alemão. Mas Alexy, como não poderia deixar de ser, permanece sustentando sua teoria dos princípios, afirmando que tal norma não cria limites para a máxima da proporcionalidade, ao contrário, é mais uma razão a favor dessa máxima²⁰⁰⁸. Há uma coerência nesse posicionamento, já que interpretar essa norma de outra forma ameaçaria todo o arcabouço teórico, a aplicação da máxima da proporcionalidade e, em última instância, a própria teoria dos princípios do autor.

Nesse diapasão, várias outras categorias são criadas na tentativa de refletir sobre os limites dos limites ou as restrições possíveis aos direitos fundamentais sociais. Além daqueles que nos interessam de forma especial, dignidade da pessoa humana e mínimo existencial (que serão analisados em seguida), e do referido núcleo essencial, a teoria das restrições às restrições tem outros instrumentos: proibição de excesso, proibição de insuficiência e proibição de retrocesso.

A proibição de excesso estabelece que qualquer restrição aos direitos deve ser adequada, necessária e proporcional. A proibição de insuficiência enuncia o dever do Estado de prestar suficiente proteção aos direitos, ou seja, se está obrigado a uma ação, não pode deixar de alcançar limites mínimos (LEIVAS, 2008). A proibição de retrocesso é outro limite dos limites dos direitos fundamentais sociais que atua como “baliza para a impugnação de medidas que impliquem supressão ou restrição de direitos sociais e que possam ser compreendidas como efetiva violação de tais direitos” (SARLET, 2010, p. 78).

Em outro viés analítico, esse arcabouço teórico criado para simplificar a aplicação dos direitos é esvaziado se entendemos a aplicação do direito como uma atividade interpretativa em um sentido mais amplo. Todas essas categorias (núcleo essencial, proibição de retrocesso, proibição de insuficiência, proibição de excesso, limites imanentes) só fazem aumentar o caminho em direção a uma decisão que depende essencialmente de que se levem a sério os direitos envolvidos, as circunstâncias fáticas irrepetíveis do caso, assim como os princípios substantivos que estruturam o sistema constitucional.

É por essa razão que essas categorias são autorreferenciadas e inesgotáveis, visto que nenhuma delas é capaz de cumprir o objetivo a que se propuseram: definir

as condições de aplicação das normas jurídicas. Assim, o próprio direito, como uma categoria aberta, dependente de sucessivas interpretações perde força, porque sua aplicação fica a depender da definição de qual é seu núcleo essencial, qual é seu mínimo existencial, qual dimensão equivale à dignidade humana e assim em diante. É um processo interminável que abre campo para a discricionariedade e sobrepõe sentidos vazios, quando, de fato, basta identificar, nos limites dos discursos de aplicação, o direito devido no caso concreto. Não que o processo decisório seja simples e incontroverso – entretanto, a decisão final depende mais de um equacionamento entre justiça e segurança jurídica do que da articulação desses elementos teóricos.

2.2 Igualdade: um conceito fraco?

No percurso proposto em direção à comprovação da hipótese de que o mínimo existencial, no sentido de um padrão mínimo de direitos, não encontra amparo constitucional, é indispensável analisarmos o princípio da igualdade na jurisprudência e na obra em comento, assim como trazer o conceito de igualdade que merece acolhida no contexto brasileiro. Ao que parece, o Tribunal Constitucional Federal alemão enfrenta maiores dificuldades com a igualdade do que com a liberdade. Essa percepção tem ares de obviedade se formulada com base no igualitarismo liberal de Dworkin.

O referido tribunal parte da fórmula abstrata da filosofia antiga que enuncia que “os iguais devem ser tratados igualmente; os desiguais, desigualmente” e tenta especificar o conteúdo do princípio da igualdade disposto no artigo 3º, §1º, da Constituição alemã de várias formas, todas redundantes e sem conteúdo próprio⁵⁷. As fórmulas do tribunal são tão abstratas e formais que todas terminam por ter o mesmo sentido. São definidas a partir de si mesmas e absorvem a dicotomia

⁵⁷ Embora sem grandes esforços em relação a uma definição conceitual da igualdade, a criação de regras de fechamento de sentido é mais um sinal do excesso de racionalidade dessa jurisprudência, que, ainda que reconheça formalmente os limites da semântica, a cada nova manifestação, renova a aposta na formulação de regras que tentam despotencializar a abertura dos princípios.

igualdade e desigualdade como se bastasse correlacionar essas ideias para saber o que é vedado ao legislador⁵⁸.

De forma objetiva, pode-se afirmar que o que é adicionado à fórmula geral da igualdade é apenas um conceito de arbitrariedade do tratamento desigual: os iguais não podem ser tratados de modo arbitrariamente desigual. Alexy (2008, p. 403), citando a jurisprudência daquele tribunal, explicita que a diferenciação arbitrária ocorre: “Se não é possível encontrar um fundamento razoável, que decorra da natureza das coisas ou uma razão objetivamente evidente para a diferenciação ou para o tratamento igual feitos pela lei”.

Em outras palavras, para se afastar um tratamento igualitário é preciso fundamentação. Os tratamentos desiguais precisam ser justificados e as razões precisam ser racionais, suficientes e corretas. Isso é exatamente o que a aplicação do direito, entendido como uma atividade eminentemente interpretativa, exige: que se busquem os contornos da igualdade naquele caso. É certo, como repete muitas vezes o autor, que a igualdade é um valor, e que existe um problema de valoração nas questões de igualdade. A divergência é quanto a forma como essa dificuldade se atualiza na aplicação do direito.

A abordagem deontológica do direito não nega que os valores são conteúdos do direito. Ao contrário, os casos mais difíceis são normalmente aqueles que demandam decisões judiciais sobre questões de moralidade política, questões sobre as quais as pessoas divergem profundamente. O ponto é que esse valor se transforma em norma ao ingressar no sistema jurídico, e essa mudança traz consigo exigências que não existem quando estamos apenas no nível moral. Afirmar que o princípio da igualdade exige “*prima facie* um tratamento igual e permite um tratamento desigual apenas se isso for justificado por princípios contrapostos” importa em dois problemas sérios para a garantia da igualdade (ALEXY, 2008, p. 409): o primeiro é a possibilidade de gradação, o que fragiliza enormemente a garantia constitucional de ser tratado com igualdade, e o segundo (que, em alguma medida, o próprio Alexy identifica) é que o princípio da igualdade nessa formulação não passa de uma regra de ônus argumentativo.

⁵⁸ Acompanhando Alexy (2008, p. 402), que destaca apenas parte das fórmulas, “é vedado ao legislador tratar (1) o igual desigualmente, (2) o substancialmente igual desigualmente e (3) o substancialmente igual arbitrariamente de forma desigual”.

Alexy propõe uma questão essencial a este estudo: a indagação se o Estado tem obrigações de criar uma igualdade fática. O percurso que traça para responder a essa pergunta evita a complexidade envolvida nas definições do que a igualdade exige e adota o caminho da teoria das normas, formulando um modelo de solução que aceita a igualdade jurídica e fática como princípios constitucionais e parte do enunciado geral de que os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais, desigualmente⁵⁹ (ALEXY, 2008). Na densificação desse enunciado, há duas normas, uma de tratamento igual – “se não houver razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório” – e uma de tratamento desigual – “se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório” (ALEXY, 2008, p. 422). Tratamento é um conceito relacionado a atos, ou seja, a ação estatal é decisiva, e não suas consequências.

As duas normas expressam uma preferência em relação à igualdade jurídica. Para considerá-las em relação à igualdade fática, é preciso acrescentar a ideia de “razão suficiente”. Essa “razão suficiente” pode ser tanto para permitir um tratamento desigual quanto para obrigá-lo. Nas palavras do autor, “no primeiro caso trata-se de uma razão para um não-direito a um determinado tratamento jurídico igual, no segundo caso, de uma razão para um direito definitivo a um determinado tratamento jurídico desigual, que serve ao fomento de uma igualdade fática” (ALEXY, 2008, p. 422).

O primeiro caso é uma restrição ao direito à igualdade jurídica, conhecido, segundo Alexy, como “princípio do Estado Social”; no segundo caso, há uma razão para um tratamento desigual, um direito subjetivo a uma forma de igualdade fática (Alexy, 2008). Ocorre, entretanto, que, como princípio, a igualdade fática terá que enfrentar a lei da colisão, ou seja, duelar com vários princípios colidentes. De novo, a mesma questão: a ponderação destrói o potencial emancipatório da igualdade, na medida em que a envia, a todo momento, a uma arena de touros, onde colide inclusive com sua outra face, a igualdade jurídica, com o princípio da liberdade de

⁵⁹ Esse é um traço do paradigma do Estado Social, superando o paradigma do Estado Liberal: “[...] O princípio da igualdade não mais pode ser entendido como a garantia da igualdade meramente formal e nem tampouco o da liberdade como ausência de leis. A ideia de liberdade agora se assenta na exigência de uma igualdade tendencialmente material, mediante o reconhecimento em lei das diferenças materiais entre as pessoas, buscando proteger o lado mais fraco das várias relações” (CARVALHO NETTO; MATTOS, 2005).

conformação do legislador, com a reserva do possível, com a liberdade negativa etc. E nessa arena a igualdade é uma criança, aprendiz de toureiro, menos hábil, imprevisível e mais trabalhosa.

Dessa forma, embora se engaje na delimitação dos contornos da igualdade, Alexy remete a questão ao final à teoria dos princípios – e de outra forma não poderia ser, sob pena de inverter o sistema de onde parte e considerar a igualdade a virtude soberana também em terrenos constitucionais germânicos. Ele é explícito em afirmar que considerar a igualdade como uma

razão suficiente para a obrigatoriedade de um tratamento desigual [...] não implica nem que a igualdade jurídica ou a liberdade negativa sejam injustificadamente suplantadas pela igualdade fática, nem que a competência para a configuração da ordem social seja transferida em um grau inadmissível do legislador para o Tribunal Constitucional Federal (ALEXY, 2008, p. 423).

Em outras palavras: a igualdade fática não é tão forte quanto parece. Como salvar o princípio da igualdade fática do golpe imposto pela teoria dos princípios de fundo axiológico de onde surge e para onde é remetida? Afinal, as críticas são consistentes: (1) os demais princípios colidentes, em especial da liberdade do legislador⁶⁰, teriam em todos os casos peso maior, então como entender essa igualdade fática como um direito fundamental em sentido pleno?; (2) não há sequer um caso na jurisprudência alemã que aplique o princípio da igualdade fática nesses moldes; (3) para garantir esse direito o Tribunal teria que fazer política social e interferir na administração das finanças públicas; (4) um programa distributivo não pode derivar da Constituição em uma democracia parlamentar, de forma que toda decisão do parlamento a ela precise se ajustar (ALEXY, 2008).

Para argumentar, o autor recupera a força contramajoritária dos direitos fundamentais e a possibilidade de fundamentação racional na defesa das competências do Tribunal Constitucional Federal e afirma que existe uma diversidade de teorias distributivas que fazem da ideia de igualdade algo muito incerto. Além disso, há impactos financeiros e outros problemas na restrição da liberdade do legislador nesse campo, por isso o direito fundamental à igualdade fática não autoriza o tribunal a “impor, contra a decisão do legislador, sua própria teoria de uma distribuição justa” (ALEXY, 2008, p. 426).

⁶⁰ A questão sobre a relação entre o Tribunal Constitucional Federal e o legislador ou o princípio da liberdade do legislador para configuração do social é algo que será novamente abordado adiante (item 2.5.1).

A autorização, segundo acertadamente sustenta o autor, é para que, havendo razões suficientes, a igualdade fática imponha limites à liberdade do legislador de configuração da ordem social. Como os precedentes da corte são decisivos para os juristas na Alemanha, que na maior parte das vezes estruturam suas análises a partir do elogio e da concordância com as manifestações do tribunal⁶¹, a crítica mencionada de que não há casos em que o tribunal garantiu a precedência do princípio da igualdade fática em relação a outros princípios colidentes não é trivial. O caso da assistência judiciária gratuita⁶² foi trazido como exemplo, mas a simplicidade da questão tornou-o insuficiente, e o mínimo existencial surge para ilustrar a aplicação do princípio da igualdade fática.

Segundo o autor, o mínimo existencial pode ser fixado em valores muito baixos, embora, a cada momento histórico, o legislador tenha a obrigação de garantir um padrão jurídico-constitucional. Para definir racionalmente esses parâmetros, o princípio da dignidade da pessoa humana parece não ser tão útil quanto o princípio da igualdade fática, que pode fundamentar melhor direitos concretos relativos a um mínimo existencial adequado.

O autor tem razão nesse ponto. É a igualdade que pode fundamentar uma decisão sobre como atender as necessidades humanas, sobre o que os sujeitos não apenas necessitam para viver, mas têm direito em face da riqueza da comunidade em que vivem. Frise-se que o importante é que as pessoas não sejam privadas de seus direitos em razão de um argumento utilitarista que considera o bem-estar geral, e não a vida daquele indivíduo em condição de vulnerabilidade.

O sentido do princípio da dignidade humana é aberto e indeterminado, sua interpretação é mutável e trata-se de um conceito poderoso. A crítica, entretanto, tem como pano de fundo esse sentido específico empregado na aplicação dos direitos sociais, que fixa a dignidade humana como parâmetro substancial para o mínimo existencial, que correlaciona a dignidade a um padrão geral, fixo, abaixo do qual ninguém poderia viver.

⁶¹ Aqui tomo a análise constante da obra *On the limits of constitutional adjudication* (BENVINDO, 2010).

⁶² O caso refere-se à indagação se a não garantia de assistência judiciária gratuita para um determinado procedimento judicial seria, a despeito da exigência da presença de um advogado, contrária à garantia de igualdade disposta no artigo 3º, §1º da Constituição alemã. Ou seja, como tratar os desiguais – os pobres, no caso – igualmente. O tribunal sustentou que não havia razões para o tratamento desigual e considerou haver uma violação do princípio da igualdade (ALEXY, 2008).

De toda sorte, a estrutura da aplicação dos princípios não se altera no caso da igualdade. A interpretação do artigo 3º, §1º, da Constituição alemã como um feixe de direitos subjetivos que garantem a igualdade não leva a aplicação dos direitos fundamentais a lugar diverso daquele em que se encontrava, já que – novamente – tudo dependerá da máxima da proporcionalidade e, em especial, do sopesamento de valores.

Além da questão da teoria dos princípios, a igualdade como ideal político tem, para Dworkin, dois aspectos: o primeiro exige que o governo trate todos os cidadãos *como iguais*, isto é, como tendo igual direito a igual consideração e respeito de sua parte; e o segundo determina que o governo trate *igualmente* todos os que estão sob seu cuidado na atribuição de oportunidades, ou, pelo menos, que trabalhe para assegurar o estado de coisas em que todos sejam iguais ou mais aproximadamente iguais nesse aspecto. O primeiro aspecto é mais fundamental, pois é dele que o segundo se origina (DWORKIN, 2001).

Conforme as palavras do autor norte-americano, em uma comunidade de princípios há um interesse especial e abrangente por tudo que é igualitário, e o valor universal que se atribui a essa ideia nada tem de metafísico. O que o fundamenta é simplesmente o compromisso de todos em estabelecer o mesmo valor à vida humana. Assim, não há justificativa para que o Estado garanta a alguns apenas um padrão mínimo para a sobrevivência. O direito à igualdade determina que cada um seja tratado com igual consideração e respeito, a despeito de sua pessoa, caráter, origens, preferências, opções de vida etc.

A igualdade reciprocamente reconhecida de modo constitucional a todos e por todos os cidadãos, uma vez que, ao mesmo tempo, a todos e por todos é também reconhecida reciprocamente a liberdade, só pode significar a igualdade do respeito às diferenças, pois embora tenhamos diferentes condições sociais e materiais, distintas cores de pele, adotemos formas de vida diversas, diferentes credos religiosos, pertençamos a gêneros distintos ou não tenhamos as mesmas opções sexuais, nos respeitamos ainda assim como se iguais fôssemos, não importando todas essas diferenças (CARVALHO NETTO; MATTOS, 2005 p. 11).

2.3 Mínimo existencial: uma afronta à igual consideração

Traçado o desenho geral da teoria dos direitos fundamentais de Alexy, a atenção se volta agora aos direitos fundamentais sociais, que são denominados, no

marco em análise, como direitos a prestações em sentido estrito. Antes inclusive de definir o que são os direitos a prestações em sentido amplo e estrito, é preciso esclarecer que a Constituição alemã não traz um rol de direitos sociais, o que exige a atribuição de tais direitos a dispositivos que não expressam essas normas de forma explícita (ALEXY, 2008).

Essa ausência de menção expressa tem um efeito paradoxal: fortalece ainda mais aquilo que a Constituição já elegeu como o “valor” mais fundamental, a proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, parágrafo 2º, da Constituição alemã), ao mesmo tempo em que torna poderoso aquilo que não está expresso, mas é aceito pacificamente na jurisprudência e doutrina alemã: o direito ao mínimo existencial. Nesse contexto, também é importante a cláusula do Estado Social (art. 20, §1º, e art. 28, §1º, 1 da Constituição alemã), que “fixa, de maneira obrigatória, as tarefas e a direção da atuação estatal presente e futura, sem, no entanto, criar direitos subjetivos para sua realização” (KRELL, 2002, p. 48).

A polêmica envolvida na aplicação dos direitos sociais é um dos pontos que justificam um estudo de direito constitucional sobre os direitos sociais e sua aplicação no âmbito dos três Poderes. Os paradigmas do constitucionalismo, a relação da democracia com a Constituição e a igualdade distributiva são questões interconectadas nos direitos sociais. Na teoria dos direitos fundamentais de Alexy, os direitos a prestações são direitos a uma prestação positiva, ou seja, a uma ação do Estado, seja fática, seja normativa, e são direitos subjetivos e de nível constitucional. Todos são relações triádicas entre um titular, o Estado e uma ação estatal positiva. Os direitos a prestações em sentido amplo são divididos em três categorias: (1) direitos a proteção, entendidos como garantias de que o Estado proteja o indivíduo contra intervenções de terceiros; (2) direitos a organização e procedimento, em que procedimentos são sistemas de regras e/ou princípios para obtenção de um resultado; e (3) direitos a prestações em sentido estrito, que são os direitos fundamentais sociais.

Alexy parte do que denomina “ideia-guia”, que nada mais é que um conceito de acordo com o qual os direitos fundamentais são posições tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples (ALEXY, 2008). Essa é uma “concepção básica, ampla e formal” que, segundo o autor, deve ser densificada por concepções substanciais, determinadas na Constituição alemã pelo conceito de dignidade

humana (ALEXY, 2008, p. 449)⁶³. Ambas as concepções dependem de uma argumentação constitucional.

O que nos interessa nessa estrutura teórica são os direitos fundamentais sociais ou direitos a prestações em sentido estrito, que são “direitos do indivíduo face ao Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”⁶⁴ (ALEXY, 2008, p. 499).

O autor diferencia as normas dos direitos fundamentais sociais a partir de três critérios. Tais normas: (1) podem garantir direitos subjetivos ou obrigar o Estado apenas de forma objetiva; (2) podem ser vinculantes ou não vinculantes (normas programáticas) e (3) podem referir-se a direitos definitivos ou *prima facie* (ALEXY, 2008). A mera leitura dessa classificação é suficiente para perceber como as estruturas teóricas que o autor cria ilustram o sistema escalonado, ponderativo, que compõe a obra. Garantem-se direitos fundamentais sociais contra o Estado, importantes ao ponto de merecerem o controle por parte do Judiciário, mas que, na aplicação, podem ser reduzidos pela ponderação de valores. A ponderação de valores enfraquece a garantia do direito, porque abre um flanco para a discricionariedade que pode ameaçar o direito subjetivo que pretende defender⁶⁵.

Há, nos três critérios enunciados pelo autor, um escalonamento na proteção desses direitos, que vão do direito subjetivo, vinculante, definitivo até os direitos a prestações que obrigam o Estado apenas de forma objetiva, não são vinculantes e se aplicam somente *prima facie*. Em outras palavras, esses últimos são meras recomendações sem poder normativo. E vale repetir que se trata de uma classificação de direitos que não estão expressos no texto da Constituição. Não que o desprendimento semântico seja condenável, ao contrário, mas como encontrar tantas classes em direitos que são atribuições de sentido a princípios constitucionais gerais e abstratos? A classificação vale, no entanto, para o esclarecimento do estudioso do direito ao mínimo existencial, pois trata-se de um direito a prestações que goza de grande proteção: é subjetivo, definitivo e vinculante (ALEXY, 2008).

⁶³ As críticas a essa abordagem estão no próximo tópico.

⁶⁴ O acórdão da Apelação 20077200001677-0 SC, relator juiz federal João Pedro Gebran Neto, de 12 de novembro de 2009, já citado na seção 1.3, é exemplo da aplicação desse conceito de direitos a prestações em sentido estrito.

⁶⁵ Novamente a tendência de vincular o direito à saúde a uma avaliação das condições socioeconômicas do requerente, um argumento que cresce no cenário doutrinário, é um exemplo de como a discricionariedade trazida pela ponderação entre um bem-estar geral e o direito individual pode levar a restrições de garantias individuais.

Outra classificação reveladora é quanto à substância: direitos a prestações podem ter conteúdos minimalistas ou maximalistas. O conteúdo mínimo garante ao indivíduo “o domínio de um espaço vital e de um status social mínimos”, e o conteúdo máximo implica a “realização completa” dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 502). Esse conteúdo é de extrema relevância para o objeto em estudo, porque repete a ideia da garantia de mínimos agora referida a todos os direitos sociais. Esses direitos podem então ser garantidos de forma mínima ou máxima. Novamente, surge a ideia de uma gradação na aplicação dos direitos, reafirmando a interpretação axiológica proposta pelo autor.

Para que não restem dúvidas de como a igualdade é um argumento enfraquecido na teoria dos direitos fundamentais em análise, Alexy (2008, p.503) afirma que “o principal argumento a favor dos direitos sociais é um argumento baseado na liberdade”. E desenvolve a ideia a partir da afirmação da liberdade fática – possibilidade de escolher entre alternativas – dependente de atividades estatais. A liberdade fática é importante para a eliminação das necessidades dos indivíduos, para garantir os pressupostos da liberdade jurídica.

Nesse ponto, vale retomar a relação entre liberdade e igualdade. A forma como a liberdade é articulada, no sentido de que é preciso que se garantam condições materiais para seu exercício e não apenas que se evitem impedimentos externos a seu exercício, é fundamento presente na teoria de muitos autores. Dworkin (2002), como já mencionado, entende que a ideia de liberdade está presente no conceito de igualdade. É por essa corrente que se desenvolve a crítica de que a igualdade é um conceito fraco na teoria de Alexy e de que essa disposição inferiorizada da igualdade traz consequências na aplicação dos direitos.

O Tribunal Constitucional Federal interpreta os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados como um sistema de valores em cujo centro se encontra o livre desenvolvimento da personalidade humana e de sua dignidade. Isso pressupõe a liberdade fática. Alexy (2008) reconhece que as possibilidades concretas de agir, indispensáveis à garantia da dignidade, sustentam-se também no princípio do Estado social e da igualdade fática, mas o cerne é a liberdade.

Assim, embora para Alexy a importância dos direitos fundamentais sociais impeça que a decisão sobre garanti-los seja deixada à maioria parlamentar simples, a decisão final sobre quais são esses direitos depende do sopesamento de princípios. O autor define, entretanto, delineamentos desses direitos:

Uma posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser vista como definitivamente garantida se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração (ALEXY, 2008, p. 512).

Em síntese, trata-se da lei da colisão aplicada aos direitos fundamentais. Ao fim e ao cabo, são direitos *prima facie* que serão aplicados conforme a argumentação racional, na esteira da teoria em análise. Relevantemente, essas condições são “necessariamente satisfeitas no caso dos direitos fundamentais mínimos” (ALEXY, 2008, p. 512). Esse é o ponto principal da teoria dos direitos fundamentais contra a qual se constrói a hipótese desta tese: a garantia de mínimos subestima e enfraquece a ideia de igualdade. Ao contrário do que enuncia a igual consideração, há um direito mínimo a uma prestação quando o princípio da liberdade fática tem um peso maior que os demais princípios.

Ricardo Lobo Torres, Ingo Sarlet, Paulo Leivas, Luis Virgílio Afonso da Silva e Ana Paula de Barcellos são autores, no âmbito do direito constitucional, que adotam o mínimo existencial como uma norma também aplicável ao Brasil. Esses juristas, de grande influência na doutrina e jurisprudência brasileiras, assumem a máxima da proporcionalidade e toda a teoria dos direitos fundamentais de Alexy para a aplicação do direito no cenário nacional. O que salta aos olhos na análise desses autores é que, mesmo diante de garantias expressas de direitos sociais constantes da Constituição de 1988, a ideia de mínimos sociais possa ser incorporada como regra ou princípio ao ordenamento constitucional. Por isso, é indispensável à comprovação da hipótese principal deste trabalho proceder à análise crítica do que se construiu sobre o mínimo existencial em *terra brasilis*.

Torres (2009) entende o mínimo existencial como o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, classificado como regra, já que não possui a estrutura axiológica dos princípios e é direito definitivo, sem possibilidade de ponderação. Assim, o mínimo existencial – e não o direito ao mínimo existencial –, o indispensável a uma vida digna, representa o núcleo irreduzível dos direitos fundamentais, seu conteúdo essencial, a parcela indisponível, “último conteúdo” desses direitos, limite à atuação estatal. Vale ressaltar que o mínimo existencial está compreendido no núcleo dos direitos fundamentais, mas “não é qualquer conteúdo

essencial que se transforma em mínimo existencial, se lhe falta a nota específica de direito à existência digna” (TORRES, 2009, p. 89).

Torres classifica o mínimo existencial como uma categoria sem conteúdo específico, mais liga-o ao *maximum welfare*, ou máximo da utilidade, o que revela mais uma confusão no âmbito da Teoria de Justiça de Rawls⁶⁶. Barcellos (2008, p. 288) apresenta uma proposta de concretização do mínimo existencial com quatro elementos, três materiais e um instrumental: “A educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça”. A autora sustenta que o mínimo existencial tem natureza de regra e que sua proposta é fruto de uma ponderação prévia que evita novos processos ponderativos.

Leivas (2008) discorda da fixação do conteúdo do direito ao mínimo social e considera-o um princípio e não uma regra, já que não tem previsão expressa na Constituição. Assim como este estudo, o autor adota a ideia de necessidades básicas, mas a utiliza para desenhar os contornos do que seria o conceito de mínimo existencial, qual seja, a garantia das necessidades de saúde e autonomia⁶⁷. O trabalho do autor é um bom exemplo de uma abordagem principiológica do mínimo existencial. Como já mencionado, a questão não é semântica, pois a expressão pode ser ressignificada de forma a denotar a garantia do direito devido a cada caso, sem que mínimos e máximos atuem como parâmetros. O trabalho de Leivas segue nesse sentido.

Tanto Torres quanto Barcellos atribuem os mínimos sociais à obra *Uma Teoria da Justiça* de Rawls. Trata-se de uma avaliação extremamente controversa, já que há um consenso entre os comentadores de Rawls no sentido de que o princípio da diferença exige uma divisão igualitária dos bens entre todos os cidadãos, e não a fixação de um patamar mínimo de bens e serviços a que cada um teria direito independentemente do cenário geral de riquezas da sociedade. O viés igualitário-distributivo é uma das características centrais da teoria de Rawls, mesmo

⁶⁶ Parte importante do desafio proposta por Rawls na construção de sua teoria é a superação do utilitarismo. Isso se reflete na opção do autor por um princípio maximin. Esse é o princípio que deve guiar as partes nas condições de incerteza em que se encontram na na posição original. Em contraposição ao princípio da maximização da utilidade média, a norma maximin de decisão recomenda que se escolha a alternativa cujo pior resultado possível é superior aos piores resultados possíveis das demais opções.

⁶⁷ Posteriormente, no capítulo 3, a ideia de necessidades básicas será contraposta ao mínimo existencial. Leivas adota a teoria de Doyal e Gough (1994), que entendem as necessidades humanas como históricas, porém universais. Afirmam que as necessidades básicas se vinculam à prevenção de prejuízos graves e as identificam pela presença do sofrimento ou dano e ausência de alternativas.

com as críticas feitas à mudança de perspectiva do princípio da diferença em *Liberalismo político*. Essa interpretação será retomada adiante, mas vale citar um importante comentarista da obra de Rawls no Brasil:

[...] A exigência de dar prioridade aos que se encontram na posição mais desfavorável não é satisfeita somente pela garantia de um mínimo social decente para todos. Uma consideração igual e imparcial pelo bem-estar de todos requer mais do que garantir que o padrão de vida de ninguém cairá abaixo de determinado nível mínimo. As desigualdades acima do mínimo ainda seriam demasiado significativas para serem ignoradas por uma concepção de justiça que pretende fornecer os termos de um acordo unânime. Os menos privilegiados de recursos poderiam razoavelmente rejeitar uma estrutura institucional que lhes impusesse sacrificar suas perspectivas de vida para garantir benefícios muito acima do mínimo para os mais privilegiados (VITA, 2007, p. 253).

Daniel Sarmento sustenta que o direito ao mínimo existencial corresponde à garantia das condições materiais básicas de vida e possui duas dimensões: a dimensão negativa, na qual o mínimo atua como um limite de dignidade, e a dimensão positiva, que envolve um conjunto essencial de direitos prestacionais. O autor também sinaliza uma abordagem principiológica quando afirma que “[...] a inserção ou não de determinada prestação no âmbito do mínimo existencial não pode ser realizada *in abstracto*, ignorando a condição específica do titular do direito” (SARMENTO, 2010, p. 576-577).

Por outro lado, Sarmento acredita que o mínimo existencial também se sujeita à reserva do possível e à ponderação, não podendo ser assegurado sem considerações sobre seu custo. Embora afirme que o mínimo existencial “tende a desequilibrar a ponderação de interesses para favorecer a concessão do direito vindicado” (SARMENTO, 2010, p. 574), o autor afirma não existir um direito definitivo à garantia do mínimo existencial.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em considerar que a reserva do possível não é oponível ao mínimo existencial (AgRg no RESP 1.136.549 – RS, dentre outros). Essa adoção do mínimo existencial não deixa de ser problemática inclusive aos que a adotam. Como não há um detalhamento do mínimo existencial na Constituição Federal de 1988, algumas decisões, embora o mencionem como fundamento do juízo, em realidade, aplicam os direitos sociais garantidos constitucionalmente.

Trata-se de um resultado que parece implodir o marco teórico do qual parte. Como o julgador parece identificar o direito individual no caso concreto, mas precisa argumentar contra a reserva do possível e eventual violação ao princípio

democrático, lança mão do mínimo existencial, adotando a corrente que entende que a reserva do possível não é um argumento oponível nesse caso (embora o seja quanto aos direitos sociais prestacionais).

É notável como a hipótese sobre a aplicação dos direitos sociais se confirma. O que nos vincula é a decisão, e esta independe de qual teoria é mencionada nos fundamentos. O definidor é a maneira como os direitos sociais são entendidos e como o julgador se compromete com a igual consideração. Os mínimos são mencionados em muitas decisões judiciais, mas em alguns casos não são aplicados como mínimos, e sim como a garantia devida. Todavia, a simples aplicação dos direitos sociais dispostos na Constituição Federal de 1988 seria um caminho mais autêntico e adequado ao constitucionalismo brasileiro, além de ser o único que preserva a integridade.

A decisão, inclusive, poderia advir de uma fundamentação mais simples, já que a função do julgador seria identificar o direito no caso concreto, e não realizar procedimentos ponderativos indefinidos. O mínimo existencial poupa disso na fundamentação, uma vez que é o único traço da teoria em que é possível evitar a ponderação. Nisso reside a ironia da aplicação dos mínimos em algumas decisões: ele é trazido à fundamentação da decisão para evitar a ponderação. Daí a importância de uma análise profunda como a aqui proposta.

Aplicada em um contexto constitucional em que os direitos sociais são frutos de conquistas históricas, a ideia de que a reserva do possível não é um argumento oponível aos mínimos sociais termina em alguns casos por se configurar no argumento conveniente para que o julgador assegure o direito no caso concreto. Isso porque a ideia de necessidade básicas, a força vinculativa dos direitos sociais e nossa própria identidade constitucional fazem implodir o conceito de direitos mínimos. Ao final, mesmo a partir de uma teoria problemática, a força da Constituição deixa o julgador com a única resposta correta em mãos. Vale ilustrar:

ADMINISTRATIVO – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – **MANIFESTA NECESSIDADE** – OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES – **NÃO Oponibilidade da Reserva do Possível ao Mínimo Existencial.**

[...]

1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação de poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado

justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.

2. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal (AgRg no RESP 1.136.549, relator ministro Humberto Martins – RS, 8.6.2010).

Assim, mesmo teorias extremamente redutoras do potencial emancipatório dos direitos sociais, como a dos direitos mínimos, podem ter dificuldades em ser aplicadas nos moldes em que são propostas, apesar de continuarem povoando os fundamentos das decisões. Os juízes que garantem os direitos sociais, nos casos em que eles são devidos, estão assegurando a igualdade, ainda que a tratem sob fundamentos equivocados, como mínimo existencial, dignidade, liberdade fática etc.

A opção por uma teoria da aplicação do direito que estruturalmente garante pouca força ao princípio da igualdade tem consequências de diversas ordens. A primeira e mais importante é exatamente a ausência da garantia de ser tratado com igual consideração e respeito, o que pode ser observado nas decisões sobre o direito à saúde que, paulatinamente, caminham em direção à restrição do princípio da universalidade. A segunda é o risco da fixação paulatina do conteúdo desses mínimos e, por fim, o enfraquecimento dos direitos sociais em tempos de crise financeira⁶⁸.

Esse risco pode ser identificado, por exemplo, em manifestações como a de Sarmiento sobre o mínimo existencial já referida. Vale recuperar essa abordagem porque exemplifica um compromisso mais fiel e coerente com o processo ponderativo de aplicação do direito. A teoria do mínimo existencial é levada a sério pelo autor quando ele afirma que as prestações que não compõem o mínimo têm menor chance de êxito, “[...] já que quando elas estiverem em questão, o direito social comparecerá à ponderação com peso reduzido” (SARMENTO, 2010, p. 579). Para Sarmiento, no processo ponderativo, quanto mais essencial a necessidade material envolvida, maior peso terá o mínimo⁶⁹.

Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião reflete uma proposta interpretativa. Isso significa que aquele princípio se

⁶⁸ No STF, sobre a aplicação do mínimo existencial, pode-se citar as decisões da ADPF nº 45, AgReg 271.286-8, RE 436996. Nos Tribunais federais e estaduais são inúmeras as decisões sobre direitos sociais em que a fundamentação traz a idéia do mínimo existencial.

⁶⁹ Observe-se como a ponderação de valores fixa preferências abstratas mesmo que negue que o faz.

ajusta e justifica alguma parte da prática jurídica, bem como oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer (Dworkin, 2003). Considerando que o mínimo existencial não tem menção expressa na Constituição, ou seja, é uma proposta interpretativa, indaga-se: tal norma se ajusta ao sistema jurídico? Além disso, o mínimo existencial é uma idéia suficientemente atraente, capaz de oferecer um futuro honrado? O mínimo existencial justificaria em alguma dimensão a prática jurídica que garante dignidade a todo ser humano, mas ele contribui de alguma forma para que identifiquemos na prática jurídica a coerência de princípio que a integridade requer?

Não. Ainda que entendamos o mínimo existencial como um princípio “não enumerado”, ou seja, não explicitado na Constituição, ele não é uma boa proposta interpretativa se seu sentido está em oposição aos direitos fundamentais garantidos expressamente na Constituição. E a referência ao que está expresso no texto constitucional não é semântica, ela apenas aponta para um traço de coerência daquele texto. A Constituição Federal de 1988 seria um texto menos coerente e mais frágil quanto às exigências de igualdade se garantisse os direitos sociais e, ao mesmo tempo, estabelecesse o mínimo existencial⁷⁰.

As decisões judiciais que garantem direitos sociais, mas citam como fundamento o mínimo existencial são o melhor exemplo dessa incoerência. A menos que reelaborem seu sentido a partir de uma abordagem principiológica, o mínimo existencial não pode conviver de forma harmônica com a garantia de um leque de direitos sociais, sob pena de ameaçar a força normativa dos dispositivos da Constituição.

Como já apontado, os direitos sociais são tomados aqui como densificações do princípio da igualdade, mas o que significa essa igualdade, esse tratamento de todos com igual consideração? O que torna os cidadãos iguais? Ter as mesmas oportunidades, as mesmas riquezas, ou ter o mínimo para viver de forma digna? Se a igual consideração é pré-requisito da legitimidade política, não se pode deixar de lado a questão relativa a o que a igual consideração requer (DWORKIN, 2005).

⁷⁰ O mínimo existencial é essencialmente uma construção jurisprudencial. Além da referência à Alemanha, Portugal é outro País em que o direito ao mínimo existencial é fruto de manifestações do Tribunal Constitucional. Esse é um caso que inclusive se assemelha ao brasileiro, já que a Constituição Portuguesa de 1976 traz um rol de direitos sociais e não menciona o mínimo existencial. De toda sorte, a comparação é parcial já que o mínimo existencial tem um amparo jurisprudencial muito maior em Portugal. Para uma comparação entre os países no que toca ao mínimo existencial vide Bittencourt Neto (2010)

Conforme questiona Dworkin, “seria suficiente a comunidade garantir um nível mínimo de nutrição, alojamento e cuidados médicos para todos e, então, não se interessar por saber se alguns cidadãos possuem muito mais riquezas que outros?”. Essa política trataria com igual consideração aqueles “[...] que continuam sem poder nem mesmo sonhar com a vida que alguns de seus concidadãos têm como certa?” (DWORKIN, 2005, p. XI).

Talvez as circunstâncias concretas de pobreza no Brasil e em outras nações tornem a pergunta sobre o que, exatamente, a igual consideração requer muito ambiciosa. Mas é plausível que as políticas se empenhem em garantir a dignidade das pessoas, uma vida minimamente razoável, até que seja possível estruturar as instituições de forma a ter a igualdade como parâmetro? Há um risco democrático nessa opção que precisa ser considerado. Conforme alerta Dworkin (2005, p. XII),

[...] quando se admite que os membros da comunidade que estão em situação desconfortável não precisam igualar-se aos concidadãos sem conforto, mas somente a um padrão de vida mínimo e razoável, então concede-se demais para despertar a questão essencialmente subjetiva de quão mínimo é o padrão razoável, e a história contemporânea demonstra que aqueles que gozam de conforto talvez não ofereçam uma resposta generosa para essa pergunta. Portanto, mesmo com o que há de lamentável nas atuais circunstâncias, não seria sensato deixar de questionar se a igualdade, e não apenas uma atenuação da desigualdade, deve ser a meta legítima da comunidade.

Usando a nomenclatura da teoria dos direitos fundamentais de Alexy, os direitos sociais são, sem exceção, direitos subjetivos – essa é base do sistema constitucional. São definitivos, no sentido de que são aplicáveis ou não a cada caso, e são sempre vinculantes, porque são normas jurídicas. Como densificações do princípio da igualdade em seu aspecto distributivo, os direitos sociais possuem um conteúdo indeterminado e variável, mas não um conteúdo mínimo ou máximo. Ser tratado com igual consideração significa receber um tratamento devido, na medida exata das possibilidades reais da comunidade política e do caso concreto. Isso não é o mínimo; é, sempre e em qualquer caso, o devido. É a devida consideração que o Estado deve ter com cada um de seus cidadãos.

2.4 Dignidade da pessoa humana: como não perdê-la?

O item 2.1.2 colocou uma questão que vale recuperar: o princípio da dignidade da pessoa humana é absoluto? Há princípios absolutos na teoria dos princípios de Alexy? A teoria das condições de precedência estabelece que não há definições abstratas das relações de precedência entre os princípios, mas o artigo 1º, §1º, 1 da Constituição alemã determina que a dignidade humana é inviolável. Além disso, a norma da dignidade humana ora é regra, ora é princípio, e há “um amplo grupo de condições de precedência que conferem altíssimo grau de certeza de que sob essas condições, o princípio da dignidade humana prevalecerá contra os princípios colidentes” (ALEXY, 2008, p. 111). Então, esse seria um princípio absoluto? Vale refletir sobre o que está envolvido na afirmação de que a proteção da dignidade dos seres humanos pode ser incorporada por um ordenamento jurídico e ser uma norma de dupla faceta.

Essa afirmação quanto ao princípio da dignidade humana insere-se na definição mais ampla de que as disposições e as normas constitucionais podem ter caráter duplo. Alexy considera que compreender as normas de direitos fundamentais apenas como regras ou apenas como princípios não é suficiente. Um modelo adequado exige essa atribuição de um caráter duplo⁷¹. Essa é uma afirmação extremamente reveladora do excesso de racionalidade da teoria. Alexy (2008, p. 113) é explícito: “Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência. O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser realizado em diferentes medidas”.

O autor insiste, quase a ponto de se trair, que a dúvida é fruto de uma série de condições nas quais há um “grande grau de certeza” de que o princípio da dignidade humana prevalecerá – embora afirme, de forma categórica, que a norma da dignidade humana não é um princípio absoluto. Todavia, a proteção da dignidade humana, sendo uma regra, teria aplicação definitiva, então seria absoluta nessa teoria. Decisivo, nesse ponto, é entender que a dignidade humana é a principal fonte jurídica de critérios substanciais, de princípios materiais, segundo o Tribunal Constitucional Federal (ALEXY, 2008).

No Brasil, vale repetir que muitos autores que aderem à aplicação máxima da proporcionalidade tomam a teoria dos direitos fundamentais de Alexy como base e,

⁷¹ Para um detalhamento desse caráter duplo, vide Alexy (2008, p. 141-144).

nessa via, procedem a certa hierarquização dos direitos, tomados como bens, na qual o princípio da dignidade humana assume centralidade. Sarmiento (2002, p. 74) afirma que o referido princípio é o “principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais”. Sarlet (2010, p. 91) ressalta a função do princípio como parâmetro de interpretação e aplicação de todo o ordenamento jurídico:

De modo todo especial o princípio da dignidade da pessoa humana – como, de resto, os demais princípios fundamentais insculpidos em nossa Carta Magna – acaba por operar como critério material no âmbito especialmente da hierarquização que costuma ser levada a efeito na esfera do processo hermenêutico, notadamente quando se trata de uma interpretação sistemática.

Sobre a atuação do princípio como barreira na aplicação dos direitos, leciona Sarlet (2010, p. 99):

Assim, se uma medida restritiva de direito social deve passar pelos testes da razoabilidade e da proporcionalidade, desafiando a declaração da sua ilegitimidade constitucional se não adequada e necessária, também deverá – ainda que adequada e necessária – respeitar a barreira do núcleo essencial e da dignidade da pessoa humana.

O Tribunal Constitucional Federal alemão define a dignidade como uma norma que está “[...] baseada na compreensão do ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de se determinar e de se desenvolver em liberdade” (ALEXY, 2008, p. 356). Alexy entende que a garantia da dignidade humana depende da presença de um feixe de condições concretas e que desse princípio decorrem tanto a liberdade negativa, quanto outros princípios materiais que se referem a condições substanciais. Esse escalonamento dos princípios, que coloca a dignidade da pessoa humana em posição quase absoluta, nos remete a mais um passo importante do estudo. É hora de diferenciar os discursos de aplicação e justificação.

A referência a uma dimensão de aplicação ganha formas mais precisas quando pensada em consonância com a oposição entre discursos de justificação e discursos de aplicação, proposta por Klaus Günther (2004) como uma simples explicitação daquilo que já estaria pressuposto em Dworkin⁷². Segundo Günther, os discursos de justificação, típicos do Legislativo, são regidos pelo critério kantiano da imparcialidade (“atua de tal forma que a máxima da tua ação seja uma lei universal”), o imperativo categórico agora traduzido em termos discursivos: o da sua

⁷² A referência de Günther é à diferença entre a integridade na legislação e na adjudicação, idéia que será pormenorizada no próximo item desse capítulo.

aceitabilidade racional. Se uma norma é passível de ser aceita por todos, em condições discursivas de liberdade e igualdade, então essa norma é universalizável, está justificada, portanto, é válida e legítima. Já os discursos de aplicação, judiciais e executivos, dependem das especificidades e concretudes de cada caso, na medida em que densificam as normas válidas. Nessa dimensão, a aplicação depende da adequação da norma ao caso concreto, e não mais de sua validade. Ou seja, normas legítimas e válidas, por passarem pelo crivo abstrato do critério kantiano, traduzido em termos de aceitabilidade racional, deixam de ser consideradas aplicáveis ao caso concreto por si sós. A dimensão da aplicação requer outro critério de imparcialidade, o da adequabilidade ao caso.

A confusão entre discursos de aplicação e justificação tem consequências sérias para a teoria do direito e isso fica claro no escalonamento de princípios e na aplicação diferenciada do princípio da dignidade humana pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. Em uma ordem axiológica, os valores são organizados de forma hierárquica, exatamente como procede a corte germânica em relação às normas jurídicas, aos direitos. Mas norma não opera como valor, ao contrário, protege bens e valores, tem valores como objeto. A lógica normativa é deontica e binária: constitucional/inconstitucional, legal/ilegal, lícito/ilícito, correto/incorreto. A lógica dos valores é axiológica. Admite e opera mediante gradações múltiplas de preferências.

A ponderação de valores, procedimento que compõe a máxima da proporcionalidade, confunde os discursos, fazendo com que a aplicação de direitos se realize sob bases axiológicas tomadas como racionais. Os valores são aplicados gradualmente, de acordo com a discricionariedade do julgador, tornando-se assim critérios de preferência. Essa forma de aplicar o direito torna o sistema jurídico, no mínimo, inconsistente, já que suprime a validade deontológica das normas e desconsidera as especificidades da natureza normativa do direito.

Como dito, os discursos de aplicação são desenvolvidos para definir a adequação das normas válidas ao caso. Sempre é possível, é claro, mediante as pretensões normativas levantadas em um caso concreto, discutir a validade, a legitimidade, ou seja, a própria constitucionalidade de uma dessas normas considerada em abstrato. Trata-se aqui do próprio objeto do controle difuso de constitucionalidade das leis e, portanto, de uma hipótese de retomada da discussão no campo dos discursos de justificação. No campo da aplicação, por outro lado, não

é a validade, a constitucionalidade da norma que está em questão, mas a adequação das pretensões normativas levantadas às características específicas concretas, datadas e únicas da situação de aplicação.

Em outros termos, a constitucionalidade de uma norma, por si só, nada nos diz acerca da sua aplicabilidade ao caso. Algumas pretensões, apesar de serem válidas em tese, diante dos dados únicos e irrepetíveis do caso do concreto, revelam-se abusivas. Assim, a reconstrução das distintas pretensões normativas diante das especificidades datadas, únicas e irrepetíveis daquele caso concreto é que possibilitará o juízo acerca de qual pretensão normativa constitucionalmente válida será capaz de reger aquele caso específico, sem resíduos de injustiça, não dando curso assim às pretensões abusivas. Os princípios que concorrem na aplicação saem ilesos do processo decisório, na medida em que permanecem válidos, mesmo que não aplicados ao caso.

Essa é uma questão importante para a tese na medida em que nosso objeto de reflexão, a garantia de direitos sociais, fica ameaçado quando o processo decisório judicial se torna discricionário, no sentido de uma mera opção por valores, como se as normas já não houvessem fixado esses valores como bens jurídicos a ser protegidos. Se, como de regra, no caso concreto, revelam-se pretensões normativas válidas em conflito, torna-se imprescindível a recuperação dos elementos fáticos, singulares e irrepetíveis, característicos do discurso de aplicação para o juízo acerca da única decisão correta para aquele caso.

A solução desses conflitos pela máxima da proporcionalidade pressupõe o desconhecimento de que ambas as pretensões a direito em conflito a princípio são válidas e legítimas. No entanto, é precisamente com o discurso de aplicação que apenas uma delas revelar-se-á correta e adequada. As demais serão abusivas, porque descabíveis naquele caso.

Desse modo, a mera existência de normas gerais, abstratas, válidas para todos e reduzidas a textos de direitos positivos incentiva também pretensões abusivas. A tesa da única decisão correta, podemos concluir agora, busca enfrentar a tessitura completa do direito moderno e o desafio da sua correta aplicação. Se assim entendemos Dworkin, podemos ver que o desafio colocado ao juiz é o de encontrar a única decisão correta, a partir da aplicação das normas gerais, abstratas, capazes de passar pelo crivo da aceitabilidade racional.

Quanto à dignidade humana, adotá-la como o valor mais fundamental da ordem constitucional, de forma apriorística, é exatamente confundir os discursos, tomar a adequação pela validade. Se o processo de aplicação do direito for construído de forma hermenêutica, a simples referência à dignidade humana – ou a qualquer outro princípio – não será suficiente para chegar a uma decisão consistente. Sarlet (2010) já demonstrou preocupação com o uso indiscriminado do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento único de decisões que demandam correlações maiores e uma adequação pormenorizada do princípio.

O autor anota que os tribunais brasileiros cada vez mais se valem da dignidade da pessoa humana como critério hermenêutico, embora esse “incremento em termos quantitativos nem sempre corresponda a uma fundamentação consistente da decisão” (SARLET, 2010, p. 92). Segundo avalia, nem sempre a referência ao princípio é acompanhada de uma fundamentação adicional, consistente da decisão, o que termina por fragilizá-lo.

Em termos formais, afirmar que a igualdade é o direito mais fundamental de um Estado não é o mesmo que estabelecer que a dignidade humana é o principal critério substantivo de interpretação da Constituição? Em ambos os casos, não há a definição prévia de um princípio superior? E ainda: qual a diferença entre igualdade e dignidade?

Embora o foco deste trabalho não seja a busca de um conceito de dignidade, mas a análise da aplicação desse princípio no contexto nacional, vale a referência à obra mais recente de Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, na qual o autor se propõe, da perspectiva filosófica, a criar contornos conceituais para a ideia de dignidade humana. Nesse livro, Dworkin (2011) propõe uma teoria ética a fim de responder a o que é viver bem e o que devemos e não devemos fazer em relação às outras pessoas se queremos viver bem. O autor opta por uma *austere view* sobre a moralidade que possa guiar o padrão ético que procura, no qual não é possível justificar um princípio apenas demonstrando que ele promove os desejos de alguém ou de todos a curto ou longo prazo.

A ética, no projeto que Dworkin (2011) desenvolve, é uma questão de ideal e não apenas uma questão sobre o que as pessoas felizes fazem ou quais são seus interesses. A linha mestra desse projeto é a procura de um padrão sobre como devemos buscar nossos objetivos de forma harmoniosa e capaz de justificar nossos

juízos sobre as obrigações, os deveres e as responsabilidades que temos em relação aos outros.

Dworkin assevera que devemos diferenciar viver bem de ter uma vida boa. Segundo ele, viver bem significa esforçar-se para construir uma boa vida, sujeita apenas a certas restrições essenciais à dignidade humana. Esses dois conceitos – viver bem e vida boa – são interpretativos, mas nossa responsabilidade ética inclui a tarefa de encontrar concepções apropriadas para ambos⁷³ (DWORKIN, 2011).

A ideia de dignidade humana é central nesse projeto. Inserindo-se no campo da ética e dos princípios éticos (e não políticos), o autor define um conceito de dignidade para desenhar um conteúdo da moralidade. É explícito no livro que a preocupação é com a moralidade pessoal, de forma que a moralidade política – que nos interessa – é algo que o autor já desenvolveu anteriormente, mas que retoma na parte final da obra, agora relacionada ao conceito de dignidade. Dworkin (2011) é claro ao definir dignidade humana, ressaltando que a ideia geral está presente nas declarações de direitos humanos, nas Constituições dos países, mas também é usada muitas vezes como um “pseudo-argumento ou apenas para impor uma responsabilidade emocional”, o que é vergonhoso, considerando a importância da ideia, nas palavras dele.

Dworkin (2011) assume a tarefa de construir um conceito claro e atrativo de dignidade, que, para ele, é composta por dois princípios: o princípio do autorrespeito e o princípio da autenticidade. O princípio do autorrespeito enuncia que cada pessoa deve levar sua vida seriamente, cada indivíduo deve aceitar que viver sua vida de uma forma bem-sucedida tem mais valor que desperdiçá-la. Em outras palavras, é objetivamente importante que cada um cuide de sua vida, que pense que é importante viver bem e que é um erro não cuidar da forma como se vive.

Vale ressaltar a importante anotação que Dworkin faz sobre o princípio do autorrespeito, no sentido de diferenciá-lo da reivindicação ortodoxa, embora obscura, de que a vida de cada pessoa tem um valor intrínseco e igual ao de qualquer outra (princípio do igual valor). Esse princípio ortodoxo enuncia que a vida das pessoas tem o mesmo valor e contribui para saber como elas devem ser

⁷³ É cara à teoria de Dworkin (2002, p. 213) a diferença entre conceito e concepção. O conceito é uma ideia mais geral, a concepção é uma forma particular de detalhar o conceito. Mas a diferença não é apenas de nível de detalhe, mas do que exatamente compõe o conteúdo da concepção ou do conceito, se um significado geral no qual meu ponto de vista não é central ou se uma concepção centrada exatamente em um ponto de vista particular.

tratadas, mas esse é um princípio eminentemente moral e não ético. O princípio do autorrespeito tem uma conexão com o princípio do igual valor, mas é diferente, já que descreve a atitude que as pessoas devem ter com suas próprias vidas, de uma forma não apenas subjetiva (DWORKIN, 2011).

O princípio da autenticidade diz que cada pessoa tem a especial responsabilidade de identificar o que é importante em sua vida, de levar uma vida coerente para si mesma. Dworkin (2011) menciona como a ideia de autenticidade é importante na filosofia existencialista de Kierkegaard e Nietzsche e refere-se à ideia nietzscheana de *style*, uma forma de viver que combine com sua situação, não em razão de convenções ou da expectativa ou demanda dos outros, mas de uma escolha autêntica.

Nesse ponto, o autor defende-se da eventual crítica de que a autenticidade seria um conceito elitista, afirmando que elitismo é pensar que apenas quem tem riqueza, educação ou sensibilidade pode levar uma vida autêntica. A autenticidade, entretanto, tem dimensões, pois exige um compromisso com os padrões escolhidos e a capacidade de reconhecer atos que podem ser uma autotraição (DWORKIN, 2011).

No projeto ético de Dworkin, há algo errado em uma vida sem autenticidade, que não procura “o valor” ou a “narrativa” correta, qualquer que seja a vida escolhida, considerando-se que a autenticidade é um princípio com um valor próprio e uma importância objetiva (aliás, essa objetividade é parte indispensável de todo o projeto do autor⁷⁴). A ideia ampla de dignidade tem várias consequências para o projeto ético que Dworkin constrói, mas nos interessa, de forma especial, a “transição do pessoal para o político”, ou seja, a localização da ideia no plano da comunidade política, a moralidade política. Nesse ponto, vale a citação:

Ética estuda como as pessoas melhor administram suas responsabilidades em viver bem, e a moralidade pessoal que cada um, como indivíduo, deve em relação aos demais. Moralidade política, ao contrário, estuda o que todos juntos devem aos outros como indivíduos quando eles agem na, e em nome, dessa pessoa coletiva artificial (DWORKIN, 2011, p. 327, tradução nossa).

Dworkin (2011, p. 328) trabalha a moralidade política pela ideia de direitos, ou seja, nesse campo, os “direitos atuam melhor que os deveres ou obrigações”, e retoma sua assertiva clássica de que os direitos são trunfos perante qualquer

74 Embora compartilhe com o Dworkin a crítica aos enfoques não cognitivistas, Habermas discorda da existência de fatos morais e prefere a referência a direitos (Habermas, 1999).

justificação contrária para a ação política. A garantia da igual consideração e respeito como a principal fonte de legitimidade dos direitos é uma tese de Dworkin já exposta neste estudo. Já a dignidade humana é mais que um princípio constitucional na teoria de Dworkin, é um fundamento ético.

Mas a dignidade e seus dois princípios, autorrespeito e autenticidade, também estabelecem exigências ao Estado: atuar com igual consideração pelo destino de todos e com respeito pela responsabilidade de cada um (DWORKIN, 2011). Em outras palavras, o Estado deve garantir espaço para o autorrespeito, para que as pessoas não tenham vidas triviais e possam assumir a responsabilidade por suas escolhas. O Estado então não só é moldado pela dignidade como a tem como objetivo (DWORKIN, 2011).

A partir da recuperação das origens da idéia de dignidade (status social) e sua transformação em cidadania, Habermas (2010) entende que os direitos humanos possuem uma face de Janus, moral e jurídica, mediada pela dignidade humana. Entende a dignidade como fonte moral dos direitos humanos e que essa relação interna entre a dignidade e os direitos humanos explica o conteúdo moral e as características distintas desses direitos. Em uma reflexão sobre a dignidade, Waldron (2007) também considera que há uma dualidade, já que a dignidade atuaria como fonte e como conteúdo dos direitos fundamentais

De toda sorte, a igualdade material, como princípio constitucional que se densifica nos direitos sociais, exige que o Estado trate com igual consideração todos os cidadãos, mas também exige o igual respeito. Esse ponto aproxima os princípios da igualdade e dignidade, entretanto, a garantia de dignidade não é suficiente. Há ainda um dever igualitário que depende de uma estruturação que não recompense de forma especial nenhum conjunto de habilidades, qualidades ou sorte dos indivíduos. Embora correlacionadas, a igualdade não se exaure na dignidade. E, em termos de princípios constitucionais, a igualdade não é um princípio superior ou com mais valor que a dignidade, no sentido de ter precedência na aplicação dos direitos, já que, como dito, a validade não é uma questão nesse momento.

A importância da dignidade como um fundamento ético da comunidade de política não a transforma no primeiro princípio da Constituição, que deve prevalecer em todos os casos ou na maioria das vezes. Da mesma forma, tomar a igualdade como o princípio mais essencial de uma comunidade política tem um sentido forte nos discursos de fundamentação. O princípio ético não se aplica da mesma maneira

que o princípio jurídico. Como dito, os discursos de aplicação se desenvolvem sobre bases deontológicas, e o direito garantido aos indivíduos na esfera judicial depende de condições concretas, avaliadas no caso. A importância da dignidade humana ou da igualdade não salva o julgador do enfrentamento da questão que lhe é posta nos casos que precisa decidir. Em outras palavras, a importância ética da dignidade não altera o caráter interpretativo da atividade de aplicação do direito, tampouco as demais exigências da Integridade.

2.5 Política e Constituição

Nesse ponto, será detalhada a hipótese de que a garantia judicial dos direitos sociais não viola a democracia, ao contrário, enriquece-a, ao oferecer à comunidade política um fórum de princípio que atua em nome da justiça, assegurando não apenas o bem público ou o interesse coletivo, mas os direitos de cada indivíduo. Essa é uma questão importante e que angustia os julgadores nos casos em que precisam analisar a constitucionalidade de políticas públicas e decidir sobre os direitos dos indivíduos em face de obrigações do Estado. A perspectiva positivista ou convencionalista aplaca essa angústia ao custo dos direitos. A recuperação das decisões judiciais do STF no caso do BPC realizada no primeiro capítulo demonstra como o argumento da democracia é forte quando é preciso avaliar se a definição política presente na lei atende aos princípios constitucionais.

Os ataques à justiciabilidade dos direitos fundamentais serão rebatidos da seguinte forma: na primeira seção, o argumento da democracia e da importância da deliberação pública será trabalhado. Na segunda seção, o princípio da reserva do possível, e na terceira, a tese de que a judicialização prejudica a administração pública. Nesse último item, o princípio da separação de poderes será abordado no contexto da defesa de que, na busca por uma justa distribuição dos bens ou recursos, é possível tomar decisões corretas.

Além desses argumentos, não se perde de vista a afirmação do ministro Jobim, já referida no julgamento da ADI nº 1.232, que decidiu pela constitucionalidade da LOAS, de que a regra da pobreza definida na referida

legislação para a concessão do BPC é “um problema da própria lei”⁷⁵. Como já mencionado, há nessa afirmação uma negativa de força aos direitos individuais que nos remete à legitimidade do direito.

Habermas (2002, p. 292) analisa a questão da legitimidade do direito com base na teoria do discurso, partindo da proposição fundamental de que “regulamentações que podem requerer legitimidade são justamente as que podem contar com a concordância de possivelmente todos os envolvidos enquanto participantes em discursos racionais”. Essa afirmação pressupõe o uso da linguagem orientada para o entendimento, a fim de aproximar razão e vontade e chegar a convicções sobre as quais os sujeitos podem concordar, sem coerção.

Habermas (2003) nos recorda que os cidadãos, ao atuarem politicamente, já estão inseridos no *medium* do Direito. Nesse momento o “código jurídico” já se faz presente e estruturado com base na existência de sujeitos de direito, ou seja, indivíduos portadores de “direitos subjetivos reclamáveis”. Assim, somente um procedimento democrático possibilita aos cidadãos usufruírem de suas liberdades subjetivas de forma igualitária e, por outro lado, só com autonomia privada os cidadãos estarão capacitados a fazer uso correto da sua autonomia pública.

A legitimidade, então, do sistema de direitos advém tanto das formas de comunicação nas quais a opinião e a vontade se formam e nas quais a autonomia pode se manifestar, quanto do próprio asseguramento das autonomias privadas e públicas. Esse é um complexo circular que permite aos interessados ser tanto autores quanto destinatários dos direitos. Essa equiprocendência das autonomias pública e privada, tão reveladora da interdependência entre Estado de Direito e democracia, é a chave para a questão da cidadania e do reconhecimento (CARVALHO NETTO, 2001). Nas palavras de Habermas (1997, vol. II, p. 146):

Ao tratarmos da fundamentação do sistema de direitos, descobrimos que a autonomia das pessoas privadas remete à legitimidade do direito e vice-versa. Sob as condições de uma compreensão pós-metafísica do mundo, só tem legitimidade o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos que possuem os mesmos direitos. Estes, por seu turno, só podem perceber, de maneira adequada, sua autonomia pública, garantida através de direitos de participação democráticos, na medida em que sua autonomia privada for assegurada.

Os cidadãos do Estado precisam ser suficientemente independentes na configuração de sua vida privada para fazerem uso adequado da autonomia pública.

⁷⁵ Item 1.1.2, Capítulo 1.

Da mesma forma, “cidadãos da sociedade” só podem gozar simetricamente sua autonomia privada se, como cidadãos do Estado, fizerem uso adequado da autonomia política. É o que enuncia a tese habermasiana de equiprimordialidade entre as autonomias pública e privada (HABERMAS, 2003, p. 155).

2.5.1 A igualdade política e o argumento da democracia

A igualdade, como uma questão importante de moralidade política, traz duas questões principais para Alexy (2008): como fundamentar racionalmente os juízos envolvidos na ideia de igualdade e a quem compete decidir de forma vinculante sobre esses juízos – o juiz ou o legislador2008. Segundo a jurisprudência mais consolidada referida por Alexy, o Tribunal Constitucional Federal alemão, em questões de igualdade, garante ampla liberdade de conformação ao legislador2008. Esse é um ponto importante que toca em questões fundamentais que a dita “judicialização dos direitos sociais” faz emergir. A principal delas é a igualdade política.

Alexy (2008, p. 412-413) refuta os ataques à competência do Tribunal Constitucional Federal alemão para se manifestar em questões sobre justiça – e o risco de se tornar uma “corte de justiça com competências ilimitadas” – pela afirmação da discricionariedade do legislador e do âmbito de valoração do parlamento nas decisões sobre igualdade2008. O autor sustenta que o tribunal é competente para delimitar as competências do legislador e que algumas de suas decisões têm precedência em relação à do legislador2008.

Essa é uma afirmação com ares de revelação. Certamente a jurisdição constitucional pode e deve manifestar-se sobre questões de igualdade, mas a precedência das decisões do tribunal e sua liberdade para definir as competências do Poder Legislativo é algo que precisa se conectar com a Constituição e com a democracia. A abordagem axiológica da qual o autor parte leva a ordens de precedência como essas, que colocam a jurisdição constitucional em posição de maior relevância em relação à legislação. Não se trata, todavia, de uma queda de braços. A legitimidade do controle de constitucionalidade não advém de uma maior

importância da instância judicial, mas como uma derivação da Constituição, como aquisição evolutiva.

O desafio da aplicação do direito ganha luzes na garantia dos direitos sociais – aqui entendidos como a garantia constitucional da igualdade distributiva. Alexy, para defender as prerrogativas do tribunal alemão, pondera, com parcial razão, que a ideia de que a interpretação constitucional exige valorações do intérprete não pode ser um argumento contra a vinculação ao enunciado da igualdade, a menos que o entendêssemos como o mesmo que afirmar a subjetividade pura da decisão judicial. Defender a possibilidade de garantia judicial da igualdade é defendê-la como um princípio constitucional. Ainda que a hipótese seja a de que tal princípio tem pouca força no contexto constitucional germânico, isso não diminui a importância de assegurar um espaço contramajoritário para garantia dos direitos.

Voltando ao foco, é a ideia de igualdade política – ou, em outro marco, de necessidades políticas, ou de distribuição do poder político e, em síntese, de funcionamento da democracia – que conforma o pano de fundo da discussão trazida por Alexy sobre os níveis de liberdade ou vinculação do legislador político ao enunciado geral da igualdade. A hipótese da tese nesse ponto é que a garantia judicial dos direitos sociais não viola a democracia ou a igualdade política. Pelo contrário, essa garantia as enriquece, pois provê a comunidade política de um fórum de princípio que atua em nome da justiça e assegura não apenas o bem público ou o interesse coletivo, mas também os direitos de cada indivíduo. Essa é a resposta de Dworkin ao argumento da democracia.

Com o subterfúgio de garantir direitos individuais, o Poder Judiciário poderia impedir a deliberação pública, restringindo a autonomia pública dos cidadãos? Os juízes sempre podem tomar decisões erradas, mas se a questão submetida for uma questão de direitos e o Poder Judiciário atuar como um fórum de princípio, decidindo com base em argumentos jurídicos, a resposta é não. A autonomia pública dos cidadãos não será violada porque, se a decisão respeitar a Integridade, nada diferente do que já está endossado na Constituição advirá do caso.

2.5.2 Reserva do possível: um exercício teórico

Objetivamente, as principais críticas à justiciabilidade dos direitos sociais são o argumento da democracia, o princípio da separação de poderes e a reserva do possível. A seção anterior tratou da relação entre democracia e Constituição, e a próxima retomará a separação de poderes para discutir a diferença entre decisões políticas e jurídicas. Nesta seção, será enfrentado um dos principais argumentos contra a justiciabilidade dos direitos sociais, de forma a fechar o círculo em direção à comprovação da hipótese de que os direitos sociais garantem a igualdade política: a reserva do possível.

O princípio da reserva do possível nada mais é que o argumento da democracia reduzido ao orçamento. Essa é a forma como tal princípio é aplicado pelo Tribunal Constitucional Federal, no sentido de uma reserva democrática que interrompe as manifestações judiciais após certo limite básico social (KRELL, 2002). Preocupações com os custos dos direitos, com os impactos financeiros da garantia de direitos, são trazidas nas decisões e na doutrina brasileira como razões contra a garantia judicial dos direitos sociais.

Na decisão já transcrita da Ministra Ellen Gracie no julgamento do agravo regimental na Reclamação 2303/RS fica claríssima preocupação com o impacto financeiro de eventual decisão sobre a política assistencial, argumento que, em várias outras ocasiões, principalmente em referência ao direito à saúde, a Ministra Ellen reafirmará. Os Ministros Celso de Mello (RE-AgR 410715, 436996 e AI 677274) e Gilmar Mendes também têm votos e decisões nas quais a reserva do possível e os limites orçamentárias são evocados como razões importantes na discussão dos direitos sociais (SL 228, STA 238, 268 e 277), embora ambos garantam os direitos envolvidos em vários casos.

Na doutrina, Amaral (2001), Canotilho (2010) e Sarlet (2010) sejam alguns dos importantes doutrinadores que se preocupam com a reserva do possível. Sarlet (2010) inclusive detalha a reserva do possível como um argumento que envolve não apenas a efetiva existência de recursos, mas a disponibilidade jurídica de disposição e a razoabilidade do pedido (SARLET, 2010)

Acompanhando a análise da teoria dos direitos fundamentais de Alexy, vale recuperar como essa teoria enfrenta essas críticas, já que, apesar de a aplicação se reduzir à ponderação de valores, os direitos a prestações em sentido estrito são defendidos pelo autor e reconhecidos pela jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional mesmo sem a previsão expressa no texto constitucional.

Os direitos sociais são a garantia constitucional de justiça distributiva, ou seja, são contornos pré-definidos pela Constituição para a regulação da ordem social. Esses contornos, como no caso do BPC, precisam estar presentes na política pública, o que equivale a dizer que estarão dispostos na política orçamentária, que, em grande medida, é o espelho das definições políticas. Os evidentes efeitos financeiros dos direitos sociais – mesmo sendo mínimos – seriam ameaças, já que poderiam deslocar para o tribunal a política orçamentária referida. O modelo de direitos sociais de Alexy (2008, p. 513) responde a essa indagação afirmando que o princípio da competência orçamentária do legislador não é absoluto ou ilimitado e que “os direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras. [...] Todos os direitos fundamentais da Constituição alemã restringem a competência do legislador, e muitas vezes eles o fazem de forma incômoda para o próprio legislador”²⁰⁰⁸.

O curioso é que esse potencial emancipatório dos direitos sociais é, no decorrer do raciocínio, enfraquecido pela ideia de direitos mínimos. Aliás, ao que parece, os mínimos são a salvação argumentativa dos direitos sociais, porque permitem que a liberdade fática seja garantida sem maiores ameaças financeiras. Além do sopesamento, da aplicação *prima facie*, os direitos sociais, se garantidos, podem ser limitados à escala mínima, o que é muito pouco para a igualdade, mas é o máximo para a liberdade⁷⁶. Em conclusão, a reserva do possível é uma cláusula que “expressa simplesmente a necessidade de sopesamento desse direito” (ALEXY, 2008, p. 515).

O que isso significa? O que a redução da aplicação de todos os direitos, mesmo com construções conceituais próprias, à fórmula do sopesamento significa em última instância? Significa que o direito é uma atividade interpretativa e que as decisões judiciais dependem da teoria do direito adotada pelo julgador. Uma teoria que opta pela interpretação dos princípios como valores que podem ser assegurados em menor ou em maior grau garante, ao fim e ao cabo, muito pouco.

Afinal, se é possível escalonar direitos sociais, só mesmo um ideal progressista, um dever moral de solidariedade ou um espírito franciscano para garantir a devida igualdade e não o mínimo possível. Essa redução de todos os princípios envolvidos na aplicação dos direitos sociais à fórmula do sopesamento

⁷⁶ Isso fica claro quando Alexy (2008) responde à crítica de que os direitos sociais seriam desastrosos em épocas de crise financeira, já que poderiam estendê-la até o nível constitucional.

nos remete à argumentação já desenvolvida sobre a diferenciação dos discursos de aplicação e justificação.

Holmes e Sunstein (1999) são referência obrigatória na reflexão sobre os custos dos direitos e a referência à obra “The Cost of Rights – Why liberty depends on taxes” é freqüente nas publicações nacionais e internacionais sobre o tema. A questão proposta pelos autores – quanto custa um direito – é importante porque entrecruza política e direito, sem diferenciar os direitos positivos dos negativos.

Todavia vale observar como a reflexão sobre os custos impacta na medida em que traz à tona o aspecto financeiro de garantias indispensáveis para a organização e realização da justiça em comunidades políticas, ou seja, os direitos. Dito de outra forma, a obra referida e a literatura que se preocupa com os custos dos direitos têm poderosos inimigos no processo de convencimento de que o orçamento é um limite para a garantia de direitos: a Constituição e a justiça.

Porque embora não seja possível, nem adequado desconsiderar os limitados recursos com os quais todas as nações convivem, em maior ou menor grau, é indispensável frisar que as inevitáveis seleções ou alocações podem ser justas ou injustas, corretas ou incorretas, justificadas ou não. Dessa forma, é preciso resistir ao argumento da reserva do possível não pela negativa de que os direitos têm custos ou pela ingenuidade que nega a escassez, mas pela afirmação de que esse é um argumento deslocado na jurisdição.

De toda sorte, também é possível entender a reserva do possível à sua melhor luz, ou seja, ultrapassar o mau uso que ela recebeu na doutrina e jurisprudência brasileira para levá-la a uma reflexão aprofundada sobre filosofia política. A reserva do possível só faz sentido se significar algo bem diferente do que é, mas isso não torna a reflexão um desperdício. Se interpretarmos a utilização da reserva do possível como um argumento que expressa a dúvida do julgador sobre o que são direitos fundamentais, talvez valha a pena gastar mais um tempo nessa questão.

Se a reserva do possível for expressão, na argumentação judicial, de uma dúvida sobre nossas decisões políticas, sendo o orçamento apenas um campo reflexo dessas escolhas, nossos juízes estarão sinalizando dúvidas genuínas e solúveis, embora mal colocadas. São genuínas porque manifestam indagações plausíveis, com reflexos práticos e que só encontram soluções temporárias, já que, no caso dos direitos sociais, expressam questões complexas sobre política, sobre o

que é valioso para a comunidade e sobre como distribuir isso. As decisões políticas podem ser constantemente refeitas – as políticas públicas podem mudar – e só são interrompidas, de tempos em tempos, quando a locomotiva democrática está em movimento ou, de forma menos simplista, quando se atinge um consenso político, sempre temporário e mutante.

É certo que os direitos políticos ou fundamentais também são mutáveis, mas o processo de alteração em nosso modelo constitucional é mais difícil – e aí se encontra uma de suas grandes características, a rigidez da norma constitucional. A reserva do possível nos fornece, na argumentação em curso, uma chance de explicar – em outro giro – por que a pergunta sobre direitos políticos não é e não pode ser a dúvida posta nas ações individuais sobre direitos sociais e por que, nesse ponto, as ações coletivas são infinitamente mais complexas, sob a ótica dos limites entre a Constituição e a democracia.

A tese aqui é que os juízes respondem, com o argumento da reserva do possível, a uma pergunta que não lhes foi posta. Suas respostas, portanto, estão mal colocadas. Pelo menos nas ações individuais, o julgador não tem que definir os contornos distributivos e éticos da política pública, pois é apenas o direito daquele indivíduo que está em questão. Esse deslocamento da ideia de reserva do possível para uma pergunta política mais ampla de justiça distributiva propõe um exercício exclusivamente analítico, mas que parece capaz de ajudar a identificar confusões na dogmática brasileira sobre os direitos fundamentais, sobre o direito constitucional e, em última instância, sobre a teoria do direito.

Conforme já exposto a respeito das ações coletivas, no caso das ações individuais não há uma interrogação sobre conformações gerais na administração e alocação de recursos, mas uma pergunta individualizada: há ameaça ou violação de direitos? A pergunta é sobre direitos e não sobre metas políticas. Como ressalva Dworkin, os direitos são trunfos sobre o tipo de argumento que normalmente justifica a ação política, ou seja, a negociação de interesses. Se a questão envolvida está limitada a princípios que não se subordinam à escolhas, a decisão do julgador está no âmbito normativo e não no âmbito político. Sendo assim, a tarefa é interpretar as disposições de direito e não definir preferências entre bens.

2.5.3 Igualdade e Justiça: decisões com base em princípios

Ressalte-se que, nesse último ponto, o que interessa a este trabalho é menos um estudo geral do princípio da separação de poderes em um Estado Democrático de Direito e mais uma reflexão sobre como as decisões políticas, de justiça, podem ser corretas. A tese aqui é que a separação de poderes é a forma do constitucionalismo que possibilita que os argumentos de direito e de política se diferenciem, ainda que ambos se estruturam na Constituição. Essa diferença de tipo, de espécie de razões, de argumentos que são disponíveis à política e não ao juiz precisa ser considerada na análise das políticas públicas. E é isso o que a separação de poderes garante, uma separação sistêmica que contribui para a realização dos direitos ao garantir um espaço decisório diferente para o gestor e para o juiz.

Dessa forma, não há um duelo entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo, mas sim o compartilhamento de problemas difíceis, porém não dramáticos, no sentido de moralmente insuperáveis⁷⁷. Questões difíceis, do ponto de vista da moralidade política e da justiça distributiva, só encontram solução se decididas de forma fundamentada, nos limites argumentativos de quem decide. Esses limites ficam claros quando se recupera a diferenciação entre os discursos de aplicação e justificação. A garantia dos direitos depende dessa distinção. O princípio da separação de poderes se identifica no paradigma do Estado Democrático de Direito com a questão de fundo envolvida na diferenciação entre os discursos.

Inicialmente, vale recuperar em detalhes o enfrentamento que Alexy faz da diferença entre direitos individuais e interesses coletivos ao tratar da amplitude do conceito de princípio. Aqui, como em vários outros pontos, o sentido e a força constitucional dada aos direitos fundamentais são questões muito diferentes quando comparadas a uma teoria de fundo deontológico como a de Dworkin. O próprio autor incorpora a comparação com o jurista norte-americano para definir os contornos de sua posição.

⁷⁷ Recusa-se aqui, já que se parte da Constituição, a abordagem dos problemas alocativos como questões trágicas, na forma em que Gustavo Amaral (2002) trata o tema e que tanto influencia a doutrina brasileira.

Conforme Alexy, o Tribunal Constitucional Federal diferencia princípios vinculados a interesses coletivos e princípios ligados a direitos individuais. Os princípios referentes a interesses coletivos “vão além da validade ou satisfação de direitos individuais” (ALEXY, 2008, p. 114). O autor cita como exemplos importantes direitos sociais como saúde, segurança alimentar e combate ao desemprego. Nesse marco teórico, os interesses coletivos podem atuar nos processos de aplicação dos direitos como razões contrárias aos direitos fundamentais *prima facie*. Esse ponto é relevantíssimo.

A crítica de Habermas (1997) aplica-se diretamente ao objeto desta tese, na medida em que afirma que tal teoria dos direitos fundamentais permite que direitos individuais sejam sacrificados em nome de interesses coletivos. Da mesma forma se dirige a crítica ao caráter axiológico dos princípios nesse marco, já que a aplicação ótima é algo que depende de uma avaliação dependente de finalidades.

Dworkin faz uma diferenciação muito clara entre direitos e políticas – aliás, essa é uma diferenciação cara a sua teoria. As exigências que a Integridade impõe à política são mais flexíveis em termos de coerência, na medida em que se limitam a impor que as estratégias escolhidas promovam o bem geral. As questões de política

fazem avançar o objetivo geral, e não se concedem a cada cidadão aquilo a que tem direito enquanto indivíduo. [...] Contudo, a maioria das teorias políticas vigentes também reconhece direitos individuais distintos como trunfos capazes de influenciar essas decisões políticas, direitos que o governo é obrigado a respeitar caso por caso, decisão por decisão (DWORKIN, 2003, p. 268).

O fundamental é que a Integridade ressoe em todas as questões de princípio, o que significa que também na política os cidadãos não tenham seus direitos negados. De toda sorte, o legislador tem disponível o argumento do bem-estar geral da comunidade. As leis que ele aprova podem ser sustentadas com base nessa ideia, desde que essa seja uma boa razão e que não viole os trunfos dos indivíduos. Na teoria do direito, entretanto, os bens coletivos e os objetivos políticos não possuem um peso maior que os direitos individuais.

Essa forma de correlacionar direitos e interesses coletivos do Tribunal Constitucional Federal alemão – muito diversa da adotada por esta tese – parece resquício da interpretação anterior do tribunal de que a igualdade perante a lei era uma disposição que vinculava apenas os órgãos de aplicação do direito, e não o legislador. O Tribunal Constitucional Federal, ao admitir que o interesse coletivo

pode ser uma razão contrária à garantia de direitos fundamentais, parece aceitar – por vias transversas – que a soberania popular prevalece sobre a Constituição.

A soberania popular é o processo democrático que confere força legitimadora à criação do direito. A legitimidade das leis advém do processo democrático que as antecede (HABERMAS, 2002). No entanto, o povo não é soberano em um sentido totalitário. A vontade do povo não é ilimitada. Em um Estado de Direito, a vontade popular encontra limites nos direitos individuais, que nada mais são que frutos de seu exercício (HABERMAS, 2002).

Habermas (1997) procede a uma nova articulação entre soberania popular e direitos humanos, diversa tanto da concepção liberal (J. Locke), em que a ênfase encontra-se nos direitos humanos, quanto da republicana (Aristóteles), que dá primazia à autonomia pública dos cidadãos. Essa dicotomia é superada em *Direito e democracia* pela concepção intersubjetiva dos direitos, que faz do ordenamento jurídico o resultado de um empreendimento em coautoria (HABERMAS, 1997, v. I).

É certo que formalmente o Tribunal Constitucional Federal interpreta o artigo 3º, §1º, da Constituição alemã como estabelecendo um vínculo do legislador com a igualdade, e foi essa jurisprudência que pautou a interpretação construída por Alexy, e já mencionada, a respeito de o que a igualdade exige. Na discussão sobre a vinculação do legislador à Constituição, vem à tona a pergunta sobre como definir se uma política pública é constitucional, exatamente a questão do estudo de caso em análise.

Essa é uma pergunta que precisamos assumir como possível de ser respondida de forma correta, pois o ceticismo é um grande inimigo nesse ponto. É preciso levar a sério o processo argumentativo e a fundamentação das decisões. E é nessa via que a ideia de separação de poderes é forte. Ela não separa os poderes, ela separa os discursos e os argumentos e delinea os contornos do problema e as responsabilidades de cada um dos poderes. Mas a separação de poderes não é um conceito que desonera. Negar-se a decidir um caso sobre direitos sociais (não sobre política) por causa da separação de poderes é negar a responsabilidade, é assumir a “impossibilidade de constituição da verdade” – verdade que, no sistema jurídico, é correção normativa substantiva, é justiça⁷⁸.

⁷⁸ Os direitos fundamentais devem expressar essa correção normativa.

Como uma escolha política e uma decisão judicial podem ser corretas⁷⁹? No campo da política ou da justiça distributiva, essa é uma pergunta importante, que desafia complexas análises éticas, principalmente sobre responsabilidade⁸⁰, mas também grandes definições políticas. Na esteira de Habermas (1997), essas decisões políticas dependem de um consenso racional, de evidências e da força da argumentação. Em outras palavras, de um discurso em que todos os interessados em potencial participem.

A existência de uma única resposta correta para casos controversos é talvez a afirmação mais controvertida da teoria de Dworkin. Conceber o Direito como interpretação não leva a outra conclusão a não ser a de que cada caso é único e irrepetível, e sua análise reconstrutiva sempre será capaz de apontar, via argumentação, que no sistema de princípios há uma interpretação da questão que mostra o sistema de direitos de uma comunidade política em sua melhor luz. A possibilidade de encontrar a melhor resposta não significa unanimidade, pois outros julgadores sempre poderão optar pela interpretação que melhor responda ao desafio de maneira diferente. A ausência de um consenso não elide, todavia, a ideia de que é possível argumentativamente chegar à melhor interpretação sobre um caso controverso. O fato de juízes diferentes chegarem a respostas diferentes não retira a legitimidade da teoria dos direitos.

A Integridade na política também se estrutura sob um modelo de princípio que “insiste em que as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político” (DWORKIN, 2003, p. 255).

Dessa forma, há respostas corretas na política, embora não haja respostas únicas. São corretas quando são fruto de um compromisso com a Constituição e resultam de uma consistente discussão política, realizada em uma esfera pública, em que a vontade possa se formar democraticamente. A política deliberativa perderia seu sentido se tomássemos o dissenso como algo intransponível e a possibilidade de um

⁷⁹ “A correção dos juízos normativos não pode ser explicada no sentido de uma teoria da verdade como correspondência, pois direitos são uma construção social que não pode ser hipostasiada em fatos. ‘Correção’ significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos. Certamente a validade de um juízo é definida a partir do preenchimento das condições de validade. No entanto, para saber se estão preenchidas, não basta lançar mão de evidências empíricas diretas ou de fatos dados numa visão ideal: isso só é possível através do discurso – ou seja, pelo caminho de uma fundamentação que se desenrola argumentativamente” (HABERMAS, 2003, v. I, p. 281).

⁸⁰ No sentido da dimensão relacional da responsabilidade ética, segundo Dworkin (2011).

acordo como algo impossível. É preciso que nos orientemos pela busca de acordos possíveis e decisões legítimas, apesar do dissenso e do alto grau de controvérsias envolvidas nas questões políticas.

3 A assistência social na Constituição de 1988

Há uma diferença entre desigualdade e pobreza, embora exista uma estreita relação entre esses conceitos no Brasil (MEDEIROS, 2005). Desigualdade é o resultado de um tratamento sem igual consideração e respeito, mas e pobreza? Pobreza é o “resultado do nível e da forma da distribuição de recursos totais de uma sociedade entre sua população” (MEDEIROS, 2003, p. 23). A pobreza não esgota a desigualdade, mas é uma de suas formas mais fundamentais e que mais esforço de combate exige, já que envolve uma série de decisões permanentes em relação a conflitos sobre a distribuição da riqueza. As dificuldades na efetivação dos direitos sociais expostas nos capítulos anteriores comprovam isso. Um dos esforços de combate à pobreza é a redistribuição de recursos, algo que, em última instância, visa reduzir as desigualdades e está incluído nas definições tributárias, previdenciárias e assistenciais, enfim, nos direitos sociais dispostos na Constituição de 1988.

O objeto do estudo de caso desta tese refere-se à redistribuição de recursos na via da transferência de renda. Este último capítulo pretende se afastar das abordagens judiciais e avaliar o que a Constituição exige na formulação da política de assistencial social, especificamente no que toca ao BPC. O capítulo está dividido em cinco partes. A primeira oferece um panorama do BPC, dos princípios constitucionais da seguridade social, com ênfase na universalidade e na seletividade, e das escolhas constitucionais para a assistência social. A segunda seção retoma a crítica aos mínimos, agora de forma expandida, na tentativa de sustentar, em outro giro, a ideia de que as necessidades básicas são mais adequadas constitucionalmente que os mínimos sociais.

A terceira e quarta partes são uma breve reflexão sobre as teorias feministas. Na terceira parte é feita uma crítica à concepção de direitos mínimos da filósofa Martha Nussbaum e na quarta seção é retomada a teoria da feminista Pateman sobre o contrato social. O objetivo nesse ponto é lançar luz às críticas feministas quanto à relação público e privado, de forma a contribuir com as reflexões sobre a interpretação das disposições constitucionais sobre a família.

Por fim, examina-se o recorte de renda familiar do BPC, a partir de uma crítica à parceria entre o Estado e a família disposta na Constituição. O feminismo é

a ferramenta teórica, embora o princípio da autenticidade, uma das dimensões da dignidade humana, seja o grande argumento contra interpretações da Constituição que indiretamente levam as mulheres a uma posição social de desigualdade. A ética do cuidado e o alerta perante uma abordagem solidarista da Constituição encerram as reflexões dessa tese.

3.1 Deficiência e envelhecimento: recortes da Constituição

O benefício assistencial disposto no artigo 203, V, da Constituição de 1988 e regulamentado pela Lei Orgânica da Assistência Social é uma política que atende à igualdade? O BPC é a garantia do direito ao mínimo existencial para deficientes e idosos pobres e incapazes para o trabalho? Essa é uma transferência justa de renda? Em outro marco, poderia ser considerada um resultado da aplicação do segundo princípio de justiça de Rawls (2008), o princípio da diferença? Os deficientes e idosos incapazes para o trabalho e para a vida independente, com renda *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ de salário mínimo, seriam os menos favorecidos da sociedade? De forma bastante simplificada, a riqueza brasileira é um bem primário passível de distribuição, logo, uma distribuição que os favoreça, levaria-os a uma situação melhor.

Na via do feminismo de Nussbaum (2008), o BPC estaria plenamente justificado, já que o direito à assistência social e a proteção dos deficientes são centrais nessa abordagem. Para Amartya Sen (2001), a transferência da mesma renda talvez não seja um bom mecanismo para a justiça, já que as pessoas são diferentes e possuem objetivos diferentes, que não necessariamente podem ser atingidos com o mesmo pacote de bens primários ou com a mesma quantidade de recursos. Esse exercício teórico-prático tem seu valor, mas nosso foco são os direitos ou, nas palavras de Roviello (1999), o justo na democracia, algo que raramente se expressa de maneira inequívoca, “que só se realiza de maneira deslocada, um pé em um direito, o outro preso em outros direitos, sendo-lhe vedado o repouso em um lugar único e definitivo”.

O caput do artigo 203 da Constituição Federal estabelece que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à

seguridade social. Fixa, nos incisos que se seguem, que a assistência tem por objetivos: a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e aos adolescentes carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; e a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso. A Constituição protege todos os sujeitos em situação de necessidade, “quem dela necessitar”, ou apenas aquelas mencionadas nos objetivos que estabelece?

A pergunta sobre os sentidos da Constituição demanda um deslocamento em direção aos princípios que, no que toca à seguridade social, estão mencionados no artigo 194:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados (BRASIL, 1988, grifos nossos)⁸¹.

Os princípios da seletividade e distributividade são comumente interpretados como a seleção das prestações e das pessoas que receberão os benefícios e serviços. Boschetti (2003, p. 85) diferencia a seletividade da priorização, definindo a última como o estabelecimento de prioridades no sentido de “dar preferência a alguém relativamente ao tempo de realização de seu direito”. Superando uma discussão semântica entre seletividade e priorização que parece sem importância, essa interpretação do princípio da seletividade e distributividade parece ser constitucionalmente adequada, particularmente em relação ao princípio da universalidade, já que na assistência social

a priorização deveria ter como horizonte buscar incluir nos benefícios, serviços, programas e projetos, todos aqueles que se encontram na situação de pobreza e necessidade demarcada pela legislação e, ainda,

⁸¹ Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998.

atuar no sentido de ampliar sua abrangência de modo a superar e/ou eliminar os critérios restritivos incorporados pela legislação (Boschetti, 2003, p. 85).

Como determinado no artigo 194, I, da Constituição, a assistência social, como a saúde, é um direito garantido de forma universal. O princípio da universalidade é interpretado conforme o artigo 203, ou seja, a assistência social deverá ser prestada a “quem necessitar”⁸². Essa é a definição subjetiva: diz quem são os sujeitos da assistência, exatamente a pergunta cotidianamente feita aos juízes nas ações em que se questiona a constitucionalidade do critério de renda inferior a ¼ de salário mínimo, o conceito de deficiência, a possibilidade de mais de uma pessoa ter o benefício na mesma família, o conceito de incapacidade para o trabalho e para a vida independente, etc. Tem direito à assistência social quem tem necessidades básicas e não é capaz de atendê-las autonomamente, essa é a ideia que este capítulo comprovará. Outra ideia a ser desenvolvida é a de que a assistência social é um mecanismo de redução da pobreza e de inclusão social, é um benefício que visa não apenas a redução da miséria, mas a diminuição da desigualdade.

A Constituição faz um recorte subjetivo na pobreza quando define que a transferência de renda será prestada aos idosos e deficientes. Essa é uma definição que utiliza a igualdade como um parâmetro de si mesma. Em outras palavras, a Constituição adota o igual respeito como critério para a igual consideração, conectando as duas dimensões da igualdade. A pobreza é um critério irrecusável quando se quer distribuir a riqueza de uma nação tratando cada cidadão com igual consideração. A deficiência e a velhice também são critérios irrecusáveis quando se quer garantir o igual respeito.

Deficiência e envelhecimento são questões interconectadas. Embora cada uma delas tenha um universo próprio e complexo, com legislação e disposições constitucionais diferenciadas, a garantia do benefício assistencial é o espaço em que essas duas experiências de vulnerabilidade são igualmente tratadas pela Constituição de 1988.

A deficiência, conforme já exposto no primeiro capítulo, além de ser uma implicação possível do envelhecimento, o que a faz ingressar no horizonte de vida de todos, é uma condição que se qualifica de forma referencial, em relação ao

⁸² A diferença entre necessidades básicas e mínimos sociais será desenvolvida na próxima seção.

ambiente (DINIZ, MEDEIROS, BARBOSA, 2010). A cada dia, o envelhecimento populacional deixa de ser um problema familiar (ou das mulheres, conforme se verá) para se tornar uma preocupação pública eminente. Outras formas de cuidados aos idosos, que não apenas a transferência de renda, precisarão ser formuladas e desenvolvidas, já que os arranjos familiares estão em transformação e é preciso garantir assistência para além da solidariedade.

Alternativas de cuidado aos idosos já são comuns em outros países, e o desenvolvimento da assistência pública aos idosos a partir do fornecimento de serviços além da transferência de renda deverá rejeitar as concepções asilares no sentido tradicional de perda de autonomia, privacidade, prática de controle e restrições. Um novo paradigma no acolhimento dos idosos é possível, mesmo em instituições de longa permanência, desde que propiciem um cuidado efetivo, com integração social e respeito (CAMARANO, 2010).

Os movimentos sociais de proteção dos idosos são ativos e atentos. Além do Estatuto do Idoso, grande conquista social, os idosos têm uma maior proteção constitucional que os deficientes e, na própria configuração do BPC, possuem vantagens – por exemplo, a possibilidade de mais de um beneficiário na mesma família (Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003). Mas a presença da filantropia é grande nessa área, assim como na atenção aos deficientes. Essa é uma circunstância histórica que reflete as origens da assistência como uma atividade privada, ligada inclusive ao âmbito religioso, conforme já apontado.

De toda sorte, a LOAS repete a Constituição ao fixar que a assistência social tem seus “objetivos”, que trazem consigo a indagação sobre a universalidade. Um adulto incapaz para o trabalho, para que tenha direito à assistência social, precisa necessariamente ser deficiente? Se nos restringirmos ao que dispõe a LOAS, esse cidadão certamente não terá preferência no atendimento assistencial. Isso é fruto de uma opção paradigmática da Constituição em relação ao primado do trabalho. Antes mesmo de definir as prioridades da assistência, a Constituição estabelece, no artigo 193, as disposições gerais do Título VIII, Da Ordem Social, fixando que a mesma tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

O paradigma de valorização do trabalho localiza a assistência social como um dever do Estado que só surge em condições nas quais o indivíduo não é capaz de trabalhar e tem sérias razões para não fazê-lo. Essa herança dupla, que mistura

traços mais fortes da influência do Plano Beveridge com linhas mais tênues de uma lógica bismarckiana, deixa a assistência social a meio caminho do combate à pobreza⁸³. Essa é uma definição política legítima. É uma opção de moralidade política do sujeito constitucional, mesmo que a ela possam ser tecidas várias críticas. Contudo, isso não a torna imutável, pois a fluidez dos princípios constitucionais sempre nos permite uma atualização de sentidos, desde que sejamos capazes de construí-la no futuro.

3.2 Necessidades básicas x mínimo social: qual constitucionalidade?

O segundo passo em direção à comprovação de nossa hipótese é a afirmação de que as políticas sociais que respeitam a Constituição devem ser estruturadas para garantir as necessidades básicas dos cidadãos e não apenas o mínimo social. Essa afirmação depende de uma distinção entre os conceitos de mínimo social e de necessidades básicas, que não têm valor *per se*, mas apenas se forem justificados perante os problemas que pretendemos resolver com o uso da distinção⁸⁴. Ambos os conceitos encontram referência normativa, tanto que a LOAS os menciona ao definir:

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** (BRASIL, 1993, grifos nossos).

Já é possível ter um conceito de mínimo existencial, mas não temos ainda uma ideia mais consistente do que sejam os mínimos sociais, já que os primeiros referem-se apenas aos direitos que devem ser garantidos para cada cidadão. Voltamos agora à reflexão sobre o mínimo social como categoria ampla que envolve

⁸³ O Plano Beveridge foi uma política adotada na Inglaterra em 1942 propondo uma nova lógica para a organização das políticas sociais, a partir dos princípios da universalização, unificação e uniformização. O Plano partiu de uma crítica aos modelos bismarckianos de seguro. “Modelo bismarckiano” é uma expressão que reflete a concepção de Bismarck sobre a legislação social na Alemanha, fundada no recolhimento obrigatório de contribuições dos trabalhadores e empresários em um sistema coordenado pelo Estado. Assim, “os autores tendem a identificar o sistema como sendo de seguros ou bismarckiano; quando predominam amplos serviços não contributivos, tendem a identificá-lo como sistema beveridgiano ou de seguridade social, com base no Plano Beveridge (Dumont, 1995; Dufourcq, 1994 apud BEHRING, 2007)

⁸⁴ Conforme ensina Habermas (2002), embora em outro contexto.

a regulação geral da política social e, assim, bens, serviços, recursos e não apenas direitos. Não se trata apenas da crítica ao mínimo existencial como um conceito jurídico, mas da crítica também sob o parâmetro da política social⁸⁵.

Novamente, quer-se demonstrar que a ideia de necessidades básicas é mais adequada à identidade constitucional no Brasil e ao sistema de princípios que a Constituição de 1988 constitui do que a ideia de mínimos sociais⁸⁶. Ocorre que, além da grande força jurisprudencial e doutrinária do parâmetro dos mínimos para aplicação judicial dos direitos sociais, a LOAS se refere aos mínimos sociais. Mas a lei também menciona o parâmetro das necessidades básicas, um conceito melhor, porque mais abstrato, mais fluido e mais igualitário. Dessa forma, esta seção pretende desenvolver um exercício de aplicação das disposições constitucionais à política pública de assistência social brasileira, interpretando a LOAS conforme a Constituição de 1988.

A diferença entre mínimos sociais e necessidades básicas tem grande impacto no estudo dos direitos sociais, principalmente quando se parte de um caso em que a transferência de renda para os mais pobres é determinação política disposta na Constituição e detalhada na legislação infraconstitucional, que regulamenta todo o sistema de assistência social. O artigo 203, V, da Constituição não menciona mínimos sociais ou necessidades básicas, tampouco fixa a regra da pobreza, mas a LOAS desenha todos esses contornos. A regra da pobreza, como o primeiro capítulo demonstrou, foi razão para a interposição de inúmeras ações, nas quais houve apreciação judicial da questão em todas as instâncias do Poder Judiciário brasileiro.

Esclarece-se que a dicotomia direito e necessidades será desenvolvida apenas naquilo que interessa para a análise do objeto desta pesquisa. Assim, não há pretensão de construir uma teoria própria das necessidades básicas, tampouco de revisar toda a bibliografia da sociologia sobre o tema. O objetivo é mais

⁸⁵ Waldron (1986) faz uma diferenciação similar ao afirmar que Rawls rejeita o mínimo social como um princípio de justiça, sem recusar a ideia de que uma sociedade justa deve garantir certo mínimo social para seus cidadãos. A teoria de Waldron, diversamente, toma o mínimo social como um princípio de justiça.

⁸⁶ A ideia de identidade constitucional é de Michel Rosenfeld que, ao refletir sobre o constitucionalismo e a ideia de igualdade, ressalva a necessária abertura constitucional, característica que faz da Constituição um texto mutante que perdura através das gerações, permitindo que novas inclusões sejam possíveis, que o significado da igualdade seja constantemente redimensionado, incluindo formas de vida historicamente excluídas (ROSENFELD, 2003).

hermenêutico: basta-nos comprovar que se trata de um conceito com maior potencial para a garantia da igual consideração do que os mínimos sociais.

Necessidade é uma categoria social, mas necessidades são sempre individuais, segundo Heller (1996). De alguma forma, a igualdade distributiva relaciona-se à ideia de que é preciso distribuir “os mesmos tipos de necessidades em qualidade, mas em quantidades diferentes” (HELLER, ano 1996). De toda sorte, as necessidades básicas são generalizáveis e se diferenciam dos interesses e desejos, que estão na esfera da volição e não na esfera dos constrangimentos materiais e morais (MIRACY, 2009).

A abordagem das capacidades, na formulação de Sen (2009), pode ser um parâmetro para se avaliar as necessidades individuais, na medida em que focaliza a capacidade das pessoas em fazer aquilo que considera valioso. O norte dessa abordagem é a avaliação da liberdade que, de fato, as pessoas têm para fazerem ou serem aquilo que julgam importante, suas reais oportunidades (Sen, 2009, p. 232). Sen não propõe qualquer fórmula sobre como tomar decisões políticas, mas sua atenção se volta às desigualdades sociais. E, diversamente do foco rawlsiano nos bens primários que são meios para outros objetivos, as capacidades revelam as reais oportunidades e a liberdade substantiva em se atingir as finalidades da vida humana⁸⁷.

Na teoria de justiça como equidade de Rawls (2008), o segundo princípio de justiça, o princípio da diferença, prioriza a posição dos mais desfavorecidos de uma forma dinâmica. Não há bens, serviços e direitos previamente fixados para garantir uma vida digna. Tudo depende da verificação constante da igualdade, seja qual for o nível de riqueza dos indivíduos menos favorecidos. Em outras palavras, a dignidade, no sentido restrito em que parte da jurisprudência brasileira a utiliza, ou seja, como piso para garantia do mínimo existencial, não é um parâmetro de avaliação para a distribuição igualitária em Rawls.

A distribuição então se torna uma tarefa mais árdua, permanente e imprecisa. E, por certo, essas dificuldades trazem problemas de administração pública e econômicos. Fixar uma renda mínima ou o acesso a serviços mínimos e, até mesmo, direitos mínimos é mais simples e objetivo. Resta saber se atende à igualdade. Sobre a questão, Álvaro de Vita (2007, p. 254) aponta:

⁸⁷ No próximo item, a teoria das capacidades na versão de Sen (2009) e Nussbaum (2008) serão detalhadas.

Na teoria de Rawls, o referencial para avaliar sacrifícios que a implementação de uma estrutura institucional justa impõe a cada um é uma distribuição igual de todos os bens primários. Qualquer afastamento em relação a essa distribuição igual deve poder ser justificado àqueles que ficarão com o quinhão menor de bens primários na nova situação. Os que sustentam que a prioridade aos que estão na posição mais indesejável é satisfeita garantindo-se um mínimo social a todos estão arbitrariamente tomando esse mínimo, e não um hipotético estado inicial de igualdade, como o referencial para avaliar os sacrifícios e as expectativas legítimas de cada cidadão.

O mínimo social poderia ser diretamente contraposto ao princípio da diferença, o que não é incomum na literatura⁸⁸. Waldron (1986), por exemplo, no artigo já citado sobre o mínimo social em Rawls, parte dessa diferença para construir sua tese de que o mínimo social é uma abordagem que pode responder à questão das necessidades. De Vita (2007, p. 254) expõe que o “princípio da diferença, portanto, opera sobre as desigualdades sociais e econômicas que permaneceriam mesmo que as necessidades básicas de todos fossem atendidas”. É obrigatória também a menção ao artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que determina:

Art. 25 Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

Copp (1992) fundamenta-se nesse dispositivo internacional dos direitos humanos para sustentar sua tese de que esse “nível de vida suficiente” mencionado na declaração comporta o que ele denomina *the right*, que seria um direito contra o Estado a um nível adequado de vida baseado na ideia de necessidades básicas. Tais necessidades, segundo o autor, são coisas de que as pessoas precisam independentemente de seus objetivos ou desejos.

A LOAS estatui que os mínimos sociais serão garantidos por meio de um conjunto de ações voltadas às necessidades básicas. No parágrafo único do artigo 2º, há nova menção aos mínimos sociais: “A assistência social realiza-se de forma integrada às políticas setoriais, visando ao enfrentamento da pobreza, à garantia dos mínimos sociais, ao provimento de condições para atender contingências sociais e à universalização dos direitos sociais” (BRASIL, 1993).

⁸⁸ Vide Waldron (1986).

Da perspectiva do direito constitucional, a interpretação do conceito de necessidades básicas se guia pela Constituição (diferentemente de um campo considerável na Sociologia dedicado ao estudo de tais necessidades). Assim, não é a semântica que diferencia “básicos” de “mínimos” que nos interessa, mas sim uma reflexão sobre o que o direito à assistência social exige e como as políticas públicas que visam reduzir a pobreza devem se estruturar para garantir os direitos sociais⁸⁹.

Nesse sentido, o próprio texto constitucional não deixa que os mínimos sejam sobrepostos às necessidades básicas, quando define que a assistência social será prestada “a quem necessitar”, algo que possibilita uma interpretação constitucionalmente adequada sem que percamos tempo em desconstruir a falsa neutralidade semântica da referência legal aos mínimos sociais. O próprio texto já possibilita a abertura interpretativa que, de qualquer maneira, seria insofismável.

Todavia, a eventual insistência na referência expressa aos mínimos sociais pode ser entendida como outra forma do argumento da democracia contra a justiciabilidade dos direitos sociais. Não será difícil encontrar quem argumente que não se pode simplesmente desconsiderar o que o legislador aprovou. A semântica é velha conhecida técnica de aplicação do direito. As palavras não nos ajudam a tomar uma decisão nesse caso nem em qualquer outro. Pode-se sustentar que, se o legislador mencionou os mínimos sociais, isso quer dizer que há uma opção democrática pelos mínimos que precisa ser respeitada e, portanto, o mínimo existencial estaria justificado. Entretanto, essa posição não nos leva a lugar algum, já que a lei também fala em necessidades. Além disso, a própria Constituição refere-se expressamente “a quem necessitar” quando define o direito à assistência social. Ela não se refere a mínimos ao instituir o benefício assistencial. A decisão correta não tem fórmula, mas é extremamente dependente de uma interpretação da lei que respeite o conjunto mais amplo de princípios que a Constituição constitui.

3.3 Em direção à teoria feminista: uma crítica a Nussbaum

⁸⁹ Pereira (2006) fixa-se nessa distinção entre mínimos e básicos, que, embora não seja inútil, é inadequada no marco linguístico em que nos localizamos.

Bens, recursos, capacidades são o que o Estado pode distribuir entre seus cidadãos e, por isso, dividem os filósofos políticos que se preocupam com a justiça distributiva e com a conseqüente relação entre a igualdade e a liberdade. Como dito, Dworkin (2002) é assertivo nesse ponto, pois afirma que todos os direitos derivam da igualdade, o direito mais fundamental de um Estado. Importantes conclusões desta tese derivam dessa assertiva. Roviello (1999) resume a posição de Dworkin:

Ele não busca, no entanto, pura e simplesmente substituir “a” igualdade por “a” liberdade, mas dar visibilidade à igualdade, considerada em sua dimensão formal, como princípio fundador já que ela *intrinsecamente* implica em autonomia: a autonomia não se acrescenta à liberdade, aqui ela não mais se opõe à igualdade, mas, ao contrário, é uma dimensão constitutiva da igualdade.

Segundo Rawls (2008), a justiça é a “primeira virtude das instituições sociais”. Em maior ou menor grau, todos os pensadores da justiça distributiva seguiram as reflexões de Rawls nas obras principais *Uma teoria de justiça* e *Liberalismo político*, seja para acompanhá-la, seja para refutá-la, embora ninguém tenha construído um arcabouço teórico tão completo sobre a justiça. Nesse ponto, as referências à teoria de Rawls e sua crítica ao utilitarismo serão esboçadas no bojo das exposições sobre a igualdade de recursos, na formulação de Dworkin, e sobre a teoria das capacidades, nas versões de Sen e Nussbaum, já que o objetivo aqui é fazer uma crítica à autora norte-americana no que toca a sua interpretação de dignidade humana e de direitos mínimos⁹⁰. A teoria de Nussbaum é extensa e trata de vários temas importantes à filosofia política com os quais concordamos de forma geral, o que faz com que a crítica proposta tenha um âmbito bem delimitado.

O ponto do projeto filosófico de Nussbaum (2008) que nos interessa é aquele mais diretamente relacionado à crítica aos mínimos que esta tese desenvolve, ou seja, a versão da teoria das capacidades proposta pela autora e, em especial, a ideia de direitos mínimos que ela constrói e sua idéia “intuitiva” de dignidade humana. Não se trata apenas de um exercício de crítica teórica, mas do aproveitamento de seus pressupostos como mais uma comprovação da hipótese de que a igualdade é a grande virtude de uma comunidade política. Como Nussbaum é uma filósofa do campo do feminismo, preocupada com a questão da deficiência e da

⁹⁰ Vale insistir que a recuperação da teoria de Rawls não será feita em detalhes, hala vista que não é indispensável ao desenvolvimento das idéias propostas, além de não ser objetivo dessa tese que a parte de recuperação dos autores e suas teorias superem o enfrentamento do problema concreto proposta, qual seja, a adequação do paradigma dos mínimos ao constitucionalismo brasileiro.

posição da mulher nas teorias contratualistas, seria impossível desconsiderá-la – especialmente porque as avaliações mais concretas da tese partem do estudo do benefício assistencial disposto no artigo 203, V, da Constituição brasileira de 1988, instrumento de inclusão dos deficientes que traz impactos na estrutura familiar e nas relações de cuidado.

Nussbaum assume que sua teoria das capacidades parte da teoria da justiça como equidade de Rawls e das reflexões de Sen. De forma sintética, em *Uma teoria de justiça*, Rawls desenvolve a ideia da justiça como equidade, com base no que denomina “posição original”, em que todas as pessoas, sem saber como e em que condições pessoais e sociais suas vidas se desenrolarão – ou seja, sob o véu da ignorância –, definem os princípios políticos básicos que regularão a sociedade. Essa situação hipotética demonstra a ideia de Rawls de que os princípios morais que deverão organizar a sociedade precisam ser independentes das condições particulares de cada um. Rawls (2008) considera esse procedimento equitativo e os princípios advindos dessa escolha como justos.

Dessa forma, Rawls imagina que as partes adotariam uma lista de bens primários, ou seja, bens necessários para qualquer plano de vida. Os bens primários são naturais (saúde, talentos etc) ou sociais (riqueza, direitos e oportunidades). Nos diversos momentos em que os sujeitos na posição original enfrentarão dúvidas no processo decisório, eles precisarão de um critério de racionalidade, definido pelo autor como a “regra maximim”. Tal regra determina a hierarquização das diferentes alternativas de acordo com os piores resultados possíveis, de forma que deve ser escolhida a opção “cujo pior resultado for superior ao pior dos resultados das outras alternativas” (GARGARELLA, 2008, p. 23)

Os sujeitos na posição original escolheriam então dois princípios de justiça. O primeiro deles garante a liberdade (civis e políticas) ao estabelecer que cada pessoa deve ter igual direito a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais, que seja compatível com um esquema similar de liberdades para todos. O segundo princípio direciona-se à distribuição de recursos na sociedade e é denominado princípio da diferença. Esse princípio impõe que as desigualdades econômicas devem satisfazer duas condições: (1) devem estar associadas a cargos e posições abertos a todos, sob condições de igualdade de oportunidades; e (2) deve trazer mais benefícios aos membros da sociedade que têm menos vantagens.

Observe-se que, quanto ao segundo princípio, o foco é um beneficiamento das pessoas que estão em pior situação.

É essencial para Rawls que os bens primários (direitos, liberdades e oportunidades, renda e riqueza e as bases sociais da autoestima) sejam garantidos a todos os cidadãos. Só assim eles poderão ser membros iguais de uma sociedade que, como empreendimento comum, depende da cooperação de todos. Outra questão importante é a defesa de Rawls (2000) de uma democracia constitucional pluralista, na qual há um consenso sobreposto, ou seja, os princípios que regem a sociedade são aceitáveis por todos os cidadãos, independentemente da concepção de bem de cada um. Os princípios constantes da Constituição de um Estado representam exatamente esse consenso sobreposto.

Fixados esses pressupostos da teoria de Rawls, avança-se em direção à teoria de Nussbaum (2008). O enfoque das capacidades, na formulação da autora, é uma doutrina política sobre os direitos que se limita a especificar algumas condições necessárias para que uma sociedade seja minimamente justa, na forma de um conjunto de direitos fundamentais para todos os cidadãos. Nussbaum (2008) parte de uma crítica bem definida aos teóricos contratualistas para desenvolver sua doutrina política: todos os teóricos do contrato social propuseram que os agentes contratantes eram homens, mais ou menos iguais em capacidade e aptos a desenvolver uma atividade econômica produtiva. Assim, excluíram as mulheres, consideradas não produtivas, as crianças e os adultos incapazes. Qual a consequência disso? Se essas pessoas não foram incluídas entre aqueles que definiram os princípios políticos básicos da comunidade, certamente esses princípios não foram formulados para elas (NUSSBAUM, 2008).

Da mesma forma que os contratualistas originais, novos teóricos do contrato social permaneceram considerando a esfera da família como não política e excluindo as pessoas com deficiência de qualquer dos procedimentos políticos. A teoria de Nussbaum tem como objetivo corrigir essa falha, presente, principalmente, na teoria de Rawls, da qual partem as críticas da autora. Nussbaum (2008) é explícita ao dizer que Rawls, ao omitir as pessoas com deficiência de sua construção teórica, deixou suas necessidades para definição no estágio legislativo posterior, momento em que os princípios políticos básicos já estavam estabelecidos. A própria autora ressalva que, embora tenha focado nas deficiências, os problemas apontados se aplicam a qualquer situação em que haja assimetria de poder.

Outro foco da crítica da filósofa americana é a ideia de benefício mútuo presente em toda a tradição do contrato social. Rawls, inclusive, teria aceitado essa ideia e, por consequência, a ideia associada de uma igualdade aproximada de capacidades entre as partes na posição original, momento em que cada um estaria em busca de sua própria concepção de bem, nos limites de imparcialidade dessa posição. Assim, segundo a filósofa, o enfoque das capacidades é melhor porque sua concepção dos benefícios e dos fins da cooperação social é moral e social desde o princípio.

Nussbaum (2008) afirma que a alternativa que adota para as teorias contratualistas é o enfoque das capacidades que forma a base filosófica “para uma teoria dos direitos básicos de todos os seres humanos que devem ser respeitados e aplicados por todos os governos de todos os países, como requisito mínimo de respeito pela dignidade humana”. A filósofa entende que a melhor forma de sustentar a ideia de um mínimo social básico é um enfoque baseado nas capacidades humanas, ou seja, naquilo que as pessoas são efetivamente capazes de ser e fazer, segundo uma ideia intuitiva do que é uma vida compatível com a dignidade humana. (NUSSBAUM, 2008, p. 83)⁹¹

Dessa forma, a partir da concepção de dignidade humana, Nussbaum (2008) entende que os indivíduos possuem necessidades diferentes, assim como diferentes capacidades de transformar esses recursos em funcionamentos. Assim, a autora concebe uma lista de capacidades que são requisitos básicos para uma vida digna, formando uma teoria mínima da justiça social que deve ser atendida por todas as nações independentemente de sua riqueza. A autora se propõe a fixar direitos sociais mínimos e reconhece que não se trata de uma teoria completa, já que não se refere a forma como serão tratadas as desigualdades que se situam acima desse limite.

Nussbaum apresenta a versão atual dessa lista de direitos mínimos, embora aponte para o fato de que tal enumeração é aberta à alterações e revisões constantes e que a formulação em termos gerais e abstratos é proposital, na medida em que possibilita densificações pelos países, parlamentos e tribunais. As capacidades humanas básicas são então: (1) vida, (2) saúde física, (3) integridade física, (4) sentidos, imaginação e pensamento, (5) emoções, (6) razão prática, (7)

⁹¹ Tradução nossa.

afiliação, (8) outras espécies⁹², (9) lazer e (10) controle sobre o próprio ambiente no sentido político e material (NUSSBAUM, 2008, p. 88 e 89).

Nussbaum (2008) registra que sua teoria das capacidades evita referências a qualquer metafísica da natureza humana, mas sua concepção parece fiar-se a uma idéia naturalizada de dignidade humana⁹³. Nesse ponto, há uma diferença essencial em relação ao conceito de dignidade humana de Rawls e das teorias contratualistas em geral. A mesma divergência há na concepção substancialista e focada nos resultados de Nussbaum que se opõe à teoria procedimental de justiça de Rawls. A própria autora faz a pergunta: qual a relação entre minha teoria do bem e a concepção não kantiana de dignidade humana que adoto? (NUSSBAUM, 2008, p. 168)

A relação é estreita, afinal as capacidades não são apenas meios para uma vida humana digna, elas têm valor em si mesmas, a lista de capacidades mencionada configuram formas de dar efetividade a uma vida com dignidade nas diferentes áreas que compõem a vida humana. Em cada uma das áreas que compõem a lista, deve-se fazer a pergunta sobre qual seria a capacidade mínima de vivência e atividade compatível com a dignidade humana (NUSSBAUM, 2008, p. 169). Assim, a idéia de dignidade humana está imbricada nas capacidades para viver a vida e com isso assume um papel mais rico e moralmente carregado na definição de bem⁹⁴.

Na mesma linha das críticas que Sen (2009) apresenta à teoria da justiça de Rawls, Nussbaum (2008) justifica o enfoque nas capacidades argumentando, com o economista indiano, que as necessidades de recursos dos indivíduos são variáveis, assim como as capacidades individuais de converter os recursos em funcionamentos. Nas obras *Desigualdade reexaminada e The idea of Justice*, Sen (2001, 2009) desenvolve sua teoria de justiça, registrando sua preocupação com a liberdade. A ideia de capacidade e de funcionamentos é essencial ao entendimento da teoria. Funcionamentos são estados e ações que podem variar desde estar bem nutrido até ser feliz, ter respeito próprio e tomar parte na vida da comunidade. Os

⁹² Tradução nossa. No original em espanhol o item é “otras especies”, no sentido de outras formas de vida.

⁹³ De toda sorte, no que toca à deficiência, é interessante a refeição da autora em relação ao foco das teorias contratualistas na racionalidade como característica principal do ser humano. No enfoque das capacidades, a racionalidade é apenas um aspecto e não o único a definir o humano.

⁹⁴ Ressalte-se, entretanto, que a vinculação não é a uma concepção compreensiva de bem, Nussbaum filia-se ao liberalismo político, ao final.

funcionamentos são constitutivos do estado de uma pessoa. Já a capacidade representa as várias combinações de funcionamentos que uma pessoa pode realizar. A capacidade é um conjunto de vetores de funcionamentos, refletindo a liberdade da pessoa para levar um tipo de vida ou outro. Esse conjunto capacitário de cada um é o que define a liberdade do sujeito para escolher entre vidas possíveis.

Nas palavras de Sen (2001), o bem-estar de uma pessoa depende da natureza de seu estado, ou seja, de seus funcionamentos. E à pergunta sobre como as capacidades se relacionam com o bem-estar, o autor responde: se o bem-estar depende dos funcionamentos, a capacidade de realizar funcionamentos constituirá a liberdade da pessoa – as oportunidades reais – para ter bem-estar. É a liberdade de bem-estar. Alguns tipos de capacidade contribuem diretamente para o bem-estar, tornando a vida de uma pessoa mais rica em opções. Dessa forma, o conjunto capacitário é importante independentemente de como exatamente o bem-estar é caracterizado (SEN, 2001). No primeiro ou no segundo caso, a abordagem das capacidades difere daquela baseada em bens primários, formulada por Rawls, ou daquela fundada em recursos, de Dworkin, ou mesmo das que tomam a renda real (PIB, PNB) como parâmetro.

As variáveis que estruturam essas teorias da justiça referem-se a instrumentos capazes de realizar bem-estar, já os funcionamentos fazem parte dos elementos constituintes do bem-estar. A capacidade representa a liberdade de uma pessoa para realizar bem-estar. Nem os bens primários, nem os recursos podem representar a capacidade que uma pessoa realmente desfruta. Sen critica a inflexibilidade dos bens primários na avaliação da justiça, principalmente no que tange às diferenças inter-individuais entre as pessoas (BRIGHOUSE, 2010, p. 3). Ainda que tenham o mesmo pacote de bens primários, pessoas diferentes podem ter liberdades distintas para atender aos seus objetivos, e esse é o ponto de diferenciação da abordagem das capacidades. Assim, o foco da avaliação é a extensão da liberdade substantiva que uma pessoa efetivamente tem, isto é, suas capacidades (BRIGHOUSE, 2010).

Sen (2001) também é um crítico feroz das teorias que utilizam o bem-estar como cálculo para a justiça, entendendo ser moralmente quetsionável essa abordagem, já que em contextos desfavoráveis, as pessoas renunciam a suas verdadeiras preferências para adotar alternativas que são possíveis.

Na obra *A virtude soberana*, Dworkin (2005) expõe sua teoria sobre a igualdade de recursos. Para o autor, os recursos com os quais as pessoas tomam suas decisões e realizam suas escolhas são a melhor referência para a igualdade. Em franca oposição às teorias da igualdade que optam pelo bem-estar como paradigma, Dworkin sustenta que o poder de convencimento dessas teorias advém do fato de que o nível de bem-estar que cada pessoa alcança com a mesma quantidade de recursos pode realmente variar conforme as capacidades individuais.

Assim como Sen, Dworkin aponta todos os problemas envolvidos na teoria da igualdade de bem-estar, mencionando questões como a indeterminabilidade do próprio conceito de bem-estar (felicidade, sucesso, etc.), as diferenças de perspectiva (o que proporciona bem-estar é diferente para cada pessoa), a dificuldade de comparação dos níveis de bem-estar entre as pessoas, etc. Entretanto, o foco da crítica é a maneira como a teoria enfrenta os casos das deficiências e dos gostos dispendiosos.

Em relação às deficiências, a teoria da igualdade de bem-estar não determina um nível máximo de compensação. Há deficiências que, por mais recursos que a sociedade queira transferir a seus portadores, ainda não permitirão uma igualdade de bem-estar. Assim, se levássemos o ideal da igualdade de bem-estar às últimas consequências, teríamos que transferir para os portadores dessas deficiências todos os recursos “além daqueles necessários a manter os demais [cidadãos] vivos”, apenas com a finalidade de tornar o bem-estar de todos tão igual quanto pode ser (DWORKIN, 2005, p. 72).

Outra consequência da igualdade de bem-estar seriam as formas de compensação dirigidas às pessoas cujo menor bem-estar decorre dos gostos dispendiosos. Se o bem-estar de uma pessoa depende, por exemplo, da satisfação de sua preferência por champanhe, enquanto o de outra pessoa depende da satisfação de seu gosto por cerveja, a teoria da igualdade de bem-estar requererá que mais recursos sejam destinados à primeira (DWORKIN, 2005). A igualdade de recursos requer uma distribuição sensível às escolhas que as pessoas realizam, porém insensível às circunstâncias. Dworkin afirma a importância do mercado como instrumento de alocação justa de custos de oportunidade, mas enfatiza a necessidade de corrigi-lo com medidas redistributivas para que a divisão de riquezas seja efetivamente sensível ao critério da escolha-circunstância.

O autor propõe então o mecanismo do seguro hipotético, que objetiva tornar iguais as oportunidades das pessoas de se protegerem dos riscos eventuais ou circunstanciais de possuir menos riquezas. Dworkin (2005) levanta a seguinte questão: que proteção contra esse risco, na forma de seguro, pessoas médias de prudência normal na comunidade teriam provavelmente adquirido se tivessem tido a oportunidade de fazê-lo em igualdade de condições, a prêmios que seriam cobrados num mercado de seguros competitivo? Em termos concretos, Dworkin sugere que se modele um sistema de impostos e benefícios na estrutura desse mercado hipotético de seguros: o prêmio dá a medida do que deve ser arrecadado por meio de impostos, e a cobertura é o limite que deve ser gasto com redistribuição na forma de benefícios. Assim, trata-se de uma estratégia preventiva de igualdade.

Ao comparar sua teoria com a abordagem das capacidades de Sen, Dworkin (2005) salienta que os recursos pessoais, caros à abordagem de Sen, fazem parte do conceito de recursos que utiliza e concorda com a importância dos funcionamentos já que “as pessoas não querem os recursos simplesmente para tê-los, mas para fazer algo com eles”. Todavia a igualdade para o autor está nos recursos pessoais e impessoais e não na capacidade que as pessoas possuem de alcançar o bem-estar com tais recursos (DWORKIN, 2005, p. 427).

A abordagem das capacidades na formulação de Sen (2009) não tem a pretensão de ser uma teoria completa de justiça como a de Rawls. Segundo Sen, as capacidades são apenas um aspecto da liberdade relacionada às oportunidades substantivas, valem como um bom parâmetro de avaliação das oportunidades substantivas das pessoas (SEN, 2009, p. 296).

De toda sorte, o objetivo aqui não é realizar um exercício teórico-comparativo entre as teorias de justiça, mas recuperar abordagens que possam contribuir para a reflexão sobre os direitos sociais, tendo como norte a crítica à fixação de padrões substantivos mínimos que definam previamente e totalmente o conteúdo da dignidade, principalmente quanto à questão especialmente singular sobre assistência social. Isso não significa negar que possam existir diferentes concepções de dignidade tampouco negar que a dignidade tenha conteúdo. O ponto aqui, como já mencionado, é que padrões tornam-se insuficientes nos discursos de aplicação, principalmente quando se tem o compromisso de tratar as pessoas – que são diferentes – com igual consideração e respeito.

Por essa razão, a lista de capacidades de Nussbaum, assim como sua concepção substantiva de justiça são problemáticas. A autora adota uma concepção de justiça orientada ao resultado que começa por identificar qual o resultado correto e, em seguida, desenha um procedimento que chegue até ele com a máxima frequência possível (NUSSBAUM, 2008, p. 93). Como já mencionado, essa é uma divergência considerável em relação à justiça procedimental de Rawls (e de outros autores como Habermas, embora em medidas diferentes), na qual a aposta está na imparcialidade e no desenho do procedimento para se chegar a resultados justos.

Nas palavras de Rawls:

“Deve-se estruturar o sistema social de modo que a distribuição resultante seja justa, independentemente do que venha a acontecer. Para se atingir esse objetivo, é necessário situar o processo econômico e social dentro de um contexto de instituições políticas e jurídicas adequadas. Sem um esquema apropriado dessas instituições de fundo, o resultado do processo distributivo não será justo. A justiça de fundo estará ausente (RAWLS, 2008, p. 342).

Dworkin (2005) também tem um posicionamento diferente nesse ponto. O autor faz uma diferenciação entre concepções dependentes e separadas ao tratar da concepção de democracia que entende mais adequada a uma comunidade política que respeite a igualdade. A concepção dependente de democracia assume que sua melhor forma é “a que tiver mais probabilidade de produzir as decisões substantivas que tratem todos os membros da comunidade com igual consideração”. As decisões nesse modelo são tomadas conforme o teste consequencialista. Já a concepção separada da democracia tem como foco o processo e a forma igualitária como se distribui o poder político (DWORKIN, 2005, p. 256). Dworkin termina por optar por uma concepção mista de democracia que conjuga estratégias das duas concepções mencionadas.

De toda sorte, essa orientação conforme os resultados presente na teoria de Nussbaum é a mais adequada para um modelo que parte de definições prévias como uma lista de capacidades ou direitos e, por isso, garante menos espaço para a deliberação e para interpretação sobre o rol de direitos sociais. Ou seja, há coerência entre uma opção substantiva de justiça e a desvalorização do procedimento como forma de se produzir resultados corretos. Em última instância, o que temos é uma certa coerência em todas as teorias que optam pela fixação de mínimos. Todas, de uma forma ou de outra, quando optam por definir o padrão

mínimo realizam escolhas antecipadas e fechadas em relação ao que compõe uma vida digna.

É certo que essa crítica à Nussbaum refere-se a sua concepção aristotélica de dignidade e a lista de direitos mínimos que constrói, o que não inviabiliza a concordância com várias pontos importantes que a autora registra como a relação entre o público e o privado, a posição da família e, principalmente, o lugar que os deficientes não ocupam no pacto de justiça. Essas questões serão detalhadas no item 3.5.

3.4 Igualdade de gênero: feminismo e liberalismo

Pateman (1993) também é uma autora feminista preocupada com a relação entre o público e o privado, com o lugar que a família ocupa nas instituições sociais e com o formalismo da idéia abstrata de igualdade. A diferença de Pateman em relação à Nussbaum é que a autora rejeita o liberalismo e a própria idéia de indivíduo como paradigma para a organização social, o que não apenas transforma a forma de se refletir sobre os direitos, como altera o próprio sentido da igualdade.

Pateman se dispõe a desenvolver uma abordagem da teoria do contrato social sob um viés feminista e sua tese principal é de que o contratualismo, ou seja, as teorias que explicam como as relações sociais livres tomam a forma contratual constituem apenas metade da história. A metade faltante é a do contrato sexual, um assunto silenciado, mas essencial para que se esclareça como uma forma moderna de patriarcado se estabeleceu. O olhar de Pateman quer apreender a instância do sexual, quer identificar como o contrato social inclui um pacto sexual, no qual os homens exercem um poder de sujeição sobre as mulheres.

Em poucas palavras, o argumento da autora é de que a história sobre a liberdade contada pela teoria do contrato social, a narrativa de que os homens abandonaram as inseguranças do estado natural para serem igualmente livres na sociedade civil é insuficiente, na medida em que encobre como esse contrato também cria o direito patriarcal dos homens sobre as mulheres, vedando a elas o exercício dessa liberdade que supostamente seria universal. A liberdade civil criada pelo contrato é, na visão da autora, um atributo masculino. As mulheres não são

parte desse contrato, ao contrário, o contrato as objetiva ao instituir o direito patriarcal, o direito político dos homens sobre as mulheres, um direito que inclui o acesso sistemático dos homens aos corpos femininos.

A reflexão sobre o patriarcalismo⁹⁵ e suas relações com o contrato é, em última instância, uma ponderação sobre a relação entre a esfera pública e a esfera privada e as dicotomias que essa contraposição faz nascer. E de outra forma não seria possível, afinal, não há como falar de mulheres, da perspectiva da teoria política, sem pensar sobre o que é privado e o que não é tão privado assim, ou melhor, sobre o que é público, apesar de tão privado. A desconsideração da relevância política da esfera privada, segundo a autora, é um dos aspectos que levou à omissão da história do contrato sexual e, portanto, à ausência de análises críticas sobre a propagação do direito patriarcal na sociedade civil. Pateman (1993) sustenta que somente a esfera pública, o âmbito criado pelo contrato social, esse espaço de liberdade e igualdade civis, é considerado como um domínio de interesse público, as relações construídas na seara privada não são merecedoras de análise, a própria história (ainda que hipotética) da esfera privada nunca é contada⁹⁶.

Nesse sentido, Pateman dispõe-se a analisar contratos reais, principalmente, os contratos de casamento, de trabalho e de prostituição, ressaltando que sua preocupação é com o contrato enquanto princípio de associação, como forma de instituição de relações sociais. Em decorrência disso, a idéia de propriedade é por ela considerada na acepção bem específica de *propriedade que os indivíduos detêm em suas pessoas* e não no sentido comumente usado pelos teóricos da teoria do

⁹⁵ A autora recusa-se a se referir à exclusão das mulheres utilizando a expressão, consagrada, contemporaneamente, como questões de gênero. Um posicionamento que só contribui para a coerência da obra, já que tal expressão se consolida sob um paradigma liberal contra o qual a autora claramente se posiciona. A interpretação liberal de uma sociedade formada por indivíduos livres e iguais é parte do patriarcalismo, na opinião de Pateman. Em alguns momentos da obra, fica clara a crítica da autora ao posicionamento de algumas feministas que estruturam suas reivindicações sob o argumento da igualdade, utilizando assim o paradigma do patriarcalismo, em uma esperança ingênua de que na idéia de indivíduo possa caber a mulher. Nas palavras de Pateman: “utilizar a linguagem do gênero reforça a linguagem do civil, do público e do indivíduo, uma linguagem que depende da supressão do contrato sexual”. (PATEMAN, 1993, p. 330)

⁹⁶ A desconstrução de uma relação dicotômica entre esfera pública e privada é imprescindível não só para as demandas feministas, mas para todas as lutas por visibilidade. A esfera privada não é um âmbito protegido, no qual relações opressivas possam se estabelecer enquanto questões não-públicas. Há questões públicas que se realizam em espaços privados. E, sem dúvida, o caso das mulheres inaugurou esse tipo de reflexão, a violência doméstica que, até certo momento, é tratada como uma questão privada, não se sustenta mais como uma questão unicamente particular, a violência é uma questão pública. Em outro giro, a privatização do público também se tornou uma preocupação, assim como a violação da privacidade e daquilo que não é somente privado, mas íntimo e que, portanto, não pode ser invadido ou tratado como público, sob pena de se eliminar todo o espectro de intimidade.

contrato. Assim, o foco escolhido são os contratos que, em alguma medida, envolvem a troca de obediência por proteção, contratos em que o direito de controle está nas mãos de uma das partes contratantes e que, por isso, levam ao que a autora chama de dominação e subordinação civis, situações contratuais, nas quais não há liberdade individual, pelo menos, não para as duas partes. Em outras palavras, a hipótese de Pateman é que “ o contrato sempre dá origem a direitos políticos sob a forma de relações de dominação e subordinação” (PATEMAN, 1993, p. 25).

Um aspecto importante, se não for o principal, no desenvolvimento da tese, é a utilização e o significado do termo “patriarcado”. A autora chama a atenção para as interpretações patriarcais que o termo recebeu e para as conseqüências que uma visão restritiva de seu significado traz para o próprio posicionamento das feministas em suas reivindicações. Após recuperar a discussão entre Sir Robert Filmer (para quem o poder político tem como origem o poder paterno) e os contratualistas (que advogavam o contrato como origem do poder político, diferenciando esse do poder paterno), a autora diz que tanto Filmer quanto Locke concordam que existe uma base natural para sujeição da mulher e que as discussões de ambos demonstram que o direito político originário é o direito de um homem ter acesso sexual ao corpo de uma mulher, a fim de se tornar pai.

Nesse ponto, a autora apresenta a originalidade de seu pensamento ao defender que a verdadeira gênese do direito político é o direito sexual ou conjugal e que o poder de um homem como pai é posterior ao exercício do direito patriarcal de um marido sobre uma esposa⁹⁷. Segundo ela mesma esclarece, os contratualistas não pretendiam contestar o direito patriarcal ao atacar o direito paterno, ao contrário, o direito patriarcal foi incorporado em suas teorias, momento em que o direito sexual masculino tomou sua forma moderna.

A opção por um acordo contratual é tomada pelos homens após a derrota do pai, ele é destituído de sua posição de poder (o parricídio real ou fictício), a sociedade civil se forma desligada de qualquer estrutura de parentesco. Nesse mundo moderno, as mulheres estão subordinadas aos homens enquanto homens ou enquanto fraternidade, é a consolidação do patriarcado fraternal moderno.

97 Nesse ponto, é extremamente interessante observar como um raciocínio simples pode ter sido ocultado. A absoluta ausência de importância política de se pensar sobre a relação conjugal e até de se refletir sobre uma participação indispensável da mulher nesse processo de concepção.

A autora sustenta que a diferença entre os sexos está alicerçada na diferença entre liberdade e sujeição, segundo ela, a estrutura social está construída sob a concepção patriarcal de diferença sexual, seu objetivo, portanto, é lançar luz para uma forma pouco trabalhada de dominação, a dominação patriarcal. Nesse sentido, segundo ela, a concepção de indivíduo, base do contrato social-sexual, é uma concepção que exclui as mulheres⁹⁸ e essa condição está refletida nos contratos de casamento, trabalho, prostituição, etc.

Nesse sentido, a autora propõe uma pergunta extremamente interessante de teoria política: nas teorias contratualistas clássicas as mulheres estão, no estado natural, sujeitas aos homens, elas não nascem livres, não têm os atributos do indivíduo, enfim, não participam do contrato social que forma a sociedade civil. Qual o sentido, então, de se considerar o casamento parte do estado natural? Como objetos podem ser sujeitos nos contratos matrimoniais? Por que todos os teóricos clássicos insistem que as mulheres devem participar do contrato matrimonial?

O casamento, nas palavras da autora, não é como uma troca de bens materiais, o casamento é uma relação social de longa duração entre os sexos, na qual, em troca da proteção do marido, uma mulher lhe presta obediência. (PATEMAN, 1993, p. 165) Trata-se, portanto, de um contrato e um contrato demanda partes.

O que a autora ressalta é que a incapacidade das mulheres de participarem dessa relação cria um grande problema para a teoria do contrato, afinal para que a liberdade universal seja um princípio da sociedade civil, todos os indivíduos, inclusive as mulheres, têm que participar do contrato; ninguém pode ser deixado de fora. Além disso, sob o pretexto do contrato, a dominação masculina é ocultada, já que o casamento permite o desfrute sexual igualitário e consensual entre os

98 De novo, esse é o debate de fundo que a autora trava com algumas feministas e que a posiciona no debate contemporâneo sobre o multiculturalismo. As reivindicações de etnias, raças, gênero, das minorias em geral vêm sendo classificadas como demandas multiculturais principalmente, após a 2ª Guerra Mundial, especialmente em razão do fim da ex-URSS, da emergência de novas nações e do próprio movimento de globalização que adquiriu novas formas na contemporaneidade. O multiculturalismo surge como uma reação a alguns princípios liberais. A centralidade dessa divergência está na oposição comunitarista ao ideal de universalidade tipicamente liberal e a conseqüente desconsideração das particularidades ou particularismos. Resumidamente, trata-se de um conflito entre o universalismo moral e o relativismo ético. Diante do fato do pluralismo presente nas sociedades modernas, os comunitaristas sustentam que as particularidades estão sempre em uma posição de opressão. As concepções minoritárias de bem-viver não encontram nos espaços públicos possibilidades de se manifestar, tendo em vista que o liberalismo, essencialmente por via da idéia de uma igualdade universal, relega a particularidade para os espaços privados, impedindo a expressão da diferença.

cônjuges. O significado do indivíduo e do contrato sexual depende das mulheres e do contrato sexual, por isso, mesmo não sendo nada do que significa ser um indivíduo, as mulheres são submetidas a essas ficções que não atuam de outra forma a não ser excluindo-as.

Um contrato de casamento é um contrato entre dois indivíduos, dois detentores da propriedade que têm em suas pessoas, que chegaram a um acordo acerca dessa propriedade para vantagem recíproca⁹⁹. A visão do casamento como um contrato pressupõe a idéia do indivíduo como proprietário. E, como dito, na concepção da autora, “indivíduo” é uma categoria patriarcal.

Nesse ponto, mais uma vez a autora faz um alerta às feministas defensoras da conquista, pelas mulheres, de seu reconhecimento como “indivíduos”: essa batalha nunca será vencida. Embora seja compreensível sucumbir diante da vitória do contrato, o indivíduo é masculino, é uma categoria unitária, é um homem que faz uso do corpo de uma mulher (propriedade sexual). O indivíduo é uma categoria assexuada que faz desaparecer a diferença entre homens e mulheres. Conforme Pateman, muitas feministas contemporâneas – principalmente as norte-americanas – sustentam que a saída para desconstrução de uma sexualidade patriarcal é a eliminação da diferença sexual.

A autora acredita que o contrato é uma saída apenas aparente para o fim do patriarcado, que o sexo neutro expresso na idéia de indivíduo não é a única alternativa válida, ao contrário, o contrato é o meio pelo qual o direito patriarcal é mantido. Segundo ela, na vitória do contrato, a diferença sexual se torna irrelevante para as relações sexuais. No entanto, essa diferença, enquanto uma relação de dominação e sujeição - apesar de suprimida - continua intacta.

Principalmente ao refletir sobre a prostituição e sobre os contratos de “barriga de aluguel”, Pateman ressalta que a extensão às mulheres da concepção masculina de indivíduo como proprietário e da idéia de liberdade como “fazer o que se queira consigo mesmo” significa eliminar qualquer relação intrínseca entre a mulher, seu corpo e sua capacidade reprodutora.

99 O contrato de casamento, como um contrato que envolve a propriedade na pessoa, inclui o compromisso explícito de obediência, um contrato que as mulheres, embora não sejam proprietárias, têm que participar. Trata-se, em última instância, de um grande arranjo retórico: as mulheres têm que fazer parte dos contratos para que a promessa de liberdade universal do contrato original não seja falsa e para que os homens mantenham sua condição de iguais e senhores patriarcais, o contrato com as mulheres tem que ser diferenciado dos outros.

O grande problema que a autora tenta enfrentar ao se referir a uma parte do contrato social que teria sido suprimida, ou seja, ao mergulhar na constituição de um contrato sexual, é a questão da subordinação civil, da subordinação das mulheres. Para transformar essa condição, Pateman propõe o abandono da ficção do contrato social. Segundo ela, “a história da gênese política precisa ser contada novamente, a partir de outra perspectiva”. Os homens brancos que, supostamente, fazem o contrato original são homens brancos, e seu pacto fraterno tem três aspectos: o contrato social, o contrato sexual e o contrato de escravidão, que legitima o domínio dos brancos sobre os negros.” (PATEMAN, 1993, p. 324)

Enfim, Pateman defende o abandono do contratualismo, estruturado na idéia de indivíduo e na correlação entre liberdade civil e direito patriarcal para combater a subordinação civil e para se construir uma feminilidade autônoma, na qual a igualdade é uma forma de expressão da liberdade das mulheres *enquanto mulheres* e não como mulheres capazes de serem iguais aos homens.

As idéias de Pateman sobre a ausência das mulheres no contrato social e os impactos disso na organização das instituições e nas possibilidades de realização da justiça nas questões de gênero partem do mesmo pressuposto de Nussbaum na crítica à Rawls quanto à omissão dos deficientes e outras minorias na posição original. As duas feministas, entretanto, assumem posições diferentes, já que Nussbaum não rejeita a idéia de que a atribuição de direitos ou capacidades se refere ao indivíduo. Ao contrário, sua teoria assume a pretensão de fixar essas capacidades ou direitos mínimos.

De toda forma, como aponta Cyfer (2010):

Dessa base comum, resultam concepções semelhantes sobre a relação entre público e privado. A idéia de Nussbaum de que uma teoria feminista deva considerá-los interdependentes (e não opostos) em muito se assemelha à relação entre o público e o privado defendida por Pateman. Em outras palavras: tanto Pateman quanto Nussbaum entendem que o feminismo precisa tornar a esfera privada permeável à intervenção pública sem sacrificar a individualidade e a intimidade. (CYFER, 2010, p. 145)

Esse é um ponto essencial na reflexão sobre a dimensão da igualdade que, na matriz dworkiana, denominamos de igual respeito. As exigências da igualdade não são apenas econômicas e políticas, atingem também as relações que, embora privadas, têm dimensões públicas. A materialização desse princípio constitucional, na matriz dos direitos aqui adotada, depende também da garantia de espaços de autonomia e autenticidade no âmbito privado.

3.5 Igual respeito, dignidade e autenticidade: os riscos do critério da renda familiar do BPC

Chega-se à última seção desta tese com uma tarefa desproporcional ao espaço argumentativo que ainda resta: apontar os riscos envolvidos na parceria que a Constituição estabeleceu entre o Estado e a família no cuidado, no benefício assistencial, por entendê-la ameaçadora da dignidade humana, no sentido ético desenvolvido por Dworkin (2011), e a meio caminho da inconstitucionalidade.

A ideia aqui não é original, visto que muitas teóricas do feminismo, como visto, apontam os problemas que as relações e obrigações familiares trazem para as mulheres. Mas nossa atenção não se direciona a essa abordagem mais geral, o foco aqui é contextualizado ao nosso objeto: refletir sobre os direitos a partir de um estudo de caso. A concessão do BPC depende de uma avaliação da condição econômica do requerente em seu contexto familiar. O recorte da regra da pobreza é na renda familiar, como está dito na Constituição: o idoso e o deficiente precisam provar que não possuem meios de prover a própria manutenção ou tê-la provida pela família para terem acesso ao BPC.

O cálculo desse rendimento deriva diretamente do conceito de família, que é bem específico no BPC, já que abarca o beneficiário, seu cônjuge, seus filhos não emancipados menores de 21 anos ou inválidos, bem como seus pais e seus irmãos não emancipados menores de 21 anos ou inválidos quando estiverem no mesmo domicílio. Isso significa que, no cálculo da renda, são excluídos, por exemplo, filhos e irmãos maiores de 21 anos, sogros, avós e netos do beneficiário. Esse conceito, que desconsidera, pelo grau de parentesco, muitos membros da família, tem efeitos diretos na população beneficiária. Há uma literatura importante na área de economia sobre os impactos de uma eventual alteração na ideia de família que poderia ajustar e melhorar a seletividade do benefício (DINIZ, MEDEIROS, BARBOSA, 2010).

Sob o ponto de vista econômico, considerar a renda familiar é uma opção melhor, já que leva em conta dados evidentes: que as pessoas vivem em núcleos familiares e que os custos de vida *per capita* diminuem conforme o tamanho desse núcleo familiar. Essa é uma opção política, de toda forma. Embora ainda sem aplicabilidade, a Lei nº 10.835, de 8 de janeiro de 2004, institui a renda básica de

cidadania, um benefício monetário garantido independentemente da condição financeira do beneficiário (BRASIL, 2004). A lei é fruto direto da atuação do senador Eduardo Suplicy, grande defensor da concessão de uma renda básica de forma universal no Brasil.

Há também importantes teóricos que defendem, inclusive com base em razões econômicas, a concessão de uma renda universal. Van Parijs (2000, p.184), um dos grandes expoentes dessa linha, sustenta que

[...] uma renda básica, ao contrário, é paga de maneira estritamente individual. Não apenas no sentido de que cada indivíduo membro da comunidade é um beneficiário, mas também de que o valor que a pessoa recebe independe do tipo de família à qual ela pertence. O funcionamento de um sistema de renda básica prescinde, portanto, de qualquer controle sobre as condições sócio-econômicas e preserva todas as vantagens da redução do custo de vida individual por meio do compartilhamento da moradia com outras pessoas. Exatamente por causa de sua natureza estritamente individualista, a renda básica tende a remover o isolamento e incentivar a vida comunitária. [...] Tenhamos em mente que *não* faz parte da definição de renda básica que ela deva ser suficiente para satisfazer às necessidades básicas do beneficiário: conforme sua definição, o valor da renda básica poderia ser maior ou menor.

Há uma discussão, no Brasil e no mundo, sobre como concretizar a assistência social e sobre o que significa universalidade. Não apenas se discute se a assistência social deve ser restrita à concessão do mínimo ou daquilo que define as necessidades, como se discute quem devem ser os sujeitos dessa assistência, conforme já mencionado. Assim, embora com grande impacto financeiro, a garantia da assistência social de forma individualizada, sem referências à família, não é uma novidade teórica, tampouco um absurdo econômico.

Fixado o pressuposto político-econômico, voltamos ao campo jurídico para continuar avaliando a constitucionalidade da renda familiar para concessão do benefício assistencial. E, insiste-se, esse é um debate importante, mesmo que não tenha ainda ganhado força na esfera pública. Como um grande conflito de gênero que, além disso, lança luz ao caráter individual dos direitos, talvez não haja ainda espaço para uma consistente reivindicação pública que, de toda sorte, será indispensável.

Do ponto de vista abstrato, não haveria problemas na fixação de uma parceria entre o Estado e a sociedade para o compartilhamento de algumas responsabilidades em setores da ordem social, como o cuidado com os vulneráveis, as crianças, os idosos e os incapazes para o trabalho (exatamente como faz a

Constituição de 1988). O princípio da solidariedade da seguridade social estabelece um compartilhamento de responsabilidade em seu financiamento e um conjunto de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade. A questão é como essa parceria pode ser construída sem violar o direito de cada um a um tratamento em igual consideração e respeito.

A solidariedade é o calcanhar de aquiles das políticas de seguridade social, já que estas podem refletir tanto uma responsabilidade ética de amparo e um “recurso social” que alimenta a legitimidade do direito, quanto um resquício de uma compreensão pré-política de solidariedade. Um problema crucial é trazido à tona pela solidariedade: a autonomia dos cidadãos, um conceito fulcral para a teoria de Habermas (1997). É com Günther Frankenberg que Habermas trava uma discussão, a partir da crítica à compreensão de Frankenberg de que a miséria dos indivíduos deve ser uma preocupação pública e de que temos um dever de cuidado uns com os outros. Frankenberg aposta todas as fichas no fortalecimento dos laços de solidariedade e de virtude cívica, algo que, segundo Habermas (2002, p. xx), é extremamente problemático do ponto de vista da autonomia, já que

o verdadeiro problema consistiria em como mobilizar uma consciência de solidariedade que tornasse aceitável, nos limites de uma comunidade eticamente integrada, a restrição da própria autonomia em benefício de outros partícipes.

A essa concepção de um jogo das liberdades privadas em que todos os saldos ficam zerados subjaz, porém, uma oposição antidualética entre autonomia privada e pública.

Assim, em um Estado Democrático de Direito, o máximo de solidariedade compatível com a Constituição é o exercício da cidadania. Entretanto, considerar que o direito é a única forma de estabelecer uma “solidariedade entre estranhos” em sociedades complexas parece instigar ainda mais a dúvida quanto ao caso em análise. A família não é um espaço de estranhos, diria o primeiro crítico. Mas também não é um espaço pré-político, responderiam as feministas.

Mas há um pressuposto que ainda não foi esclarecido: por que a fixação de um critério de renda familiar prejudica as mulheres? Porque o cuidado com o outro é, com bastante frequência, uma obrigação das mulheres, logo, o deficiente ou idoso incapaz será, em casa, cuidado por uma mulher. Assim, além de ser sobrecarregada com um trabalho não remunerado, se for preciso, a mulher se retirará do mercado de trabalho para que a família desça ao nível de renda exigido pela lei e o deficiente ou idoso tenha direito ao benefício assistencial.

Essa afirmação não é especulativa, dado que há toda uma literatura feminista nesse sentido. Por exemplo, Camarano (2010, p. 17) ressalta que, historicamente, o cuidado das crianças e dos idosos é uma atividade predominantemente feminina:

Apesar das recentes transformações estruturais envolvendo os arranjos familiares e o papel social das mulheres, o processo de envelhecimento populacional parece não estar sendo acompanhado, na dimensão esperada, de uma mudança na divisão sexual do trabalho de cuidar, especialmente no cuidado familiar. Isto pode ser resultado da resistência dos atores envolvidos e/ou baixos incentivos institucionais que as famílias recebem, o que é reforçado pelo estado conjugal.

É o cuidado e a reprodução que sempre definiram o papel da mulher dentro da família, e isso parece uma função incontroversa, refletida na história, nos costumes e nas leis (NUSSBAUM, 2002). A renda familiar e outras parcerias que a Constituição fixou com a família são formas indiretas de estabilização dessa posição da mulher. Certamente o crítico vai dizer que a renda do BPC voltará ao seio familiar e poderá ser usufruída também pela cuidadora, o que pode estar correto em alguma medida. Mas o ponto é que essa mulher cuidadora viverá uma vida sem autenticidade.

A autenticidade é o segundo princípio que compõe a ideia de dignidade e que enuncia que viver bem é viver de uma forma própria, é construir uma narrativa definida por si mesmo e assumir a responsabilidade sobre as escolhas que faz. Uma vida autêntica é uma vida livre de dominação. A isso se soma o autorrespeito, o primeiro princípio da dignidade, que enuncia que viver bem é fazer da vida algo não trivial, importante em algum sentido, conforme já exposto.

Embora seja uma virtude ética, a dignidade também tem uma dimensão política. Ela exige que o Estado possibilite que as pessoas busquem o autorrespeito e a autenticidade em suas vidas. Viver uma vida sem autenticidade parece a única possibilidade para muitas mulheres, já que a autenticidade exige a ausência de dominação, algo raro para o gênero feminino. Sem autenticidade, não há dignidade. Essa é uma “virtude indivisível”, segundo Dworkin (2011)).

Ao que parece, a autenticidade é o princípio da dignidade que o Estado não consegue garantir às mulheres integralmente, já que não lhes é garantido o espaço de escolha de um estilo e de um tipo de vida próprio sobre o qual assumam uma responsabilidade pessoal. A violência, a ausência de lazer, as imposições reprodutivas trazem enormes limitações às escolhas possíveis. Assim, não resta muito espaço para que as mulheres possam viver bem suas vidas, sem desperdiçá-

las na reprodução do que foi imposto socialmente, nem sempre fruto de decisões genuínas. Esclarecedora é a posição de Habermas (2002, p. 57, grifos nossos):

O tratamento igual vale para desiguais como que conscientes de sua pertença em comum. O aspecto segundo o qual pessoas são iguais a todas as demais pessoas não pode ser validado à custa de outro aspecto, segundo o qual elas também são como indivíduos absolutamente diferentes de todos os outros. O respeito reciprocamente equânime por cada um, exigido pelo universalismo sensível a diversificações, é do tipo de uma inclusão **não-niveladora** e **não-apreensória** do outro em sua alteridade.

Uma das imposições éticas que as mulheres sofrem é a obrigação do cuidado com o outro. Cuidar do outro, viver uma vida integralmente dedicada a isso, pode ser um bom exemplo de ausência de autenticidade. Como diz Dworkin, mesmo uma vida em respeito ao outro pode ser uma vida sem valor. Mas essa afirmação é incômoda da perspectiva ética. É possível viver bem sem cuidar de quem se ama? O cuidado não é parte essencial da vida de quem pretende viver corretamente? Não é um valor objetivo, para dizer com Dworkin? O cuidado não é algo valioso nas relações amorosas? É Nussbaum (2002, p. 348) quem responde:

A emoção do amor e os padrões de desejo e ação associados à doação do cuidado não podem ser entendidos de forma adequada como simples impulsos. São melhor entendidos como movimentos que implicam grande quantidade de pensamento e interpretação, e, em particular, de avaliação. O amor implica ver o objeto de uma maneira particular e ter uma variedade de opiniões sobre ele. [...] Os padrões de doação de cuidados implicam também entendimentos acerca de quais coisas e pessoas são importantes e valiosas, do que é correto e apropriado, de uma grande quantidade de outras avaliações, muitas delas de natureza normativa. Estes não são o tipo de coisas que se encontram dadas já simplesmente no nascimento: devem ser aprendidas.

Todos os padrões de cuidado são construções culturais que podem ser alteradas (NUSSBAUM, 2002). Temos obrigações de cuidado inclusive com terceiros. Certamente tudo isso é verdadeiro, mas o cuidado não pode impedir a autenticidade, precisa ser fruto de uma decisão em que haja a possibilidade, igualmente genuína e ética, de recusa. A ninguém pode ser exigido que não viva também para si próprio.

Esse alerta não desconsidera que o cuidado é uma necessidade. Na linha de Nussbaum, o cuidado é uma necessidade tanto de quem o recebe quanto de quem o oferece, e todos vivenciamos em nossas vidas momentos de extrema necessidade de cuidados, inclusive na fase adulta, quando muitos experimentam períodos de profunda dependência. Assim, são necessários arranjos públicos, como os da assistência, que ofereçam “cuidados àqueles em condição de extrema dependência,

sem explorar as mulheres como elas foram tradicionalmente exploradas” (NUSSBAUM, 2010, p. 36).

No direito civil, a parceria entre Estado e família e os riscos da abordagem solidarista dos direitos são reproduzidos no princípio da solidariedade familiar. Esse princípio condensa na legislação o cuidado como um dever em referência a uma família que, em muitos casos, é sinônimo de um vínculo biológico que remete às mulheres e nem sempre acompanha as ligações afetivas.

Seria então inconstitucional toda essa sistemática normativa? Caminhamos com Habermas (1997, v. II, p. 41), quando expõe sua interpretação sobre as lutas por reconhecimento:

É preciso percorrer um longo caminho, envolver-se decididamente em encenações capazes de influenciar a opinião pública, antes que esses assuntos, tidos inicialmente como “privados”, possam adquirir o status de temas politicamente reconhecidos e antes que as necessidades das pessoas envolvidas possam articular-se suficientemente, tendo como pano de fundo diferentes interpretações e “visões acerca da vida boa”.

Em pouco tempo, será irrecusável a alteração desses arranjos em relação ao cuidado. Camarano (2010, p. 19) refere-se aos idosos, mas nada faria supor que o mesmo não se aplica aos deficientes:

O aumento da participação das mulheres no mercado de trabalho, o declínio da fecundidade, as mudanças nos padrões de nupcialidade, os movimentos migratórios, entre outros fatores, estão aumentando a demanda por modelos alternativos de cuidado dos idosos em situação de dependência.

A Constituição constitui uma comunidade de princípios que requer uma permanente atualização de sentidos, conforme Habermas (2003, p. 165, grifos nossos) pontua:

[...] A legislação em vigor continua a interpretar e a escrever o sistema de direitos, adaptando-o às circunstâncias atuais (e nesta medida, apaga a diferença entre normas constitucionais e simples leis). **É verdade que essa continuação falível do evento fundador só pode escapar do círculo da autoconstituição discursiva de uma comunidade, se esse processo, que não é imune a interrupções e a recaídas históricas, puder ser interpretado, a longo prazo, como um processo de aprendizagem que se corrige a si mesmo.**

O importante é que a pergunta sobre o cuidado não venha colada no gênero. Se a questão sobre o cuidado de quem se ama só se colocar às mulheres, então temos uma pergunta discriminatória, e a discriminação é um avilte à dignidade. As mulheres não têm o cuidado como um determinante genético. Muitas de nós fizeram essa opção por razões pessoais, sociais e psíquicas de diversas ordens, mas esse

caminho precisa ser feito como uma opção autêntica, sob pena de negarmos às mulheres a tão festejada dignidade.

Conclusão

A justiça tem um importante papel na definição de o que exatamente exigem os direitos. Demilitar precisamente o papel da justiça e efetivar os direitos é uma tarefa ininterrupta. O objetivo principal dessa tese foi comprovar que a igualdade, no sentido da garantia de um tratamento em igual respeito e consideração, é a virtude soberana de uma comunidade política. A idéia abstrata de igualdade foi tratada em referência aos direitos sociais e, em especial, ao direito à assistência social, ou seja, o direito de ser amparado pelo Estado em situações de vulnerabilidade ou necessidade.

A idéia principal desenvolvida foi de que o direito à igualdade exige mais que a garantia de mínimos, seja no sentido de direitos mínimos ou de um mínimo existencial, seja no sentido da garantia de prestações ou recursos mínimos, o mínimo social. No campo da adjudicação de direitos, essa oposição ao paradigma dos mínimos é, em última instância, a afirmação da igualdade e um contraponto ao entendimento mais geral de que a escassez de recursos é um argumento disponível ao julgador e de que a aplicação dos direitos é o mesmo que a ponderação de bens.

O risco que essa tese apontou é de que a preocupação com a limitação dos recursos - essencial ao debate sobre justiça distributiva, às definições políticas sobre como distribuir a riqueza - ao migrar para o campo dos discursos de aplicação, faz com que garantia judicial de direitos sociais passe a ser o mesmo que decidir sobre como distribuir a riqueza da nação. Essa contaminação entre os discursos de aplicação e justificação, presente na aplicação dos direitos sociais na jurisprudência e nas reflexões doutrinárias brasileiras, ameaça as garantias individuais fixadas na Constituição de 1988.

As decisões sobre direitos sociais precisam ser desenvolvidas no âmbito normativo e com base em princípios. Os valores a serem protegidos já foram definidos democraticamente e transformados em direitos, de forma que, ao aplicá-los, não há novo espaço discricionário para nova ponderação de valores ou bens. Argumentos de princípios são aqueles direcionados à garantia de um direito individual, argumentos de política são destinados a fixar objetivos coletivos (DWORKIN, 2002, p. 141), ambos não podem ser usados indiscriminadamente. Na

adjudicação dos direitos sociais, o constitucionalismo é um aperfeiçoamento da democracia. As questões decididas nesses casos envolvem princípios e não escolhas políticas (DWORKIN, 2005, p.289).

Nesse sentido, nas decisões em que impera a máxima da proporcionalidade e em que é forte a preocupação com a reserva do possível – quintessência da ponderação de valores - o mínimo existencial surge como única contraposição possível, como um espaço apertado de resistência e salvaguarda da dignidade humana. Dessa perspectiva teórica, o mínimo existencial parece ser a única forma de enfrentamento do argumento da escassez de recursos, da reserva do possível.

A interpretação do mínimo existencial a melhor luz mostra-o como fruto de uma construção jurisprudencial em um cenário constitucional em que a Constituição não enuncia de forma explícita os direitos sociais. Por essa razão, o Tribunal Constitucional Federal alemão, de forma criativa, desenhou esse núcleo mínimo de proteção da dignidade humana contra o qual a reserva do possível tem menos força.

Uma solução interessante para um cenário constitucional estrangeiro no qual a história do país, aos olhos de seus cidadãos, recomenda desconfiança em relação à enunciação de um rol de direitos sociais no texto constitucional. O mínimo existencial então, assim entendido, não passa de um argumento contra a reserva do possível e a favor dos direitos sociais, na Alemanha.

Ocorre que a igualdade, um princípio soberano na Constituição brasileira de 1988, enuncia que a vida de alguns – daquelas que pertencem a uma classe social economicamente superior – não tem mais valor que a vida de outros, de forma que os arranjos políticos de distribuição da riqueza precisam considerar que relações de desigualdade persistem mesmo que todos os cidadãos vivam com o mínimo.

Há uma diferença na concepção dos direitos sociais quando pensados sob o pálio da igualdade. Diversamente do que estabelece o paradigma dos mínimos, interpretar os direitos sociais como garantia de uma igualdade distributiva faz diferença. E essa diferença está na vivacidade da tensão igualdade-desigualdade que os direitos sociais não deixam morrer, mas que é apagada, como idéia-guia, quando o mínimo passa a ser o justo.

Provou-se ainda que, como marco de aplicação dos direitos sociais, a ideia de necessidades básicas presente na Constituição é melhor que a idéia de mínimos sociais. As necessidades dos indivíduos são um parâmetro para o direito à assistência social mais adequado a nossa identidade constitucional porque mais

fluido e aberto. Além disso, a idéia de necessidades evita os sérios riscos trazidos pelo Estado Social no que toca à violação da autonomia dos indivíduos. Como política social, o mínimo social é desenhado a partir de condições e, quanto mais condicional um benefício, maior a necessidade de se investigar a vida privada dos beneficiários (Van Parijs, 2000).

O mínimo existencial é uma proposta interpretativa que não encontra aderência ao sistema constitucional brasileiro porque não leva a sério a imposição de justiça que exige que distribuamos igualmente os recursos provenientes da cooperação social. A teoria dos mínimos não se ajusta aos princípios que a Constituição de 1988 estatui, tampouco à ideia de igualdade distributiva que alguns desses princípios induzem. O compromisso com a igualdade é uma imposição da Constituição que fica ameaçada quando a teoria dos mínimos ganha influência.

De forma específica, o direito social sob enfoque foi o direito à assistência social, que é o mais comumente relacionado à ideia de mínimos. O trabalho partiu de um estudo de caso sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desde a Constituição de 1988, relativa ao BPC, o principal benefício assistencial disposto no artigo 203, V, da Constituição. O BPC vem sendo razão para várias ações que vão desde o mandado de injunção até um recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, que ainda está pendente de julgamento. Trata-se de uma bela história sobre a força dos princípios constitucionais, sobre as possibilidades radicais do controle de constitucionalidade e sobre a supremacia da ideia de igualdade.

O estudo de caso, correspondente à recuperação das principais decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o benefício assistencial, foi narrado na forma da *chain of law*. O objetivo foi utilizar o recurso literário que Dworkin importa para o direito como uma forma de reproduzir o caminho do julgador que respeita a Integridade do Direito e que, portanto, considera, ao tomar uma nova decisão, não apenas os capítulos já escritos sobre uma questão, mas qual a forma de entendê-los sob a melhor luz. A recuperação desse processo decisório não é mero registro histórico, tampouco se confunde com a simples coerência. A Integridade exige uma habilidade e criatividade não somente em relação ao passado, mas principalmente em relação às possibilidades do futuro.

Foi o estudo dessa jurisprudência sobre o BPC que trouxe à tona a questão dos mínimos e sua estreita vinculação a um conceito despotencializado de dignidade da pessoa humana. São muitos os autores brasileiros e muitas as sentenças ou

acórdãos que despotencializam a ideia de dignidade humana tomando-a sob uma concepção diminuída. A dignidade humana é uma ideia poderosa e significa garantia de autorespeito e autenticidade.

A autenticidade, entendida como um subprincípio da dignidade humana, segundo Dworkin, é o que garante que cada um possa viver bem sua vida de uma maneira própria e escolhida sem opressões, de forma que possa se responsabilizar por ela. A dignidade humana e a autenticidade nos remetem à hipótese de que a parceria entre o Estado e a família e uma concepção solidarista da Constituição precisam ser novamente interpretadas de forma a garantir às mulheres espaço para que tenham vidas autênticas. Só uma nova consideração sobre a dimensão política da família poderá garantir dignidade às mulheres. E somente essa garantia poderá efetivar a igualdade de gênero. Assim, além da igual consideração, a dimensão da igualdade distributiva no marco da teoria de Dworkin, o igual respeito também é importante.

Em paralelo, essa tese desenvolveu a ideia de que, em uma decisão judicial, importa mais o compromisso com o igual respeito e consideração e com as características do caso, e menos a forma teórica com a qual o julgador fundamenta a decisão. Isso significa que a teoria explicitamente utilizada pelo julgador nem sempre leva à decisão que ele tomou. Exemplo disso são decisões corretas que se fundamentam no mínimo existencial embora, ao contrário do que o paradigma enuncia, garantam direitos sociais em sua integralidade e não de forma mínima.

Se existir um compromisso com a igualdade e com a Constituição, ainda que não explicitamente articulado, ele poderá ser forte o bastante para guiar o julgador em direção à decisão correta. Ocorre que essa tensão entre o juízo e seus fundamentos ameaça a integridade do sistema, já que a coerência é parte importante da integridade e o futuro não pode ser desprezado. Além disso, uma correta fundamentação é garantia constitucional de imparcialidade e instrumento necessário ao exercício da jurisdição.

Outro problema é que a adoção e reprodução de teorias do direito que não articulam bem a separação entre direito e política e não diferenciam os discursos de aplicação dos discursos de fundamentação trazem problemas à garantia dos direitos, à reprodução do sistema, à formação dos juristas etc. Teorias podem ser mal aplicadas ou podem implodir sozinhas diante dos casos. Isso não é suficiente

para alterar a correção da decisão, mas é o bastante para colocar o sistema em perigo.

Decisões corretas que partem de argumentos equivocados, de uma aplicação errada da teoria que explicitamente adotam, devem servir de alerta quanto às decisões futuras. Ademais, devemos rejeitar esse paradoxo no qual a decisão correta pode ser fruto de um erro na aplicação ou da implosão concreta da teoria para nos guiar por um objetivo mais sistêmico de fortalecer abordagens teóricas que representem fundamentos que imponham decisões corretas. Vale lembrar que somente um direito positivo estruturado sob princípios permite decisões corretas (HABERMAS, 2003, v. I).

A tese também se preocupou em responder aos clássicos argumentos contra a justiciabilidade dos direitos sociais, reforçando a ideia de que a intervenção judicial nesses casos favorece a democracia ao garantir aos cidadãos um fórum de princípios que atua em nome dos direitos individuais e não apenas pelo bem comum. A igualdade também tem uma dimensão política. Além disso, comprovou-se que, na esfera política, é possível tomar decisões corretas sobre a distribuição de recursos, recusando a impossibilidade de realização da justiça nesse campo. Decisões corretas sobre a justiça distributiva são aquelas que emergem da esfera pública e dos discursos racionais, considerando também o que a integridade exige da política. Certamente essas decisões são mutáveis e disponíveis, mas isso não lhes retira a indispensável legitimidade.

Por fim, a Constituição é um *projeto em movimento* e a efetivação dos direitos sociais depende de novas interpretações reiteradamente realizadas por todos que compõem a comunidade de intérpretes da Constituição, a cada novo momento da história dessa comunidade (HABERMAS, 2004). Os limites e as regras das instituições contam, mas a vida das pessoas, suas experiências e realizações, contam mais (SEN, 2009). É disso que tratou esta tese, dos sujeitos em situação de vulnerabilidade social e econômica, dependentes da garantia concreta do direito à assistência social e dos caminhos de aplicação desse direito que levem a sério não apenas os limites da comunidade política, mas as necessidades de seus cidadãos.

De toda sorte, mais que garantir assistência social a quem necessitar, a igual consideração e respeito é um ideal político que pretende que todos os indivíduos possam escolher e realizar seus planos de vida em uma relação igualitária, da

perspectiva econômica e social, com seus concidadãos. Assim, a igualdade é ambiciosa, ela exige que superemos o dever de garantir um mínimo social para todos e avancemos de forma a que todos possam ser verdadeiros cidadãos e não apenas indivíduos que vivam em condições minimamente dignas.

Referências

ACRE. *Ação Civil Pública n. 2007.30.00.000204-0, de 11 de abril de 2007*. Proposta pelo Ministério Público Federal e pela Defensoria Pública Federal contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), trata dos critérios de elegibilidade ao Benefício de Prestação Continuada. Rio Branco, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *On the structure of legal principles*. Oxford: Ratio Juris, 2000.

_____. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

BARACHO JUNIOR, José. Alfredo. O. A nova hermenêutica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Org.). *Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Interesse Público*, n. 46, p. 34, nov/dez, 2007.

BEHRING, Elaine; BOSCHETTI, Ivanete. *Política social: fundamentos e história*. São Paulo: Cortez, 2006.

BITENCOURT Neto, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010

BONAVIDES, Paulo. (Org.). *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. São Paulo: Del Rey, 2005. v. 5.

BOSCHETTI, Ivanete. *Seguridade social e trabalho: paradoxos na construção das políticas de previdência e assistência social no Brasil*. Brasília: LetrasLivres/UnB, 2006.

_____. *Assistência Social no Brasil: um direito entre originalidade e conservadorismo*. Brasília: Ivanete Boschetti, 2003.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 mar. 2011.

_____. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2007.

_____. *Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999*. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Brasília, 1999. Disponível em: <<http://www.interlegis.gov.br/cidadania/inclusoes/inclusaosocial/legislacao/decreto-no-3-298-de-20-de-dezembro-de-1999>>. Acesso em: 30.01.2011

_____. *Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007*. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências. Brasília, 2007. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6214.htm>. Acesso em: 2 dez. 2008.

_____. *Instrução Normativa nº 27, de 30 de abril de 2008*. Estabelece critérios para serem adotados na área de benefícios. Brasília: INSS, 2008. Disponível em: <www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/INSS-PRES/2008/27.htm>. Acesso em: 30.01.2011

_____. *Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993*. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Assistência Social. Brasília, 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L8742.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2009.

_____. *Lei nº 6.179, de 11 de setembro de 1974*. Institui o benefício previdenciário para maiores de setenta anos de idade e inválidos. Brasília, 1974. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1974/6179.htm>>. Acesso em: 2 dez. 2008.

_____. *Lei nº 9.593, de 23 de dezembro de 1997*. Autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. Brasília, 1997. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/lei9533.htm>>. Acesso em: 30.01.2011

_____. *Lei nº 10.835, de 8 de janeiro de 2004*. Institui a renda básica de cidadania e dá outras providências. Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.835.htm>. Acesso em: 11 mar. 2011.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Benefício de Prestação Continuada*. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br>>. Acesso em 30.01.2011

BRIGHOUSE, H. ROBEYNS, I.(ed) *Measuring Justice. Primary Goods and Capabilities*. Cambridge: Cambridge University Press

CAMARANO, Ana Amélia. *Cuidados de longa duração*. Rio de Janeiro: Ipea, 2010

CANOTILHO, J.J. Gomes; PAULA, Érica; ORIONE, Marcus. *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 141-163.

_____. Uma reflexão constitucional acerca dos direitos fundamentais do portador de sofrimento ou transtorno mental em conflito com a lei. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 2, p. 67-80, 2005.

_____. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, n. 3,, 2000.

_____. A contribuição do direito administrativo enfocando da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da Constituição. *Fórum Administrativo*, n. 16, 2001.

_____. Entrevista. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 65, n. 4, p. 7-12, 2007.

_____. Uma reflexão acerca dos direitos fundamentais do portador de sofrimento ou transtorno mental em conflito com a lei como expressão da dinâmica complexa dos princípios em uma comunidade constitucional – os influxos e as repercussões da Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001. *Virtù*, n. 1, p. 1-13, 2007.

_____. A Constituição da Europa. In: SAMPAIO, José A. Leite (Coord.). *Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 281-289.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do direito na alta modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CHUERI, Vera Karam de. *Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: J.M., 1995.

CIARLINI, Álvaro Luís de Araújo. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar*. 2008. 288 f.

Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília, 2008.

COPP, David. *The Right to an adequate standard of living: justice, autonomy, and the basic needs*. Social Philosophy e Policy, vol. 9, n. 1(1992), pp.231-261

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CYFER, Ingrid. Liberalismo e Feminismo: Igualdade de Gênero em Carole Pateman e Martha Nussbaum. Rev. Sociol. Polít., Curitiba, v. 18, n. 36, p. 135-146, jun. 2010

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; BARBOSA, Livia. *Deficiência e igualdade*. Brasília: LetrasLivres/UnB, 2010.

DOYAL, Len; GOUGH, Ian. *Teoría de las necesidades humanas*. Barcelona: Icaria, 1994.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *A virtude soberana*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Justice in robes*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

_____. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

_____. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

GARGARELA, Roberto. Democracia deliberativa e o papel dos juízes diante dos direitos sociais. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.) *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 207-227.

_____. *As teorias da justiça depois de Rawls*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GÜNTER, Frankenberg. *Why care? The trouble with social rights*. *Cardozo Law Review*, v. 17, n. 4-5, p. 1365-1390, 1996.

_____. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. *Doxa*, n. 17-18, p. 271-302, 1995.

_____. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

GUSTIN, Miracy Barbosa. *Das necessidades aos direitos*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I-II.

_____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. *Entrevista*. Revista Argentina de Teoria Jurídica. V. 1. N.1. dezembro, 1999.

_____. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Hebert L. A. *O Conceito de Direito*. 2 ed. Tradução A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HELLER, Agnes. *Una Revision de la Teoria de las Necesidades*. Trad. Ángel Rivero Rodríguez. Barcelona: Editora Paidós, 1996.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York-London: Norton, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª edição. Trad. João Baptista Machado. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

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

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MAUS, Ingeborg. *Separação dos Poderes e Função Judiciária. Uma perspectiva teórico democrática*. In: BIGONHA, A. C. A.; MOREIRA, L. (Org) Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MEDEIROS, Marcelo. *O que faz os Ricos ricos?* São Paulo: Hucitec, 2005.

MEDEIROS, Marcelo; COSTA, Joana. What do we mean by "feminization of poverty"? *One Pager*, n. 58, 2008. Disponível em: <http://www.ipc-undp.org/pub/IPCOnePager58.pdf>. Acesso em: 30.01.2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

NUSSBAUM, Martha. *Las fronteras de la justicia*. Madrid: Paidós, 2008.

_____. *Las mujeres y el desarrollo humano*. Barcelona: Empresa Editorial Herder, S. A., 2002.

_____. *Capacidades e Justiça Social*. In: Deficiência e Igualdade. Brasília: Editora UnB, 2010

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

PATEMAN, C. *O contrato sexual*. Trad. Marta Avancini. Rio de Janeiro: Editora Paz e Guerra, 1993.

PENALVA, Janaína; DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. Política assistencial, orçamento e justiça: o caso do Benefício de Prestação Continuada no Supremo Tribunal Federal. *Sociedade e Estado*, v. 25, n. 1, p. 53-70, jan./abr. 2010.

PEREIRA, Potyara A. P. *Necessidades humanas: subsídios à crítica aos mínimos sociais*. São Paulo: Cortez, 2006.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

ROCHA, Daniel Machado da. *O direito fundamental à seguridade social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ROVIELLO, Anne-Marie. Conflito de direitos ou conflito de interpretações do Direito? Trad. Menelick de Carvalho Netto. Zanetti, V. & Wesche, S. (eds.). Ronald Dworkin. Ousia, Bruselas, 1999.

ROSENFELD, Michel. *A Identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Cravalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Wederson. O que é incapacidade para a proteção social brasileira? In: DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; BARBOSA, Lívia. *Deficiência e igualdade*. Brasília: LetrasLivres/UnB, 2010. p. 175-194.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Interesse Público*, n. 12, 2001.

_____. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; PAULA, Érica; ORIONE, Marcus. *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71-106

_____. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos fundamentais na Constituição de 1988, 8 edição. Rev. Atual. Ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010 SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLO JORGE, Társis N. *Teoria geral do direito previdenciário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Porto Alegre: Lumen Juris, 2002

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Prereira de. (Coord.) *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010.

SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

_____. *Equality of what?* In: MCMURRIN, S.M. (Ed.). *The Tanner lectures on human values*. Salt Lake City: University of Utah Press/Cambridge University Press, 1980.

_____. *The idea of Justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. 2005. . Tese de titularidade. São Paulo: USP, 2005.

STRECK, Luis Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 1.232. *Diário de Justiça*, 1º jun. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1232&processo=1232>>. Acesso em: 9 mar. 2011.

_____. *Repercussão Geral – Benefício assistencial de prestação continuada – idoso – renda per capita inferior a meio salário mínimo em 2007*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/jurisprudenciaRepercussao.asp>>. Acesso em: 30.01.2011

_____. *ADPF nº 182*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>>. Acesso em: 30.01.2011

SUSTEIN. Cass. R. *Radicals in robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*. Cambridge: Basic Books, 2005.

_____. Cass. *Designing Democracy*. What constitutions do. Oxford. Oxford University Press, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Porto Alegre: Lumen Juris, 2008. p. 313-339

_____. *O direito ao mínimo existencial*. São Paulo: Renovar, 2009.

VAN PARJIS, Philippe. Renda básica: renda mínima no século XXI? *Estudos Avançados*, v. 14, n. 40, p. 179-210, 2000.

VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WALDRON, Jeremy. John Rawls and the social minimum. *Journal of Applied Philosophy*, v. 3, n. 1, p. 21-33, 1986.

_____. Socioeconomic Rights and Theorie of Justice. WALDRON, Jeremy. Socioeconomic rights and theories of justice. In: LAW, ECONOMICS, AND POLITICS COLLOQUIUM, 2010, New York. *Anais eletrônicos* New York : New York University School of Law, 2010. Disponível em: www.law.nyu.edu/academics/colloquia/laweconomicsandpolitics/index.htm. Acesso em: 08 nov. 2010.

_____. Dignity and Rank. *European Journal of Sociology*. 48, pp 201-237. 2007.

_____. Socioeconomic rights and theories of justice. In: LAW, ECONOMICS, AND POLITICS COLLOQUIUM, 2010, New York. *Anais eletrônicos...* New York: New York University School of Law, 2010. Disponível em: <www.law.nyu.edu/academics/colloquia/laweconomicsandpolitics/index.htm>. Acesso em: 8 nov. 2010.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. IN: SARLET, I. W.; TIMM, L.B. *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010.

Anexos

Supremo Tribunal Federal

SERVIÇO DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 26.05.95
EMENTÁRIO Nº 1 7 8 8 - 1

76

22/03/95

TRIBUNAL PLENO

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
FEDERAL - (MEDIDA LIMINAR)

Nº 1232-1 DISTRITO

REQUERENTE: PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA
REQUERIDOS: PRESIDENTE DA REPÚBLICA E
CONGRESSO NACIONAL

EMENTA: MEDIDA LIMINAR EM ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONCEITO DE "FAMÍLIA INCAPAZ DE PROVER A MANUTENÇÃO DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA OU IDOSA" DADO PELO § 3º DO ART. 20 DA LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL (LEI Nº 8.742, DE 07.12.93) PARA REGULAMENTAR O ART. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. Arguição de inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, que prevê o limite máximo de 1/4 do salário mínimo de renda mensal "per capita" da família para que seja considerada incapaz de prover a manutenção do idoso e do deficiente físico, ao argumento de que esvazia ou inviabiliza o exercício do direito ao benefício de um salário mínimo conferido pelo inciso V do art. 203 da Constituição.

2. A concessão da liminar, suspendendo a disposição legal impugnada, faria com que a norma constitucional voltasse a ter eficácia contida, a qual, por isto, ficaria novamente dependente de regulamentação legal para ser aplicada, privando a Administração de conceder novos benefícios até o julgamento final da ação.

3. O dano decorrente da suspensão cautelar da norma legal é maior do que a sua manutenção no sistema jurídico.

4. Pedido cautelar indeferido.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir o pedido de medida liminar e determinar a redistribuição do processo ao Ministro ILMAR GALVÃO, relator da ADin 877-3/DF, para julgamento conjunto.

Brasília, 22 de março de 1995.


SEPÚLVEDA PERTENCE -

PRESIDENTE


MAURÍCIO CORRÊA -

RELATOR

00178800
01055500
00123210
00000010

22/03/95

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1232-1 DISTRITO FEDERAL - (MEDIDA LIMINAR)

REQUERENTE: PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA
REQUERIDOS: PRESIDENTE DA REPÚBLICA E
CONGRESSO NACIONAL

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: O Procurador Geral da República pede medida cautelar nesta ADI nº 1.232, promovida para impugnar o § 3º do art. 20 da Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742, de 07.12.1993) por incompatibilidade com o que dispõe o art. 203, V, da Constituição Federal, fls. 2/3.

2. Esclarece que adota os fundamentos expostos na solicitação a ele dirigida pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, fls. 5/7, que por sua vez acolhe manifestação da Promotora de Justiça Coordenadora do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Infância e da Juventude e da Pessoa Portadora de Deficiência, fls. 8/9, a qual, por sua vez, se apoia em manifestação apócrifa, mas que sugere ser de uma Promotora de Justiça do mesmo C.A.O, fls. 10/23. Afirma que o pedido é relevante.

3. Passo a ler a disposição impugnada, incluindo o caput e os dois parágrafos que a precedem, *in verbis*:

"Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa



portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, entende-se por família a unidade mononuclear, vivendo sob o mesmo teto, cuja economia é mantida pela contribuição de seus integrantes."

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.



§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quatro) do salário mínimo.

....."

4. O Procurador Geral de Justiça alega que o referido dispositivo é inconstitucional porque limita e restringe o direito garantido pelo art. 203, I, da Constituição; acrescenta que ele afasta da proteção constitucional o grande número de pessoas que o constituinte quis proteger, assegurando condições mínimas de dignidade e não exigindo, para tanto, o nível de miséria absoluta, como pretende a norma impugnada.

5. A Coordenadora do C.A.O. alega que a disposição legal impugnada, que veio para dar eficácia plena à norma constitucional, inviabilizou o exercício deste direito.

É o relatório.

 2


V O T O

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (Relator): O Procurador Geral da República pede cautelar para suspender a eficácia do § 3º do art. 20 da Lei Orgânica da Assistência Social por entender que fere o inciso V do art. 203 da Constituição, que dispõe, *in verbis*:

"Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

.....

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei."

2. A norma constitucional não é auto-aplicável porque depende de lei regulamentadora. O *caput* do art. 20 da lei repete o inciso V do art. 203 da Constituição; o § 1º dá o conceito de família para os efeitos do *caput*; o § 2º conceitua pessoa portadora de deficiência para os efeitos do *caput*; e o impugnado § 3º dá o conceito de família incapaz de prover o necessitado referido no *caput*.

3. Ao que se depreende, o requerente argúi a inconstitucionalidade do § 3º, acusando-o de ter esvaziado ou



92

00178800
01055500
00123230
00015950

inviabilizado o exercício do direito conferido pelo inciso V do art. 203; ataca com veemência o limite de 1/4 do salário mínimo de renda mensal *per capita* da família para que seja considerada incapaz de prover a manutenção do idoso e do deficiente físico, mas não sugere um padrão de comparação.

É axiomático no direito que a estipulação de pensão e de outros benefícios deve levar em conta, fundamentalmente, dois fatores: de um lado, a necessidade do beneficiário, e de outro, a possibilidade de quem arca com o encargo. A conjugação destes dois fatores é que dá a medida justa do benefício.

O legislador ordinário, bem ou mal, mas cumprindo o dever de editar a lei, estabeleceu um parâmetro, que teve a virtude de dar eficácia à norma constitucional. Ruim com ela, pior sem ela.

4. Mesmo sem apreciar a questão no contexto de uma escala axiológica, como exige o pedido formulado, creio que o dano decorrente da suspensão cautelar do dispositivo legal é maior do que a sua manutenção: a liminar faria com que a norma constitucional que assegura o direito voltasse a ter eficácia contida, e ficaria novamente dependente de regulamentação legal para ser aplicada, privando a Administração de conceder novos benefícios até o julgamento final da ação.

Isto basta para ver que, neste superficial juízo cautelar, não estão reunidas as condições para a sua concessão.

Indefiro a cautelar.

4



22.3.1995

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.232-1-DF

(MEDIDA LIMINAR)

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, conjugo o teor do § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93 com o § 1º do mesmo Diploma no que preceitua:

"Para os efeitos do disposto no **caput**, entende-se por família a unidade mononuclear, vivendo sob o mesmo teto, cuja economia é mantida pela contribuição de seus integrantes."

Se remetermos ao inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal, constataremos que o salário mínimo pressupõe, quanto ao valor, a viabilidade de com ele se manter aquele que o percebe, bem como a respectiva família.

De qualquer forma, Senhor Presidente, penso que a suspensão de eficácia desse parágrafo constitui, pelo menos neste exame preliminar, um mal maior do que a manutenção, como ressaltado pelo Ministro Maurício Corrêa.

Acompanho o eminente Ministro-Relator, indeferindo a liminar.



00178800
01055500
00123230
00115740

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.232-1 - medida liminar
ORIGEM : DISTRITO FEDERAL
RELATOR : MIN. MAURICIO CORREA
REQTE. : PROCURADOR-GERAL DA REPUBLICA
REQDOS. : PRESIDENTE DA REPUBLICA E CONGRESSO NACIONAL

Decisão: Por votação unânime, o Tribunal indeferiu o pedido de medida liminar e determinou a redistribuição do processo ao Ministro Ilmar Galvão, relator da ADin 877-3-DF, para julgamento conjunto. Votou o Presidente. Ausentes, ocasionalmente, os Ministros Francisco Rezek e Octavio Gallotti, Presidente. Presidiu o julgamento o Ministro Sepúlveda Pertence, Vice-Presidente. Procurador-Geral da República, Dr. Moacir Antonio Machado da Silva, na ausência ocasional do Dr. Aristides Junqueira Alvarenga. Plenário, 22.3.95.

Presidência do Senhor Ministro Octavio Gallotti. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Francisco Rezek e Maurício Corrêa. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Néri da Silveira.

Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga.


LUIZ TOMIMATSU

Secretário



COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA

D.J. 01.04.2005

13/05/2004

EMENTÁRIO Nº 2185-1

TRIBUNAL PLENO

AG.REG.NA RECLAMAÇÃO 2.303-6 RIO GRANDE DO SUL

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE
AGRAVANTE(S) : PATRÍCIA COSTA DIOGO
ADVOGADO(A/S) : DPU - MICHELLE V. MACEDO SILVA
AGRAVADO(A/S) : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
ADVOGADO(A/S) : ADRIANA SOARES MUNHOZ

RECLAMAÇÃO. SALÁRIO MÍNIMO. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E IDOSO. ART. 203. CF.

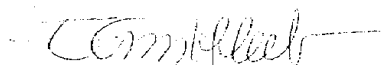
A sentença impugnada ao adotar a fundamentação defendida no voto vencido afronta o voto vencedor e assim a própria decisão final da ADI 1.232. Reclamação procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, julgar procedente a reclamação e prejudicado o agravo, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 13 de maio de 2004.

Nelson Jobim - Presidente (art. 37, I do RISTF)


Ellen Gracie

- Relatora



Supremo Tribunal Federal

01/04/2004

TRIBUNAL PLENO

AG.REG.NA RECLAMAÇÃO 2.303-6 RIO GRANDE DO SUL

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE
AGRAVANTE(S) : PATRÍCIA COSTA DIOGO
ADVOGADO(A/S) : DPU - MICHELLE V. MACEDO SILVA
AGRAVADO(A/S) : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
ADVOGADO(A/S) : ADRIANA SOARES MUNHOZ

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Ellen Gracie: O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS propõe a presente reclamação em face do Juizado Especial Federal Adjunto à Vara Única de Bagé – RS. A sentença impugnada, relativa à concessão do benefício previsto no art. 203 da Constituição Federal, regulado pela Lei nº 8.742/93 julgou procedente o pedido e, reconhecendo que a renda familiar *per capita* da autora superava a importância de ¼ do salário mínimo, assentou que “*esse requisito legal deve ser tomado apenas como parâmetro para se examinar as condições econômicas da família e não como um requisito impeditivo, por si só, para a concessão do benefício*” e que “*...a situação econômica financeira dependerá do exame de outros fatores, como tipo de deficiência da autora, as suas necessidades e as condições de vida dela e de sua família, que não podem ser reunidos em um fator numérico aleatório.*” E finalizou “*De tudo, conclui-se que, mesmo em casos onde a renda per capita resulte um pouco superior ao limite estabelecido no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, a miserabilidade do grupo familiar poderá ser demonstrada de modo a ensejar o deferimento do benefício assistencial, quando ficar comprovado que os ganhos são insuficientes à manutenção da família, tal como no caso.*”

Sustenta, o autor, que a posição adotada pela sentença não se coaduna com a decisão proferida na ADI 1.232, Rel. Min. Nelson Jobim, que declarou constitucional o § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93. Acrescenta que desrespeita a decisão desta Corte tanto a decisão que declara a respectiva inconstitucionalidade do art. 20, § 3º da Lei nº 8.742/93, como aquela que adota outros critérios para atestar a miserabilidade, não se limitando ao que foi fixado na lei. Conclui o INSS que, nos estritos termos da decisão proferida na referida ADI apenas o critério objetivo de ¼ do salário mínimo pode ser tomado como parâmetro para a concessão do benefício

Supremo Tribunal Federal

Rcl 2.303-AgR / RS

assistencial e que salta aos olhos o descumprimento da decisão proferida em sede de mérito da ADI pelo Juizado Especial Federal de Bagé.

Deferi a liminar (fls. 49).

Foram prestadas informações (fls.68/71) nas quais o MM Juiz do Juizado Especial sustentou que *“a sentença não considerou inconstitucional o limite de renda de ¼ do salário mínimo previsto no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, não descumprindo, portanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, mas tão somente, com base no princípio da razoabilidade e através de uma interpretação tópico-sistemática, avaliou tal parâmetro como um quantum objetivo considerado pela própria legislação como indicativo de insuficiência econômica (signo presuntivo de pobreza) para assegurar-se a subsistência ao portador de deficiência e ao idoso, que não afasta contudo, a possibilidade de sua conjugação com outros fatores indicadores de miserabilidade no caso concreto, face às peculiaridades deste.”*

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela improcedência (76/80) forte em a que interpretação extensiva dada ao dispositivo pelo Juizado Especial Federal não representa enfrentamento à autoridade da decisão do STF que não indicou uma exegese específica para o dispositivo. Extraio do respectivo parecer:

“9. Da leitura da sentença reclamada (fls. 34/44), infere-se que não foi negada vigência ao art. 20, § 3º, da Lei n.º 8.742/93, tampouco, foi declarada, sequer indiretamente, a inconstitucionalidade do dispositivo em questão.

10. A decisão atacada estende os limites da lei, mas não os refuta ou lhes nega vigência. Como bem pontuado pelo Juízo reclamado, em suas informações, a lei estabeleceu um parâmetro de comprovação do estado de miserabilidade “que não afasta, contudo, a possibilidade de sua conjugação com outros fatores indicadores da miserabilidade no caso concreto, face às peculiaridades deste” (fls. 68).

11. A tarefa interpretativa implementada pela Justiça Especial Federal poderá, eventualmente, ser objeto de impugnação específica, na via do recurso extraordinário. Todavia, ressalta-se que a decisão hostilizada não representa descumprimento do comando da ADI 1.232, que não fixa uma interpretação cogente ao

Supremo Tribunal Federal

Rcl 2.303-AgR / RS

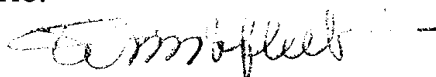
§ 3º do art. 20, da Lei n.º 8.742/93, mas, tão-somente, declara a sua constitucionalidade.

12. A condenação do INSS não se fez em descumprimento ao teor do julgamento da ADI 1.232. Naquela oportunidade, diga-se, os votos proferidos pelos Eminentes Ministros NELSON JOBIM e SEPÚLVEDA PERTENCE deixam entreaberta a possibilidade de previsão de outras hipóteses para comprovar a incapacidade de manutenção do idoso ou deficiente físico. Basta a previsão legal. A circunstância ditada no § 3.º do art. 20 da Lei n.º 8.742/93, por si só, não é inconstitucional, pois prevê uma dessas circunstâncias. Essa é a decisão alcançada na ADI 1.232.

13. E, por certo, dessa decisão não divergiu o Juízo reclamado. O Juizado Especial Federal Adjunto à Vara Única de Bagé - RS, deu a sua interpretação da norma, atividade que não se encontra limitada por anterior deliberação da Suprema Corte, haja vista que o julgamento da ADI 1.232 não aponta qual seria a exegese correta à aplicação do art. 20, § 3º, da Lei n.º 8.742/93." (fls. 78)"

A Defensoria Pública requereu vista e após seu retorno dos autos da Procuradoria-Geral da República apresentou agravo Regimental contra o despacho em que deferi a liminar.

É o relatório.



Supremo Tribunal Federal

Rcl 2.303-AgR / RS

VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie - (Relatora): Consta do voto do Min. Ilmar Galvão, quando do julgamento de mérito da ADI 1.232, *verbis*:

“Na realidade, não se pode vislumbrar inconstitucionalidade no texto legal, posto revelar ele uma verdade irrefutável, seja, a de que é incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 do salário mínimo.

A questão que resta é a de saber se com a hipótese prevista pela norma é a única suscetível de caracterizar a situação de incapacidade econômica da família do portador de deficiência ou do idoso inválido.

Revelando-se manifesta a impossibilidade da resposta positiva, que afastaria grande parte dos destinatários do benefício assistencial previsto na Constituição, outra alternativa não resta senão emprestar ao texto impugnado interpretação segundo a qual não limita ele os meios de prova da condição de miserabilidade da família do necessitado deficiente ou idoso.

Meu voto, portanto, com o parecer, julga procedente apenas em parte a ação, para o efeito acima explicitado.”

De forma contrária, porém, entendeu o Min. Nelson Jobim. Transcrevo, para maior clareza, o voto de Sua Excelência:

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

O voto, do Min. Nelson Jobim, acabou prevalecendo no julgamento.

*Supremo Tribunal Federal***Rcl 2.303-AgR / RS**

A sentença impugnada adotou a fundamentação defendida no voto vencido. Conseqüentemente, afronta o entendimento vencedor e, assim, a decisão da ADI 1.232.

Meu voto é, pois, no sentido do provimento da reclamação, julgando prejudicado o agravo regimental interposto pela Defensoria Pública.



Jsl/elp

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AG.REG.NA RECLAMAÇÃO 2.303-6

PROCED.: RIO GRANDE DO SUL

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE

AGTE.(S): PATRÍCIA COSTA DIOGO

ADV.(A/S): DPU - MICHELLE V. MACEDO SILVA

AGDO.(A/S): INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ADV.(A/S): ADRIANA SOARES MUNHOZ

Decisão: Após o voto da Senhora Ministra Ellen Gracie, Relatora, que julgava procedente a reclamação e prejudicado o agravo, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Carlos Britto. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Maurício Corrêa, Presidente. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim, Vice-Presidente. Plenário, 01.04.2004.

Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.


+) Luiz Tomimatsu
Coordenador

13/05/2004

TRIBUNAL PLENO

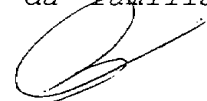
AG.REG.NA RECLAMAÇÃO 2.303-6 RIO GRANDE DO SULVOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO: No transcurso da Sessão Plenária realizada em 1º de abril do corrente ano, o eminente ministro **Maurício Corrêa** chamou a julgamento a presente reclamatória. Reclamatória, essa, que foi ajuizada pelo Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS, tendo por objeto decisão monocrática do Juizado Especial Federal adjunto à Vara de Bagé/RS.

2. Pois bem, apregoado o feito, a sempre ilustrada ministra **Ellen Gracie Northfleet**, na condição de relatora do processo, passou a delimitar os contornos da reclamação. E com esse propósito foi que pontuou, *in verbis*:

"(...)

A sentença impugnada, relativa à concessão do benefício previsto no art. 203 da Constituição Federal, regulado pela Lei n 8.742/93 julgou procedente o pedido e, reconhecendo que a renda familiar per capita da autora superava a importância de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, assentou que 'esse requisito legal deve ser tomado apenas como parâmetro para se examinar as condições econômicas da família e não



como um requisito impeditivo, por si só, para concessão do benefício' e que '...a situação econômica financeira dependerá do exame de outros fatores, como tipo de deficiência da autora, as suas necessidades e as condições de vida dela e de sua família, que não podem ser reunidos em um fator numérico aleatório.' E finalizou 'De tudo, conclui-se que, mesmo em casos onde a renda per capita resulte um pouco superior ao limite estabelecido no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, a miserabilidade do grupo familiar poderá ser demonstrada de modo a ensejar o deferimento do benefício assistencial, quando ficar comprovado que os ganhos são insuficientes à manutenção da família, tal como no caso.'

Sustenta, o autor, que aposição adotada pela sentença não se coaduna com a decisão proferida na ADI 1.232, Rel. Min. Nelson Jobim, que declarou constitucional o § 3º do art. 20 da Lei n 8.742/93. Acrescenta que desrespeita a decisão desta Corte tanto a decisão que declara a respectiva inconstitucionalidade do art. 20, § 3º da Lei nº 8.742/93, como aquela que adota outros critérios para atestar a miserabilidade, não se limitando ao que foi fixado na lei. Conclui o INSS que, nos estritos termos da decisão proferida na referida ADI apenas o critério objetivo de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo pode ser tomado como parâmetro para a concessão do benefício assistencial e que salta aos olhos o descumprimento



Rcl 2.303-AgR / RS

decisão proferida em sede de mérito da ADI pelo juizado Especial Federal de Bagé.

(...)"

3. Retomo o histórico do feito para anotar que, às fls. 49, a digna Ministra-Relatora deferiu a medida liminar requestada pela Autarquia-reclamante para "afastar a exigência de pagamento do benefício assistencial em questão". Em seguida, foram colhidas as informações do reclamado, que, em síntese, defendeu não existir nenhuma espécie de violação à decisão-paradigma de que se valeu a autarquia federal acionante.

4. Inseridas no processo tais informações, os autos foram encaminhados à insigne Procuradoria-Geral da República, que se manifestou pela improcedência da reclamatória (parecer de fls. 76/79). E como a instrução do feito já alcançara sua fase de ultimação, foi ele posto em julgamento; ocasião em que a preclara Ministra-Relatora votou pela justeza da reclamação, por entender que a sentença impugnada adotou a fundamentação em que se lastreou o voto vencido do culto ministro **Ilmar Galvão** — ADI 1232 —, e não os fundamentos esposados no voto condutor do acórdão proferido na mesma ação direta, voto, este, da autoria do eminente ministro **Nelson Jobim**.



Rcl 2.303-AgR / RS

5. Dito isto, passo a formular este meu voto-vista, principiando com a lembrança de que, no julgamento da pré-falada ADI 1.232, este Supremo Tribunal Federal declarara mesmo a constitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei federal nº 8.742/93. Daí a seguinte ementa do acórdão então exarado:

"CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE DO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO.

AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE".

(sem os caracteres negritados, no original).

6. Bem, se a decisão tribunalícia em apreço proclamou a constitucionalidade do § 3º do art. 20 da lei federal, dispositivo que erige critério de concessão do benefício mensal previsto no inciso V do art. 203 da Constituição Federal, quer me parecer que somente se patentearia o desrespeito a tal decisório se a sentença reclamada: a) incorresse em declaração de invalidade do que se decidiu nesta nossa Casa de Justiça; b) proclamasse um parâmetro de



Rcl 2.303-AgR / RS

avaliação da carência material do reclamado que fosse realmente insuscetível de absorção pelo acórdão aqui apontado como paradigma da reclamatória *sub judice*. E o fato é que em tal interdito proceder o ilustrado juiz monocrático não incorreu. Tanto assim que se lê da decisão proferida nos embargos de declaração opostos à sentença do juiz acionado:

"(...)

Desse modo, constata-se que não resta tipificada a obscuridade apontada, na medida em que a sentença efetivamente não considerou inconstitucional o limite de renda de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo previsto no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, mas tão-somente, com base no princípio da razoabilidade e através de uma interpretação tópico-sistemática, avaliou tal parâmetro como um quantum objetivo considerado insuficiente para assegurar a subsistência do portador de deficiência e idoso, que, contudo, não afasta a possibilidade de sua conjugação com outros fatores indicadores da miserabilidade no caso concreto.

(...)"

7. Em outras palavras — e como tudo na vida comporta leitura ora mais ora menos subjetiva —, entendo que o juiz singular nem se contrapôs por modo frontal ao nosso *decisum*, nem proferiu julgamento insuscetível de assimilação por esse *decisum* mesmo. O



Rcl 2.303-Agr / RS

que enxergo no ato sentencial ora investido é a consubstanciação de valores e critérios francamente assimiláveis pela decisão plenária tida por violada, como os seguintes:

I - o § 3º do art. 20 da lei 8.742/93 fixou um parâmetro objetivo para o Estado enquanto sujeito devedor de assistência social "a quem dela necessitar" (parte final do art. 203, caput, da CF). Donde a obrigatoriedade de interpretação que sempre homenageie este desígnio constitucional do atendimento a uma necessidade material persistente, até porque a assistência social é dever do Estado (art. 6º da Carta de Outubro) e nem mesmo se confunde com a previdência social (o mesmo art. 6º bem separa as duas realidades jurídicas, no que é confirmado pelo cabeça do art. 194 e pelo citado caput do art. 203 da Lex Máxima);

II - esse parâmetro objetivo da lei 8.742 vigora, assim, para o Poder Público. Somente para o Poder Público - insista-se - no sentido de que, ante a constatação de que a renda per capita familiar do necessitado é inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, nada mais há que se discutir. O dever de assistência social exsurge para o Estado por uma forma tão líquida quanto instantânea;

III - já do ângulo do particular, o critério sempre definidor do seu pretenso direito é o fato em si da verificação de uma necessidade material



Rcl 2.303-AgR / RS

que persiste. Principalmente quando se trata - e este é o caso - de pessoa portadora de deficiência física, pois é para esse tipo de ser humano que a Magna Carta de 1988 dirige duas específicas regras tutelares, ambas situadas no plano dos fins de toda atividade de assistência social. Confira-se:

"A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...) IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei;"

8. Sem destoar desse meu modo de ver as coisas, a douta Procuradoria-Geral da República, em parecer de lavra do Prof. **Cláudio Fonteles**, consignou:

"(...)

12. A condenação do INSS não se fez em descumprimento ao teor do julgamento da ADI 1.232. Naquela oportunidade, diga-se, os votos proferidos pelos Eminentíssimos Ministros NELSON JOBIM e SEPÚLVEDA PERTENCE deixam entreaberta a possibilidade de previsão de outras hipóteses para comprovar a



Rcl 2.303-Agr / RS

incapacidade de manutenção do idoso ou deficiente físico. Basta a previsão legal. A circunstância ditada no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, por si só, não é inconstitucional, pois prevê uma dessas circunstâncias. Essa é a decisão alcançada na ADI 1.232.

13. E, por certo, dessa decisão não divergiu o Juízo reclamado. O Juizado Especial Federal Adjunto à Vara Única de Bagé-RS, deu sua interpretação da norma, atividade que não se encontra limitada por anterior deliberação da Suprema Corte, haja vista que o julgamento da ADI 1.232 não aponta qual seria a exegese correta à aplicação do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93.

(...)"

8. É bem de ver, Senhor Presidente, Senhores Ministros, Senhor Procurador-Geral da República, é bem de ver que o diploma legal de nº 8.742 nem sequer devia eleger critério dimensionador da pobreza ocasional do idoso ou da pessoa portadora de deficiência. E não devia eleger nenhum critério ou parâmetro de aferição objetiva de pobreza **porque não habilitado pela Constituição para tal mister**. Quero dizer: o critério objetivo de carência material do socialmente assistível **já está na Constituição** e esse critério é o fato mesmo de, num dado instante, o idoso ou deficiente econômico demonstrar que não possui meios de prover à própria manutenção, nem de tê-la



Rcl 2.303-AgR / RS

provida pela respectiva família. Tudo se resolve é no caso em concreto, porque a serventia da lei se resume em dispor sobre o processo de comprovação de tal carência assistencial e não mais que isso. Todavia, como a lei em pauta foi além do *modus procedendi* a que devia se ater, nem por isso este egrégio Tribunal deixou de dar a ela uma interpretação abonadora; isto é, ainda que incidindo em excesso material de normatividade, a lei é juridicamente válida por instituir critério objetivo (percepção *per capita* abaixo de um salário mínimo) apenas subordinante do Poder Público. Sem impedir, portanto, que o particular pretendente ao benefício mensal possa eventualmente comprovar que, mesmo ultrapassado esse parâmetro de ganhos *per capita*, a necessidade da assistência material-financeira persiste. Afinal, este o objetivo da Constituição e somente este: possibilitar ao deficiente físico e ao idoso a percepção de um salário minimamente operante como fator de promoção humana e reintegração à vida comunitária. Que é um fator impeditivo da continuidade de um estado miserável de vida.

9. Tal como a pensão alimentícia e a assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, o benefício mensal por carência econômica do idoso e do deficiente físico é demandante de prova em concreto. Só é suscetível de resolução caso-a-caso. Se se prefere, é da natureza desses institutos que a sua aplicabilidade




Rcl 2.303-AgR / RS

pressuponha uma empírica aferição da necessidade material dos respectivos beneficiários. Daí por que entendo que a sentença invecivada é perfeitamente assimilável pela decisão colegiada tida por violada.

10. É assim ancorado nestes fundamentos que peço vênia à muito douta relatora para dar provimento ao presente recurso.

* * * * *

FJM/dfm



13/05/2004

TRIBUNAL PLENO

AG.REG.NA RECLAMAÇÃO 2.303-6 RIO GRANDE DO SUL**CONFIRMAÇÃO DE VOTO**

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora) - Sr. Presidente, louvo o brilhante voto que foi proferido pelo Colega Carlos Britto, mas mantenho a posição anteriormente adotada.

A generosidade de Sua Excelência, sem dúvida, o seu bom coração, faz com que ele assim decida, e também gostaria de acompanhá-lo para beneficiar individualmente este reclamante.

Verifico, no entanto, que, a seguirmos nesta senda, estaríamos dando, no caso, ao juiz do Juizado Especial o direito de criar e aumentar benefício, o que não é da sua competência. Criaria benefício, deixando de indicar a fonte de custeio, exigência que se faz até àqueles que têm competência legislativa. Isso porque, ao deixar inteiramente a critério do magistrado a aferição desse estado de necessidade e desta verificação de pobreza, foge-se, portanto, daquilo que foi fixado em lei como um parâmetro atuário, ou seja, aquilo que o orçamento da Previdência e Assistência Social comporta. Existe um universo correspondente aos habitantes do País. Dentro dele se calcula que uma determinada parcela não tenha rendimentos que superem a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, e, nestas condições, apenas para beneficiar essas pessoas, e não outras, a lei definiu o benefício que já era previsto pela Constituição Federal.

Por isso, Ministro Carlos Britto, pedindo vênias a Vossa Excelência, entendo que a sentença, embora tenha afirmado com todas as letras que não descumpria a decisão deste Supremo Tribunal Federal, de fato, na prática, faz letra morta da nossa decisão, porque a decisão do Supremo Tribunal Federal foi exatamente a de fixar como parâmetro objetivo a ocorrência, a existência ou não deste limitador de ganhos da família: um quarto do salário mínimo.



O Senhor Ministro Nelson Jobim (Presidente) - Quando da discussão da matéria, acabei sendo Redator do acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade, a observação que fazíamos era que o inciso V do art. 203 da Constituição Federal estabelece:

“Art. 203.....

V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”

O que dispôs a lei nº 8.742/93, no art. 20 e seus parágrafos:

“Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção de pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo.”

Ou seja, o Ministro Carlos Britto estava entendendo que isto era uma obrigação, um direito líquido e certo daqueles que tivessem ¼ (um quarto). Aqueles, cuja família tivesse percepção de renda superior a ¼ (um quarto), poderia ter direito por outros parâmetros. Mas, não é o que fixou a lei e não é o que nós entendemos naquele texto.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora) - O Ministro Ilmar Galvão dizia exatamente o que diz agora o Ministro Carlos Britto: que este é um critério, mas que pode haver outros.



O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence - Com efeito, se se entender – como parece ter entendido a representação acolhida pelo Procurador-Geral – que o § 3º do art. 20 da Lei 8.742 esgota o rol das possibilidades de comprovação de falta de meios para o deficiente se manter ou ser mantido por sua família, então, realmente essa norma há de ser tida por inconstitucional. Esse foi o voto do Ministro Ilmar Galvão que ficou vencido.

O Senhor Ministro Nelson Jobim (Presidente) - No meu voto na ADI nº 1.232, quando discutimos o assunto, discordava do Relator dizendo o seguinte:

“Sr. Presidente, data vênia do eminente Relator, compete à lei dispor a forma da comprovação. Se a legislação resolver criar outros mecanismos de comprovação, é problema da própria lei. O gozo do benefício depende de comprovar na forma da lei, e esta entendeu de comprovar dessa forma.” – ou seja, um quarto do salário mínimo. Foi uma discussão legislativa: se era ¼ (um quarto), se era metade, se poderia haver outros critérios.- *“Portanto não há interpretação conforme possível porque, mesmo que se interprete assim, não se trata de autonomia de direito algum, pois depende da existência da lei, da definição.”* – definição na lei do critério objetivo.

Porque senão instaurar-se-ia – era a discussão do momento –, uma grande desordem. Aí, teríamos critérios regionais, sub-regionais, microrregionais, municipais, distritais e criava uma enorme obrigação, a qual não teria uma forma de controle.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora) - Cada juiz estabeleceria o seu critério.



O Senhor Ministro Nelson Jobim (Presidente) - Na sua presunção de conceito de ser bom ou ser mau. Esse era o problema.

O Sr. Ministro Carlos Britto – Além de tudo, há um problema que no futuro vamos ter de resolver: é a compreensão de que realmente assistência social não é previdência. A própria constituição diz ...

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence - Esse é o argumento **a fortiori**. Veja o que se garante na área da previdência social: é o piso mínimo do salário mínimo. Às vezes questionado como trazendo a ingovernabilidade do país.

O Sr. Ministro Carlos Britto - Mas se nós interpretarmos a decisão do Supremo Tribunal Federal com estreiteza, vamos dizer assim, e não com largueza, chegaremos a um paradoxo. Disse a decisão que o parâmetro é o da lei. E a lei disse $\frac{1}{4}$ (um quarto). Se a família tiver apenas três membros, só teremos $\frac{3}{4}$ (três quartos) de salário mínimo. Não alcançaremos o salário mínimo.

O Senhor Ministro Nelson Jobim (Presidente) – Não, é a soma. Isso é uma questão matemática. Aí o cálculo matemático está curioso.

O Sr. Ministro Carlos Britto - Se a família tiver três membros, e aplicarmos essa lei, a família vai receber um submínimo.

O Senhor Ministro Nelson Jobim (Presidente) - **Per capita** seja inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto).

O Sr. Ministro Carlos Britto - Pois **per capita**. Se a família tiver três membros, a família ficaria com um submínimo, com $\frac{3}{4}$ (três quartos) de um salário mínimo.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence - Não, Ministro Carlos Britto. O que a lei diz é que se a soma dos vencimentos, por exemplo, só dois membros da família trabalham e há quatro membros, está satisfeita.

O Sr. Ministro Carlos Britto - Mas a lei diz abaixo de $\frac{1}{4}$ (um quarto).

O Sr. Ministro Cezar Peluso - Mas é a condição para a obtenção da vantagem.

O Sr. Ministro Carlos Britto - Entendi que a nossa decisão estabeleceu realmente um parâmetro válido instantaneamente para o Estado, mas não impeditivo de que, no caso concreto, venha ...

O Senhor Ministro Nelson Jobim (Presidente) - É exatamente o contrário. Este é o critério único que a lei escolheu, ou seja, a renda **per capita** da

família inferior a ¼ (um quarto), o incapaz tem direito à assistência. Caso contrário, não.

O Senhor Ministro Marco Aurélio – O relator na Ação Direta de Inconstitucionalidade dava interpretação conforme à Carta para admitir?

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence - Foi rejeitado explicitamente dos três votos fundamentados: Ministro Nelson Jobim, Ministro Maurício Corrêa, que o acompanhou, e eu, que votei nesse sentido na ADIn 1.232:

“Sr. Presidente, considero perfeita a inteligência dada ao dispositivo constitucional, no parecer acolhido pelo Relator, no sentido de que o legislador deve estabelecer outras situações caracterizadoras da absoluta incapacidade de manter-se o idoso ou o deficiente físico, a fim de completar a efetivação do programa normativo de assistência social contido no artigo 203 da Constituição. A meu ver, isso não a faz inconstitucional nem é preciso dar interpretação conforme à lei que estabeleceu uma hipótese objetiva de direito à prestação assistencial do Estado. Haverá, aí, inconstitucionalidade por omissão de outras hipóteses? A meu ver, certamente, sim, mas isso não encontrará remédio nesta ação direta.”

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora) - Mantenho meu voto, Sr. Presidente.



13/05/2004

TRIBUNAL PLENO

AG.REG.NA RECLAMAÇÃO 2.303-6 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Sr. Presidente, também ouvi, aliás como interpretação autêntica, os pronunciamentos de Vossa Excelência e do Ministro Sepúlveda Pertence, que são os votos condutores, e vi, mais, que a interpretação dada pela sentença e por Vossas Excelências é exatamente a do voto que foi rejeitado no julgamento anterior. De modo que, com o devido respeito, penso ter havido ofensa à autoridade da decisão da Corte.

Acompanho o voto da Ministra-Relatora. 

Supremo Tribunal Federal

13/05/2004

TRIBUNAL PLENO

AG.REG.NA RECLAMAÇÃO 2.303-6RIO GRANDE DO SUL

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sr. Presidente, também tenho alguns pedidos de reclamação e, quando os recebi, fiquei em dúvida, tendo em vista a possibilidade de se fazer um "distinguishing" entre a decisão que se tomou na ADI nº 1.232 e eventuais peculiaridades das situações pessoais, tal como já enunciado aqui pelo Ministro Carlos Britto. Foi essa a minha visão inicial. Tanto é que cheguei a indeferir alguns pedidos de liminar em reclamação (MC na RCL 2298; e MC na RCL 2468). Mas, depois, analisei a situação concreta e a sua repercussão no quadro geral, especialmente quanto à seguridade. De fato, ainda que separemos a situação da Previdência da posição de assistência social, é óbvio que isso repercute sobre o quadro da seguridade, que está submetido ao dispositivo já mencionado pela Ministra Ellen Gracie quanto à necessidade de que eventuais despesas novas tenham uma fonte de custeio clara, até mesmo na hipótese dessa criação se fazer por lei.

Ora, a multiplicação dessas decisões - e é fácil adivinhar, hoje, com a expansão da Justiça Federal, especialmente



*Supremo Tribunal Federal***Rcl 2.303-AgR / RS**

com os juizados especiais federais - pode criar uma situação ainda mais imprevisível para esse quadro aflitivo da Previdência Social.

Assim, também, pedindo vênia ao Ministro Carlos Britto, dizendo que também compartilho das suas preocupações, não vejo como deixar de acompanhar o voto da eminente Ministra-Relatora e julgar procedente a Reclamação.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized, cursive 'M' followed by a vertical line and a small flourish.

13/05/2004

TRIBUNAL PLENO

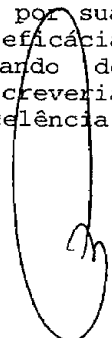
AG.REG.NA RECLAMAÇÃO 2.303-6 RIO GRANDE DO SULV O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, em primeiro lugar, peço vênias para manter o convencimento a respeito do não-cabimento da reclamação quanto a autoridade de acórdão prolatado em ação direta de inconstitucionalidade. O acórdão não é executável - tem a eficácia em si mesmo -, não se podendo, portanto, apontar o descumprimento frontal do pronunciamento da Corte. Mas fico vencido nessa matéria.

Estimo - porque não estive presente quando do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade -, no momento propício, não no bojo de uma reclamação, rediscutir o que se contém no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal:

"Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

.....
V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso" - e aí vem, sob a minha óptica, o comando constitucional, que não pode ser esvaziado pela lei ao estabelecer esta o percentual, que não considero ao menos razoável, de um quarto do salário mínimo, por integrante da família, para definir-se se há, ou não, a possibilidade de o idoso, sozinho ou com a ajuda de parentes, ter provida a própria subsistência - "que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família," - segue-se, então, a parte à qual não dou uma eficácia maior e já adianto que se estivesse presente quando do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade subscreveria o voto do relator, com a devida vênias de Vossa Excelência, ministro Ilmar Galvão - "conforme dispuser a lei".



Rcl 2.303-Agr / RS

Creio que o comando maior está na inexistência de meios de prover a própria manutenção. Ora, se, em que pese a percepção, por membro da família, de um quarto do salário mínimo, nós nos defrontarmos com uma situação concreta em que se prove ser esse valor insuficiente, é possível ir-se adiante e deferir a assistência prevista no inciso V do artigo 203. Mas, é matéria que não pode ser discutida neste momento.

Suplantada a preliminar, peço vênia ao ministro Carlos Britto, muito embora concorde com o raciocínio de Sua Excelência quanto ao alcance do texto constitucional, para julgar procedente o pedido.



13/05/2004

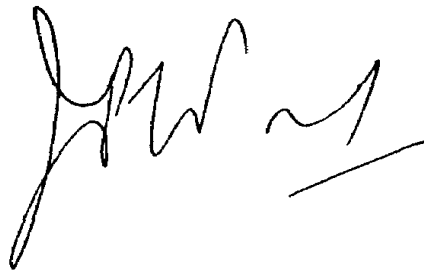
TRIBUNAL PLENO

AG.REG.NA RECLAMAÇÃO 2.303-6 RIO GRANDE DO SULV O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sr. Presidente, recordando os termos do voto que proferi, admitindo que haja uma omissão parcial do legislador, não vejo como deixar a apreciação de cada juiz, em cada caso concreto, estabelecer outras modalidades dessa seguridade social gratuita, quando não o pode fazer na Previdência Social, que pende da contribuição do segurado.

Por isso, dando o efeito vinculante devido à decisão da ADIn 1.232, peço vênias ao Ministro Carlos Britto para acompanhar o voto da Ministra-Relatora.

CR/



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AG.REG.NA RECLAMAÇÃO 2.303-6

PROCED.: RIO GRANDE DO SUL

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE

AGTE.(S): PATRÍCIA COSTA DIOGO

ADV.(A/S): DPU - MICHELLE V. MACEDO SILVA

AGDO.(A/S): INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS


ADV.(A/S): ADRIANA SOARES MUNHOZ

Decisão: Após o voto da Senhora Ministra Ellen Gracie, Relatora, que julgava procedente a reclamação e prejudicado o agravo, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Carlos Britto. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Maurício Corrêa, Presidente. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim, Vice-Presidente. Plenário, 01.04.2004.

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou procedente a reclamação e prejudicado o agravo, nos termos do voto da Relatora, vencidos os Senhores Ministros Carlos Britto, que a julgava improcedente, e Marco Aurélio, pelo não-cabimento da reclamação. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Nelson Jobim, Vice-Presidente no exercício da Presidência. Plenário, 13.05.2004.

Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim, Vice-Presidente. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Carlos Britto.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Sousa.


Luiz Tomimatsu
Coordenador