

**A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS DO IDOSO NO AMBIENTE
DO NEOCONSTITUCIONALISMO: UMA
ANÁLISE DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO
CONTINUADA (BPC)**

THE IMPLEMENTATION OF FUNDAMENTAL
RIGHTS OF THE ELDERLY IN THE NEO-
CONSTITUTIONALISM: AN ANALYSIS OF THE
BENEFIT OF CONTINUING INSTALLMENTS (BCI)

*Luciano Meneguetti Pereira**

RESUMO

O presente texto tem por objetivo demonstrar que o constitucionalismo do Estado Constitucional contemporâneo, que tem sido designado como *neoconstitucionalismo*, constitui um ambiente favorável à concretização dos direitos fundamentais dos *idosos*, notadamente pela atuação do *Poder Judiciário*. Por meio da exposição dos principais aspectos daquilo que vem sendo designado como neoconstitucionalismo, enquanto teoria do direito, apresentando-se sua origem, conceito e principais características, objetiva-se evidenciar que o *Benefício de Prestação Continuada*, *lídimo* direito fundamental estabelecido pela Constituição brasileira em favor dos idosos e das pessoas com deficiência, somente tem alcançado maiores índices de efetividade, graças a uma comprometida atuação do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Idosos. Direitos Fundamentais

* Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Toledo de Ensino; especialista em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional pela Universidade Potiguar; advogado. Contato: lmeneguetti@gmail.com.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate that constitutionalism of the Contemporary Constitutional State, which has been identified as neo-constitutionalism, constitutes a favorable environment for the accomplishment of the fundamental rights of elderly people, especially through the judicial power. Through the exposition of the main aspects of what has been designated as neo-constitutionalism as a theory of Law, presenting its origin, concept and main features, the present work aims to highlight the Benefit of Continuing Installments, an elder care benefit and fundamental right established by the Brazilian Constitution for elder and disabled population, which has achieved higher rates of effectiveness due to the commitment and efforts made by the judiciary.

Keywords: Neo-constitutionalism. Elderly. Fundamental rights.

INTRODUÇÃO

No ambiente da sociedade contemporânea, onde muito se tem discutido acerca dos direitos fundamentais e da necessidade de sua efetivação em prol dos seus destinatários, uma especial atenção precisa ser dispensada às pessoas idosas quanto à efetivação dos seus direitos.

Os problemas sociais hodiernos que têm se apresentado em face dos idosos, tais como a precoce exclusão do mercado de trabalho e uma conseqüente subtração de sua autonomia; a necessidade de mecanismos capazes de promover a adaptação dos idosos ao mundo da tecnologia; a vitimização dos idosos, que constantemente são alvos de abusos, negligência, discriminação, violência, opressão, engano e outros tipos de violação de seus direitos; as políticas públicas precariamente implementadas pelos poderes públicos, relativamente à saúde, habitação, saneamento, previdência, assistência social, lazer etc., constituem fatos que tendem a conduzir os idosos à marginalização, exigindo-se do direito uma resposta que possa socorrer esse segmento social e promover o acesso aos seus direitos fundamentais.

Nesse contexto, onde é possível verificarem-se constantes violações de diversos direitos fundamentais, constata-se que a fragilidade social da pessoa idosa se avulta nas sociedades contemporâneas, care-

cendo de uma adequada proteção dos direitos e das garantias fundamentais relacionados a essa categoria social emergente que tende a ser cada vez maior nos próximos anos¹. A longevidade, atrelada à evolução social, faz emergir problemas antes não ocorrentes com os quais os sistemas de tutela e proteção social e jurídica vigentes precisam lidar.²

Desse modo, um sistema jurídico que estabeleça mecanismos e instrumentos aptos a assegurar os direitos fundamentais dos idosos, conferindo-lhes cidadania e possibilitando a sua inclusão social torna-se absolutamente imprescindível. E ainda mais do que isso, o emprego consciente e responsável desses mecanismos e instrumentos por parte da comunidade jurídica, notadamente pelo Poder Judiciário, por meio de uma atuação alinhada às diretrizes e comandos constitucionais, será de igual forma imperioso para o alcance de tais objetivos.

Tudo isso leva à necessidade de se pensar o Direito como um instrumento capaz de efetivamente realizar esses direitos, promovendo a inclusão social, possibilitando a cidadania e diminuindo assim as discriminações e a marginalização que tem alcançado em certa medida esse segmento da sociedade. Neste cenário, o Poder Judiciário pode em muito contribuir.

Por meio do presente texto pretende-se verificar se o constitucionalismo do Estado Constitucional contemporâneo, que tem sido designado como *neoconstitucionalismo*, constitui um ambiente favorável à concretização dos direitos fundamentais dos idosos e qual o papel do Poder Judiciário nesse sentido.

Uma vez que o constitucionalismo contemporâneo erigiu a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais como núcleo e própria razão de ser do Estado, será analisada a possibilidade de concretização desses direitos pelo Poder Judiciário no ambiente do neoconstitucionalismo, o que se dará por meio da análise do *Benefício de Prestação Continuada* (BPC), benefício constitucional criado pela Constituição de 1988 em favor dos idosos e das pessoas com deficiência.

Desde a sua previsão constitucional e posterior regulamentação pela Lei n. 8.742, de 07 de dezembro de 1993 (Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS) - uma regulamentação que tem sido marcada por avanços e retrocessos legislativos - o Benefício de Prestação Con-

tinuada tem apresentado dificuldades no tocante à sua efetivação em favor dos idosos. Por meio do presente trabalho, pretende-se verificar em que medida esse benefício constitucional – que constitui um lúdimo direito fundamental – tem sido implementado por parte dos poderes públicos, realizando-se uma reflexão acerca das dificuldades que tem apresentado a efetivação desse direito em razão da atuação dos poderes Legislativo e Executivo, notadamente em razão dos rigorosos critérios legislativos estabelecidos para sua obtenção, bem como das possibilidades de sua concretização pelo Poder Judiciário no ambiente do Estado neoconstitucional, em face de um quadro de constante inviabilização do referido benefício pelas vias administrativas.

APONTAMENTOS ACERCA DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Neoconstitucionalismo é hoje, definitivamente, uma expressão que passou a ser *lugar-comum* no ambiente jurídico de muitos países, inclusive no Brasil. O fenômeno é uma decorrência do constitucionalismo e sua evolução³. Acerca do constitucionalismo, Jorge Miranda destaca que a ideia de Constituição é de “uma garantia e, ainda mais, de uma direção de garantia. Para o constitucionalismo, o fim está na proteção que se conquista em favor dos indivíduos, dos homens e cidadãos, e a Constituição não passa de um meio para o atingir”⁴. As ideias do autor português refletem o constitucionalismo fundamentalmente como um fenômeno dirigido à limitação do poder e à afirmação e defesa das garantias e dos direitos fundamentais. Nesse sentido, Canotilho entende o constitucionalismo como “a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos”⁵, aduzindo que o constitucionalismo moderno representa “uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*”⁶.

Esse constitucionalismo não permaneceu um modelo estático desde o seu nascimento, mas prosseguiu se desenvolvendo e evoluindo em muitos sentidos até os dias atuais, onde se fala em um *constitucionalismo contemporâneo* ou *neoconstitucionalismo*⁷. O neoconstitucionalismo constitui um fenômeno evolutivo envolvente da legislação, da jurisprudência e da doutrina constitucional nas últimas décadas.

No tocante à evolução da legislação constitucional, tende a explicar o conjunto de textos constitucionais que surgem após a Segunda Guerra, onde as Constituições passam a consagrar em seus textos uma série de princípios e normas materiais (substantivas) que por sua vez, passam a condicionar a atuação do Estado por meio da previsão de certos fins e objetivos tendentes, dentre outros, à garantia da dignidade da pessoa humana e dos demais *direitos fundamentais* (espinha dorsal do neoconstitucionalismo) a ela inerentes. São exemplos as Constituições da Itália (1948), da Alemanha (1949), de Portugal (1976), da Espanha (1978), do Brasil (1988), da Colômbia (1991), da Suíça e da Venezuela (1999), da Bolívia e do Equador (2008).

Como consequência deste modelo principiológico e substantivo de textos constitucionais, transforma-se de modo significativo a prática dos Tribunais e Cortes constitucionais. Os juízes, notadamente os constitucionais, passam a desenvolver suas funções debaixo de novos parâmetros interpretativos e argumentativos a partir dos quais o raciocínio judicial se torna muito mais complexo. Entram em cena as técnicas interpretativas próprias dos princípios constitucionais, tais como a ponderação; a razoabilidade; a proporcionalidade; a interpretação conforme; a maximização dos efeitos normativos dos princípios fundamentais; o efeito da irradiação das normas constitucionais, decorrente do fenômeno da constitucionalização do direito; a projeção ou eficácia horizontal dos direitos fundamentais; além de os juízes passarem também a lidar com os denominados *casos difíceis*⁸, bem como a se depararem com valores fundamentais que passam a ser constitucionalizados (principalmente pela via dos princípios constitucionais) e que irão requerer uma complexa tarefa hermenêutica, a fim de que possam ser dotados de conteúdo normativo concreto e aplicados aos respectivos casos. Desenvolve-se a partir de então uma intensa produção jurisprudencial pelos Tribunais e Cortes Constitucionais de viés muito sofisticado, notadamente relacionada aos direitos fundamentais, como a ocorrida no Tribunal Constitucional Alemão e na Corte Suprema dos Estados Unidos da América.

Paralelamente a toda essa transformação ocorrida nos textos constitucionais e na prática dos Tribunais, que acaba por refletir uma importante evolução jurisprudencial, se desenvolve também uma sofisticada teoria e uma rica dogmática constitucional, que conta com

preciosas contribuições de diversos autores de vários países. Diante de tais mudanças evolutivas, os textos jurídicos envolventes de matéria constitucional se prestarão não apenas para explicar os fenômenos jurídicos em franca evolução, mas também para criá-los. A ciência jurídica passa a ter não apenas uma função meramente contemplativa de seu objeto de estudo, mas a contribuir de forma decisiva para criá-lo⁹ e, nesse sentido, nas palavras de Ferrajoli, acaba por constituir uma “meta-garantia em relação às garantias jurídicas eventualmente inoperantes, ineficazes ou carentes, que atua mediante a verificação e a censura externas do direito inválido ou incompleto”.¹⁰

Em face de toda essa dinâmica evolutiva e transformadora, envolvente da legislação, doutrina e jurisprudência constitucional, hoje é possível encontrar-se constatações teóricas, contudo, com evidentes consequências práticas de algumas dessas mudanças acarretadas pela evolução do constitucionalismo, que culminou naquilo que tem sido designado neoconstitucionalismo. É exemplo do que está a se falar a constante discussão sobre temas como o reconhecimento da força normativa da Constituição; a força vinculante dos direitos fundamentais; a onipresença dos princípios nas Constituições; a constitucionalização dos ordenamentos jurídicos; a expansão da jurisdição constitucional; o protagonismo do Poder Judiciário; a existência de uma nova interpretação constitucional, com peculiaridades na interpretação e aplicação das normas constitucionais; a influência da Constituição nas relações privadas e também nas relações políticas etc.

Estes aspectos ensejaram a discussão e a propagação de ideias acerca do surgimento de uma nova teoria do direito (notadamente do direito constitucional), que estaria apta a explicar as transformações ocorridas e a atender às novas exigências do Estado constitucional contemporâneo¹¹.

A importância que tem assumido as Constituições e os direitos fundamentais nas últimas décadas,¹² bem como o papel desempenhado pelos textos constitucionais contemporâneos na seara jurídica de diversos países, inclusive no Brasil, tem operado inúmeras transformações nos sistemas jurídicos, fator que desencadeou a discussão acerca da existência de uma nova teoria do direito constitucional apta a dar conta e explicar este novo estado de coisas.

O neoconstitucionalismo tem sido designado na doutrina por meio de diversas expressões como constitucionalismo avançado,¹³ constitucionalismo contemporâneo¹⁴, constitucionalismo de direitos (fundamentais),¹⁵ constitucionalismo do século XXI¹⁶ ou simplesmente constitucionalismo.¹⁷

Quanto à origem da expressão, Mauro Barberis afirma que nos escritos teóricos italianos, “o termo ‘neoconstitucionalismo’ faz sua aparição nos fins de 1990, para indicar teorias (cognitivas) e doutrinas (normativas), por um lado críticas do positivismo jurídico, por outro lado não inteiramente redutíveis ao tradicional jusnaturalismo”. O autor italiano afirma que o termo “talvez tenha sido usado pela primeira vez em uma comunicação de Suzana Pozzolo no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica y Social, acontecido em Buenos Aires, em 1997”.¹⁸

Quanto ao conceito, a expressão não possui um significado unívoco, sendo referida pela doutrina jurídica em diferentes sentidos e significados, o que compromete uma conceituação mais precisa. O neoconstitucionalismo está envolvido por uma atmosfera *teórica, metodológica e ideológica* que é fruto de um agrupamento de teorias jurídicas e posturas filosóficas de base bastante heterogênea,¹⁹ sendo representativo de um emaranhado de ideias, consonantes e dissonantes que são, inclusive, acentuadamente colidentes, tratando-se inegavelmente de um saber em formação, sendo marcado, portanto, pela incompletude.

Na doutrina é possível encontrar uma diversidade de posições jusfilosóficas que constituem a base do pensamento neoconstitucional e que estão presentes, dentre outras, nas obras de Suzanna Pozzolo,²⁰ Luigi Ferrajoli,²¹ Gustavo Zagrebelsky,²² Ricardo Guastini,²³ Konrad Hesse,²⁴ Peter Häberle,²⁵ Eduardo García de Enterría,²⁶ Ronald Dworkin,²⁷ Robert Alexy,²⁸ Luis Prieto Sanchís,²⁹ Carlos Santiago Nino,³⁰ e José Joaquim Gomes Canotilho,³¹ embora certamente não se possa afirmar que estes autores se intitulam ou já se intitularam neoconstitucionalistas.

No cenário jurídico brasileiro a expressão aparece notadamente a partir da pioneira obra espanhola organizada por Miguel Carbonell, denominada *Neoconstitucionalismo(s)*, que aqui contou com ampla divulgação a partir de sua primeira edição em 2003. O título dessa

obra precursora denota a complexidade do fenômeno, sugerindo, na realidade, não apenas um único neoconstitucionalismo, mas vários neoconstitucionalismos. Para alguns, trata-se de uma aparência de novidade radical;³² para outros, não passa de uma nova roupagem para velhos institutos desde há muito consagrados pelo direito.³³

Não obstante os intensos debates que têm se desenvolvido acerca do neoconstitucionalismo, tendo-se claro, contudo, que o constitucionalismo contemporâneo está indissociavelmente ligado a sua própria história,³⁴ pode-se afirmar que o vocábulo neoconstitucionalismo tem sido utilizado para destacar relevantes transformações metodológicas, ideológicas e, notadamente teóricas, ocorridas no âmbito do direito constitucional nos últimos anos.

Miguel Carbonell afirma que falar em neoconstitucionalismo, é fazer menção a duas questões. Por um lado, quer se indicar uma série de *fenômenos evolutivos* que tem provocado evidentes impactos no denominado modelo de Estado constitucional e transformado dito modelo; por outro, se faz referência a uma determinada *teoria do direito constitucional* que tem surgido nos últimos anos, por conta das transformações ocorridas e que se encarrega de explicar este novo estado de coisas normalmente em termos bastante positivos.³⁵ Paolo Comanducci, fazendo alusão às três acepções de positivismo jurídico elaboradas por Norberto Bobbio,³⁶ institui uma classificação análoga entre três diversos tipos de neoconstitucionalismo – teórico, ideológico e metodológico.³⁷

Para o autor italiano, o *neoconstitucionalismo teórico* (vertente explorada neste texto) aspira, enquanto teoria, descrever os ganhos do processo de constitucionalização, que tem operado uma profunda e significativa transformação nos grandes sistemas jurídicos contemporâneos. A análise centrada na estrutura e no papel da Constituição nesses sistemas constitui a tônica do neoconstitucionalismo teórico. Para ele, esses sistemas estão caracterizados, essencialmente, por uma Constituição *invasora*, pela positivação de um catálogo de direitos fundamentais, pela onipresença dos princípios e das regras nas Constituições, bem como por algumas peculiaridades no tocante à interpretação e aplicação das regras constitucionais em relação à interpretação e aplicação da lei. Assim, o neoconstitucionalismo, enquanto teoria

representa uma alternativa à teoria juspositivista tradicional, onde o estatualismo, o legicentrismo e o formalismo interpretativo parecem não serem sustentáveis nos sistemas jurídicos contemporâneos.³⁸

Luis Prieto Sanchís entende que o termo neoconstitucionalismo tem sido empregado para referir-se a distintos aspectos de uma suposta nova *cultura jurídica* e adota a classificação proposta por Paolo Comanducci.³⁹ Verifica-se então que o vocábulo neoconstitucionalismo tem sido empregado para referir-se, dentre outros aspectos, a uma proposta de reformulação da teoria jurídica.

No Brasil, a expressão neoconstitucionalismo se encontra hoje celebrizada no âmbito do direito brasileiro para se referir a essa nova realidade constitucional vivida nos últimos tempos⁴⁰. A Constituição Federal de 1988 passou a ocupar um lugar de centralidade e supremacia dentro do sistema jurídico brasileiro, irradiando seus valores por todo o ordenamento e desempenhando um papel fundamental dentro desse sistema. Com ela avultou-se a constitucionalização do direito, aumentou-se a importância da jurisdição constitucional na vida política e social brasileira e passou-se a prestigiar com maior intensidade, por meio de diversos mecanismos de efetivação, os direitos fundamentais, agora elevados ao patamar de normas supremas.⁴¹

Diante dessa nova realidade que não pode ser ignorada, adota-se aqui o neoconstitucionalismo enquanto teoria apta a apresentar e explicar as novas linhas do pensamento constitucional no Estado de Direito Constitucional contemporâneo, considerando a evolução de uma diversidade de fenômenos que estão reciprocamente implicados e relacionados, notadamente, com a proteção, ampliação e efetivação dos direitos fundamentais.⁴² Conforme aponta Eduardo R. Moreira, “os efeitos que a teoria do direito sofreu com os avanços do direito constitucional podem ser considerados o marco teórico que estabeleceu as bases do neoconstitucionalismo”.⁴³

Ainda que nenhum autor se arrisque a uma conceituação mais precisa do neoconstitucionalismo, pode-se afirmar que este fenômeno multifacetário se apresenta como uma teoria que trata sob um enfoque moderno a Constituição dos dias atuais e as diversas questões que ela apresenta, notadamente aquelas relacionadas à efetividade e à concretização dos direitos fundamentais, preocupando-se em descrever as

transformações do direito constitucional contemporâneo e sua repercussão sobre as reflexões da doutrina constitucional acerca de temas fundamentais, tais como teoria do ordenamento, a teoria da norma jurídica e a interpretação do direito, especialmente no âmbito constitucional.

A moderna tendência do constitucionalismo contemporâneo coloca todos frente a um conjunto de valores, regras e princípios fundamentais que dizem respeito à pessoa humana que precisam ser protegidos, atuados e efetivados, ainda que sob o rótulo de neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo como teoria do direito constitucional contemporâneo é constituído por um conjunto de distintas teorias jurídicas e posturas filosóficas encontradas em obras de diferentes autores, oriundos de diversos âmbitos culturais. Embora não seja possível a reunião destas teorias e posicionamentos filosóficos heterogêneos em uma corrente unitária de pensamento,⁴⁴ verifica-se dentre eles uma série de elementos e tendências comuns, apta a conformar um novo *paradigma do Estado Constitucional de Direito*,⁴⁵ uma *nova cultura jurídica*,⁴⁶ ou, conforme Manuel Atienza, um *paradigma constitucionalista in statu nascendi*.⁴⁷

Em sendo o fenômeno uma decorrência do constitucionalismo e sua evolução, o neoconstitucionalismo lança mão de alguns seus pressupostos de afirmação, especificamente, a necessidade de existência de uma *Constituição rígida*,⁴⁸ a *garantia jurisdicional da Constituição* (ou *jurisdição constitucional*),⁴⁹ por meio do controle de constitucionalidade das leis (ou de compatibilidade das leis) frente à Constituição; e a *força vinculante da Constituição e dos direitos fundamentais*, consistente na atribuição às normas constitucionais do *status* (e da prerrogativa de fazer valer esse *status*) de verdadeiras normas jurídicas, dotadas de imperatividade, obrigatoriedade e força vinculante.

A tese da força normativa da Constituição, que defende a ideia de que toda norma constitucional é norma jurídica, imperativa, de caráter vinculativo e obrigatório e, portanto, apta a produzir alguma modalidade de efeito jurídico, ganhou notoriedade a partir da obra do jurista alemão Konrad Hesse.⁵⁰ A Constituição então passa a ser tida como um documento tipicamente jurídico, dotado de imperatividade, capaz de impor tarefas e fazer com que elas sejam realizadas, onde as

normas constitucionais têm a aptidão para produzir efeitos no mundo jurídico, vinculando e obrigando a todos os seus destinatários. Consequentemente, essa nova ideia torna-se incompatível com a vetusta ideia, típica do constitucionalismo clássico, de que as normas constitucionais não constituem mais do que um manifesto político;⁵¹ um convite à atuação dos Poderes Públicos, onde a concretização de suas propostas é condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador,⁵² não passando de “repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata”.⁵³

Um dos fenômenos jurídicos ocorrentes no constitucionalismo contemporâneo é a *constitucionalização do ordenamento jurídico*. Virgílio Afonso da Silva, explica que “quando se fala em constitucionalização do direito, a ideia mestra é a irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito”.⁵⁴ Ricardo Guastini complementa a ideia acima e, acolhendo a sugestão de Louis Favoreu,⁵⁵ propõe entender-se por constitucionalização do ordenamento jurídico,

[...] o processo de transformação de um ordenamento ao término do qual o ordenamento em questão resulta totalmente ‘impregnado’ pelas normas constitucionais. Um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, intrometida (penetrante, intrusa), capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência, bem como o estilo doutrinário, a ação dos atores políticos assim como as relações sociais.⁵⁶ (livre tradução)

O autor apresenta uma lista de “condições de constitucionalização”, afirmando que tão-somente quando todas as condições apresentadas estiverem presentes é que o ordenamento jurídico estará completamente “impregnado” pelas normas constitucionais.⁵⁷ São elas: 1) a existência de uma Constituição rígida; 2) a garantia jurisdicional da Constituição; 3) a força vinculante da Constituição; 4) a sobreinterpretação da Constituição; 5) a aplicação direta das normas constitucionais; 6) a interpretação conforme das leis; e 7) a influência da Constituição sobre as relações políticas.⁵⁸

As três primeiras condições de constitucionalização foram apresentadas acima como *pressupostos do neoconstitucionalismo*, uma vez que

são elementos comuns de afirmação do constitucionalismo clássico e não constituem, portanto, elementos exclusivos do neoconstitucionalismo. Eduardo R. Moreira aponta que o constitucionalismo surgiu como um mecanismo de limitação do poder e garantia dos direitos fundamentais, consolidou-se com a (1) afirmação da supremacia da Constituição e com a rigidez constitucional, (2) ambos garantidos por meio da jurisdição constitucional que tem por (3) finalidade primordial a defesa e a promoção dos direitos fundamentais com força vinculante.⁵⁹

A partir dos pressupostos já consagrados pelo constitucionalismo é que tem início a construção do neoconstitucionalismo com novos e práticos *elementos e características* e que conformam uma teoria jurídica alinhada com as transformações do direito constitucional contemporâneo. Conforme aponta Rodolfo Luís Vigo, “a constitucionalização do direito vigente brinda a oportunidade para gerar novas propostas na teoria jurídica que resultem idôneas para explicar as mudanças produzidas e também para respaldá-las e potencializá-las”.⁶⁰ Assim, as demais condições de constitucionalização trazidas por Guastini, somadas a outros elementos, constituirão um adequado esboço daquilo que tem sido designado neoconstitucionalismo enquanto teoria do direito do Estado Constitucional contemporâneo.

O *primeiro elemento* é a *sobreinterpretação da Constituição*, cuja ideia central é a interpretação da Constituição de modo extensivo (e não apenas literal), possibilitando-se com isso dela extraírem-se inúmeras normas implícitas que não estão, em princípio, expressas no seu texto, mas que são aptas a regular qualquer aspecto da vida social e política.⁶¹ Com a sobreinterpretação, não restam espaços vazios e livres, ou seja, as normas constitucionais tornam-se aptas a regular qualquer aspecto da vida social e política e passam a condicionar, tanto positiva como negativamente, a interpretação de todas as demais normas jurídicas, servindo como uma espécie de *filtro* pelo qual todas elas devem se submeter.⁶²

O *segundo elemento* que conforma o neoconstitucionalismo é a *possibilidade de aplicação direta das normas constitucionais*. A concepção de Constituição nos dias atuais implica o reconhecimento da possibilidade de aplicação de suas normas diretamente nas relações entre os particulares, atuando diretamente nas relações sociais. Riccardo Guastini afirma que atualmente “se tende a pensar que as normas constitucionais

– sobretudo os princípios gerais e as normas programáticas – podem produzir efeitos diretos e ser aplicadas por qualquer juiz na ocasião de qualquer controvérsia”.⁶³ Não se está a falar aqui na aplicação direta das normas constitucionais em todo e qualquer caso. Aplica-se a lei, mas também há a possibilidade de aplicação direta da Constituição, notadamente nas situações em que não há uma lei específica para aplicação ao caso concreto, ou, na existência da lei, a solução a que se chega mediante a sua aplicação apresenta um resultado injusto.⁶⁴

A *interpretação conforme das leis* compõe o terceiro elemento do neoconstitucionalismo e constitui um mecanismo que torna possível a adequação ou harmonização da lei com a Constituição, uma vez que há a possibilidade de se eleger, dentre duas ou mais interpretações possíveis de determinada lei, aquela que a torna compatível com a Constituição, elidindo-se toda contradição entre ambas. Assim, sempre que uma lei comportar duas ou mais interpretações plausíveis e alternativas e uma delas permitir a compatibilização do dispositivo interpretado com a Constituição se estará diante da interpretação conforme.⁶⁵ Clèmerson Merlin Clève aponta que com a interpretação conforme se “fará incidir sobre o direito infraconstitucional os valores substanciais e emancipatórios adotados pela Carta Constitucional”.⁶⁶

Uma *característica* do neoconstitucionalismo é o reconhecimento e valorização da *influência da Constituição sobre as relações políticas*. Guastini aponta que a ocorrência dessa condição depende da conjugação de alguns elementos em dado ordenamento jurídico, isto é, a) do conteúdo da própria Constituição; b) da postura dos juízes constitucionais e c) da postura dos órgãos constitucionais e dos atores políticos.⁶⁷ Desse modo, não se trata aqui de uma condição universal, mas a sua verificação poderá ocorrer ou não em dada sociedade ou cultura, a depender a) do *texto constitucional*, isto é, se a Constituição propõe-se influente nas relações políticas, prevendo, inclusive, a resolução de conflitos de natureza puramente política por um órgão jurisdicional, por meio da aplicação de normas constitucionais; b) da *posição assumida pela jurisdição*, notadamente a Constitucional, observando-se se o órgão jurisdicional encarregado de controlar a legitimidade constitucional das leis adotará uma postura de *self-restraint* no tocante às *questões políticas* ou se lançará mão de recursos argumentativos e interpretativos para atuar no controle da discricionariedade política dos poderes legislativo

e executivo; e c) da *postura dos órgãos estatais* (notadamente os órgãos governamentais) e demais *atores políticos* (v.g., partidos políticos, sindicatos etc.), verificando se eles se utilizam das normas constitucionais na argumentação política para justificar suas ações e decisões.

Em grande parte das Constituições contemporâneas é possível a constatação de um amplo conteúdo principiológico, onde os princípios constitucionais, dotados em grande parte de forte carga moral e política, propiciam um ambiente fecundo a uma atuação cada vez mais intensa da jurisdição constitucional nas relações políticas. Conforme anota Alfonso García Figuerola,

Os princípios constitucionais, com seu forte cunho moral e político, intervêm na argumentação política, regem as relações entre os poderes do Estado e, o que é mais relevante para nossos fins, permite assim a órgãos jurisdicionais como o Tribunal Constitucional passar a examinar a argumentação política que está subjacente às normas jurídicas. Caberia afirmar, em outras palavras, que a argumentação jurídica tende a transformar-se em argumentação moral e política, reforçando assim a unidade do raciocínio prático (livre tradução).⁶⁸

Em verdade, o que se nota nas últimas décadas é uma ingerência cada vez maior e mais constante das Cortes e Tribunais Constitucionais nas relações políticas das sociedades, fato que acabou por dar origem à expressão *judicialização da política*. A “judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário”.⁶⁹ Essa influência da Constituição sobre as relações políticas, reconhecida como o processo de judicialização da política, bem como a ingerência do Judiciário no controle das políticas públicas⁷⁰ faz referência à afirmação e concretização da nova teoria constitucional que vem sendo denominada como neoconstitucionalismo.

O caráter principiológico das Constituições contemporâneas também é uma característica trabalhada e explorada pelo neoconstitucionalismo. As Constituições do segundo pós-guerra inovaram com a incorporação explícita em seus textos de *valores*⁷¹ (acentuadamente ligados à promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais) e *opções políticas gerais* (como a redução das desigualdades sociais e

a erradicação da pobreza e da marginalização) e *individuais* (como a obrigação de prestação de serviços pelo Estado nas áreas da educação e da saúde). Assim ocorreu com a Constituição Federal de 1988, que incorporou esses *valores e opções políticas* em diversas passagens do seu texto normativo⁷² ao introduzir conceitos como *democracia, dignidade da pessoa humana, igualdade, solidariedade, cidadania, pluralismo e soberania*, dentre tantos outros. Ao lado das *regras* constitucionais, esses valores se expressam na grande maioria das vezes pelos *princípios constitucionais*,⁷³ que irão orientar todo o sistema jurídico. Conforme aponta Ingo W. Sarlet,

[...] mediante a positivação de determinados princípios e direitos fundamentais, na qualidade de expressões de valores e necessidades consensualmente reconhecidos pela comunidade histórica e espacialmente situada, o Poder Constituinte e a própria Constituição transformam-se, de acordo com a primorosa formulação do ilustre mestre de Coimbra, Joaquim José Gomes Canotilho, em autêntica “reserva de justiça”, em parâmetro da legitimidade ao mesmo tempo formal e material da ordem jurídica estatal⁷⁴.

Assim, um traço comum na grande maioria das Constituições contemporâneas é a coexistência de *regras* e *princípios* em seus textos, o que possibilita referir-se a elas como *Constituições principiológicas* ou de *caráter principiológico*.

Esse conteúdo *principiológico-normativo* da Constituição revela o novo paradigma neoconstitucionalista, de lastro eminentemente axiológico, ou seja, permeado de valores (explícitos e implícitos) que irão se irradiar pelo restante do ordenamento jurídico, conformando todo o sistema e influenciando diretamente a interpretação e a aplicação do Direito. Como acentua Daniel Sarmento, é característica do neoconstitucionalismo o “reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito”.⁷⁵ Diante desta constatação, não se pode conceber hodiernamente uma tutela jurídica adequada e efetiva sem a observância e o emprego desses *elementos nucleares e fundamentais* do sistema jurídico.

O neoconstitucionalismo também tem como *característica* a invocação de uma “nova” *interpretação na teoria neoconstitucional*. “Se há

algum consenso na moderna hermenêutica constitucional, este repousa na constatação de que a tarefa de aplicação da Constituição não se resume a um simples silogismo”.⁷⁶ Os aspectos evolutivos anteriormente abordados revelam também uma evolução no tocante à hermenêutica constitucional e à teoria da interpretação constitucional no Estado neoconstitucional que tem despertado atenção nos últimos anos.

A presença de normas com forte conteúdo substantivo e principiológico nas Constituições demanda uma maior presença do Judiciário e conseqüentemente uma maior atividade dos juizes que, diante desse fato, passam a desempenhar suas funções debaixo de novos parâmetros hermenêuticos, interpretativos e argumentativos, onde o raciocínio judicial é mais intrincado. Essa atividade jurisdicional tem dado origem a uma produção jurisprudencial de viés bastante sofisticado. Paralelamente, a ciência jurídica⁷⁷ também recebe os influxos de toda essa transformação e passa a desenvolver sofisticadas teorias e uma rica dogmática constitucional, passando a contribuir assim diretamente não só para a explicação e descrição dos fenômenos jurídicos, mas também para sua criação e prescrição.

É em decorrência deste cenário que muito se tem falado e escrito acerca do surgimento de uma “nova” interpretação (constitucional).⁷⁸ A teoria da interpretação no neoconstitucionalismo é agora chamada *sobreinterpretação*,⁷⁹ uma vez que toda interpretação jurídica é, antes, uma interpretação constitucional, que se opera, em grande parte, pelos princípios constitucionais. Em parte, pode-se afirmar que os princípios constitucionais são os maiores responsáveis pelas transformações ocorridas no tema da interpretação constitucional, e isso, devido às próprias peculiaridades que carregam.⁸⁰

As características dos princípios constitucionais demandam reflexões acerca das dificuldades relativas à sua interpretação e aplicação, o que levou a jurisprudência e a doutrina a desenvolverem instrumentos e métodos próprios para lidar com eles, como é o caso, v.g, do *método da ponderação*⁸¹ e da *interpretação conforme a Constituição*, já tratada neste texto. No processo de interpretação que ocorre no ambiente do neoconstitucionalismo, também foram resgatadas e passaram a serem aplicadas, antigas teorias e métodos já desenvolvidos no passado, como a *tópica* e *teorias da argumentação jurídica*.⁸²

No processo de interpretação normativa atual, o jurista, notadamente o aplicador do direito, inegavelmente elabora enunciados que se relacionam à *práxis jurídica*, embora esses enunciados possuam uma natureza peculiar. Existe, portanto, uma inequívoca vinculação entre a interpretação principiológica e as situações fáticas do *caso concreto* a ser resolvido pelo intérprete. Conforme observado por Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos,

[...] as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos *elementos do caso concreto*, dos *princípios* a serem preservados e dos *fins* a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da *solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido*.⁸³ (grifo nosso)

Com esse destaque para os *elementos do caso concreto* se quer afirmar que o neoconstitucionalismo, nesse ponto, não implica, em verdade, em algo tão novo, mas sim no resgate de uma antiga concepção que partilha da “rejeição da lógica formal como instrumento para analisar os raciocínios jurídicos”.⁸⁴

Em verdade, trata-se do resgate e da revitalização de um *método* ou *processo* de aplicação do direito que remonta ao pensamento greco-romano (Aristóteles e Cícero),⁸⁵ focalizado nos procedimentos decisórios judiciais, a *tópica jurídica* ou o *modo de pensar tópico* aplicado ao Direito, ocorrido, sobretudo, a partir da publicação da primeira edição da obra de Theodor Viehweg, intitulada *Topik und Jurisprudenz*, em 1953. Para Viehweg, a *tópica* está caracterizada por três elementos ligados entre si:

[...] por um lado a *tópica* é, do ponto de vista de seu objeto, uma *técnica do pensamento problemático*; por outro lado, do ponto de vista do instrumento com que opera, o que se torna central é a noção de *topos* ou *lugar-comum*; finalmente, do ponto de vista do tipo de atividade, a *tópica* é uma *busca e exame de premissas*: o que a caracteriza é ser um modo de pensar no qual a ênfase recai nas premissas, e não nas conclusões.⁸⁶

Tércio Sampaio Ferraz Jr., prefaciando a edição da referida obra, esclarece que a “*tópica não é propriamente um método, mas um estilo [...] um modo de pensar por problemas, a partir deles e em direção a eles*”.⁸⁷ A tópica constitui, portanto, um estilo de raciocínio jurídico voltado para o *problema* e não para a *norma*, nela o pensamento jurídico é essencialmente problemático e conduzirá o intérprete, a partir do *caso concreto*, ao encontro da solução mais justa⁸⁸. Esse resgate da tópica está presente no neoconstitucionalismo e pode ser verificado hodiernamente em várias decisões de juízes e Tribunais brasileiros.

O neoconstitucionalismo também deposita grandes expectativas na *argumentação jurídica* enquanto mecanismo hábil a coibir a *farra dos princípios*, isto é, o emprego desarrazoado dos princípios constitucionais como meio de justificar decisões judiciais igualmente desarrazoadas, muitas vezes proferidas ao alvitre da legislação ordinária regente de determinado caso concreto.

O paradigma neoconstitucionalista confere ao intérprete do Direito uma grande incumbência ao depositar em suas mãos a responsabilidade da interpretação das normas jurídicas, especialmente das normas constitucionais. Daniel Sarmento aponta que, “diante da vagueza e abertura de boa parte das normas constitucionais mais importantes, quem as interpreta também participa do seu processo de criação”.⁸⁹ Com isso, corre-se o risco de que se dê origem a uma “anarquia metodológica” e de que o Poder Judiciário passe a atuar mediante a ausência de “critérios racionais e intersubjetivamente controláveis”, fazendo com que restem comprometidos os valores do Estado democrático.⁹⁰ Em uma curiosa passagem de sua obra, Daniel Sarmento observa cuidadosamente os perigos que a interpretação constitucional pode gerar, apontando que

[...] muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através dele, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial [...] sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada [...]. Os princípios constitucionais, neste quadro, tornaram-se verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser.⁹¹

Uma ênfase exacerbada nos princípios constitucionais e o seu uso inadequado pode conduzir a uma situação caótica de subjetivismos e relativismos pautados em uma discricionariedade arbitrária. “É preciso tomar certas cautelas para não alargar os horizontes da principiologia constitucional ao ponto de afirmar que toda e qualquer norma pode ser ponderada ou relativizada”.⁹² Nesse sentido, não se pode tomar partido de uma dogmática principialista utilizada sem cautelas para relativizar todo e qualquer bem ou valor constitucionalmente protegido por meio dos princípios constitucionais, utilizando-se da normatividade da Constituição para justificar subjetivismos fundamentalistas. Nesse contexto revela-se a importância da *argumentação jurídica*⁹³ abraçada pelo neoconstitucionalismo, como um importante instrumento para o estabelecimento de uma instância de objetividade (semântica e ética) capaz de permitir a fiscalização das decisões judiciais.⁹⁴

Argumentar significa apresentar argumentos, implica em raciocinar prática e dialeticamente, levantando e discutindo premissas (que serão sempre verossímeis e nunca absolutamente corretas ou incorretas) que servirão de norte à conclusão, mas não é só isso, significa, sobretudo, expor e fundamentar detalhadamente os raciocínios que constituem a argumentação. É com a apresentação de argumentos razoáveis, persuasivos, convincentes e, sobretudo, pautados pelos princípios e valores constitucionais que a decisão judicial obterá legitimidade.

Pelo ambiente exposto até aqui, afirma-se que a teoria da interpretação constitucional não se coaduna em determinados aspectos (para alguns, em muitos aspectos) com os métodos clássicos de interpretação jurídica, desenvolvidos pelo positivismo jurídico, uma vez que as normas constitucionais “estimulam outro gênero de raciocínio jurídico”.⁹⁵ E aqui, só para citar um exemplo, fala-se na insuficiência dos critérios de resolução de antinomias aplicados às regras jurídicas para a solução de colisões entre os princípios constitucionais, que ocorre por meio da ponderação. Os princípios constitucionais também impulsionam o surgimento de novas exigências de justificação e argumentação para fundamentação das decisões, abrindo-se então espaços para a adoção de metodologias que foram abandonadas no período do império positivista.⁹⁶

Atualmente há uma grande celeuma acerca da existência (ou não) de uma suposta “nova” interpretação constitucional e suas especificidades. Um entendimento razoável que se pode haver pelas especulações até aqui deduzidas é o da presença de uma interpretação jurídica *reformulada* e *inovada* em decorrência das profundas transformações que sofreu o próprio Direito nas últimas décadas, obrigando-se um repensar das categorias interpretativas até então existentes, bem como a incorporação de novos mecanismos, instrumentos e metodologias, capaz de dar conta desde novo estado de coisas.

Esta é a razão da utilização do adjetivo “*novo*” estar entre parêntesis, ou seja, não se atesta aqui o surgimento de uma nova interpretação constitucional em sua completude, mas também não se despreza a ocorrência do desenvolvimento de mecanismos e técnicas inéditas (v.g., a ponderação, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto) e nem o resgate e a revitalização de métodos há muito desenvolvidos (v.g., a tópica), uma vez que esse conjunto abrangente do *novo* e do *velho* se faz inegavelmente presente no ambiente da interpretação constitucional nos dias de hoje.

A par da verificação quanto à importância do intérprete e aplicador do direito no neoconstitucionalismo, deve-se fazer um alerta, consistente no grande desafio que a ele se apresenta no tocante à necessidade de construção de possibilidades de concretização da Constituição sem incorrer-se em decisionismos e arbitrariedades, desafio que pode ser ao menos mitigado por meio de uma atividade interpretativa e aplicativa do Direito por todos os agentes comissionados para tanto, que esteja pautada inteiramente pelos princípios constitucionais e alinhada aos valores consagrados pela Constituição.

Por fim, uma última *característica* do neoconstitucionalismo que merece ser destacada é a admissão do *protagonismo Judicial*. Sem dúvida o neoconstitucionalismo deposita grandes expectativas no Poder Judiciário para a realização dos direitos fundamentais. O neoconstitucionalismo teórico aspira apresentar e delinear os ganhos do processo de constitucionalização, apontando como uma importante conquista, a estrutura e o papel das Constituições contemporâneas, que positivam um catálogo de direitos fundamentais e estabelecem diretrizes para o desenvolvimento das políticas públicas minimamente necessárias para

conferir concretude a esses direitos. Para isso, as Constituições conferem ao Poder Judiciário a incumbência de fiscalizar o cumprimento das diretrizes estabelecidas, bem como tutelar adequada e efetivamente os *direitos fundamentais*, protegendo-os das investidas do legislador ordinário e do poder público executivo, tanto nos aspectos relacionados à atuação desses poderes, quanto naqueles ligados à sua omissão.

Isto porque tais direitos, por constituírem núcleo essencial da Constituição e por conferirem *posições jurídicas* (subjetivas e jurídico-objetivas)⁹⁷ cujo conteúdo é de fundamental importância às pessoas (fundamentalidade material), foram propositadamente *retirados da esfera de disponibilidade* dos poderes constituídos (fundamentalidade formal)⁹⁸, não podendo, portanto, a decisão acerca da garantia e efetivação desses direitos ser deixada à mercê das maiorias parlamentares de plantão.⁹⁹

É justamente por tal razão que se fala que o neoconstitucionalismo tem o seu foco centrado no Poder Judiciário,¹⁰⁰ uma vez que essa importante tarefa de proteger e efetivar os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados se dará, notadamente, por meio de uma peculiar forma de interpretação e aplicação das regras constitucionais.¹⁰¹ Um dispositivo constitucional pode ser claro quanto à vontade constituinte, mas, ao final, em última instância, a norma constitucional somente revelará (ou não) o seu completo conteúdo mediante a atividade interpretativa e aplicativa do Direito,¹⁰² que se dará, ao cabo de contas, na imensa maioria das vezes pelo Poder Judiciário.¹⁰³ Há de se reconhecer que a interpretação constitucional levada a efeito pelo Poder Judiciário é a que mais produzirá reflexos (positivos ou negativos) sobre a sociedade em geral.

A sociedade, de um modo geral, voltou os olhos para o Judiciário nos últimos tempos, pois está cada vez mais consciente de seus direitos fundamentais e passou a visualizar a possibilidade concreta de sua efetivação, “particularmente em face da existência de instâncias (especialmente as judiciárias) dotadas de poder de fazer respeitar e realizar estes direitos”.¹⁰⁴

A ascensão institucional do Poder Judiciário nas últimas décadas é um fato notório¹⁰⁵ e se deve a uma série de fatores (de ordem jurídica, política e social) tais como: **a)** a mudança de paradigma da centrali-

dade da lei para a Constituição; **b)** o caráter normativo, substancial e principiológico dos textos constitucionais, que reclamam uma maior presença do Judiciário no sentido de lhes interpretar e conferir-lhes densidade normativa; **c)** a exigência de efetivação dos direitos fundamentais; **d)** a necessidade do controle da constitucionalidade das leis; **e)** a constitucionalização do ordenamento jurídico, onde a irradiação das normas constitucionais sobre o ordenamento demanda que toda atuação jurídica e toda atividade estatal dos poderes públicos (e também dos particulares) sejam realizadas sempre à luz da Constituição; **f)** o declínio da confiança no poder legislativo e no conteúdo das leis, bem como descontentamento com as omissões legislativas; **g)** a omissão dos poderes públicos no desenvolvimento das políticas públicas necessárias para dar concretude aos direitos fundamentais; **h)** a evolução da hermenêutica e da interpretação constitucional para dar conta dos *casos* cada vez mais *díficeis*. Estes e outros fatores impulsionaram o Poder Judiciário nos últimos tempos a uma postura mais *ativa* e presente na vida da sociedade, fato este, hoje inquestionável.

É grande o embate jurídico-doutrinário acerca dessa postura (para alguns, intrometida) do Poder Judiciário que vem se configurando ao longo das últimas décadas e se intensificando no decorrer dos últimos anos, fenômeno que recebeu inicialmente o nome de *ativismo judicial* e que mais recentemente se convencionou denominar como *protagonismo judicial*.

Para Luís Roberto Barroso o *ativismo judicial* está relacionado a uma atitude, isto é, a uma escolha por um modo específico e proativo de se interpretar e aplicar a Constituição, com o qual é possível expandir o seu sentido e alcance, sendo que essa postura normalmente se instala em face de retrações e omissões do Poder Legislativo que acabam por impedir que as demandas sociais sejam atendidas de modo efetivo.¹⁰⁶ Verifica-se que o ativismo judicial está relacionado a uma mais ampla e intensa participação do Judiciário no processo de interpretação, criação e realização dos direitos fundamentais, dos fins e valores constitucionais, o que acaba resultando conseqüentemente em uma maior interferência no espaço de atuação dos demais Poderes.¹⁰⁷ Uma curiosa concepção acerca do ativismo judicial é referida por Pedro Néstor Sagüés, segundo o qual essa postura consiste em uma

[...] doutrina que confere à judicatura um **protagonismo decisivo** nas **mudanças sociais e na incorporação de novos direitos constitucionais** aos já existentes, partindo-se do pressuposto de que o Poder Judiciário está geralmente mais potencializado do que os outros poderes do Estado para a tarefa de estabelecer, por meio de normas e condutas, os atuais valores da sociedade.¹⁰⁸ (*livre tradução e grifos*)

Esta concepção chama a atenção a uma reflexão que pode redundar em pontos positivos ao ativismo judicial, uma vez que não é difícil a constatação de que é o Judiciário o órgão que está mais próximo da realidade e das expectativas sociais, por estar cotidianamente em contato com a sociedade quando da resolução das demandas que lhe são apresentadas pelos jurisdicionados.

O Poder Judiciário (inclusive o brasileiro) está inserido e tem atuado num contexto de ativismo judicial, participando e decidindo constantemente questões de natureza política e social como nunca se viu antes, bem como intensificando sua atuação no processo de realização dos direitos, valores e fins constitucionais. É por esta razão que se fala em um deslocamento do poder da esfera legislativa e executiva para a esfera judicial,¹⁰⁹ uma das pedras de toque no neoconstitucionalismo.

Falar em *ativismo* ou *protagonismo judicial* é tocar em questões caras à sociedade, pois estes fenômenos estão umbilicalmente ligados a importantes e complexos temas tais como separação dos poderes (ou funções) e democracia ou legitimidade democrática. Ao longo de todas as discussões que têm se desenrolado sobre o assunto, muito já se ouviu, desde ferrenhas e exacerbadas críticas até posicionamentos favoráveis e defensáveis deste fenômeno e postura judicial.

No ambiente jurídico brasileiro, o que tem se constatado, ao cabo de contas (salvo algumas exceções) é que o protagonismo judicial, exercido moderadamente, se verifica não somente útil, mas também necessário. A produção jurisprudencial criativa do Direito não se revela absolutamente antidemocrática, uma vez que a democracia não poder sobreviver em um ambiente em que restem desprotegidos os direitos e as garantias fundamentais, por isso, a noção de democracia não pode ser reduzida à concepção de um governo absolutista da maioria e tampouco na opressão das minorias. Como aduz Mauro Cappelletti, “um judiciário razoavelmente independente dos caprichos,

talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia".¹¹⁰ Como bem destaca Daniel Sarmento,

[...] o Poder Judiciário tem um papel essencial na concretização da Constituição brasileira. Em face do quadro de sistemática violação de direitos de certos segmentos da população, do arranjo institucional desenhado pela Carta de 88, e da séria crise de representatividade do Poder Legislativo, entendo que o ativismo judicial se justifica no Brasil, pelo menos em certas searas, como a tutela de direitos fundamentais, a proteção das minorias e a garantia do funcionamento da própria democracia. O maior insulamento judicial diante da pressão das majorias, bem como um certo *ethos* profissional de valorização dos direitos humanos, que começa a se instalar em nossa magistratura, conferem ao Judiciário uma capacidade institucional privilegiada para atuar nestas áreas.¹¹¹

Esta postura moderada quanto ao ativismo judicial parece ser a que melhor se coaduna com a tônica do Estado Constitucional de Direito contemporâneo e com a teoria neoconstitucional. Nessa linha de entendimento, citam-se as considerações de Lenio Luiz Streck:

[...] o papel do Judiciário em um Estado que se quer democrático é *distinto* daquele que se lhe atribui na formulação clássica sobre suas relações com os demais poderes estatais. Do Judiciário hoje, não é de se esperar uma posição subalterna frente a esses outros poderes, a quem caberia a produção normativa. O juiz não há de se limitar a ser apenas, como disse Montesquieu, *la bouche de la loi*, mas sim *la bouche du droit*, isto é, a boca não só da lei, mas do próprio Direito.¹¹²

Ao findarem-se as considerações acerca do neoconstitucionalismo, bem como no tocante ao protagonismo judicial que vem ocorrendo nos dias atuais, pode-se verificar pelas concepções trazidas até aqui (sempre se pautando no equilíbrio e na moderação e observando-se em todo momento aos princípios e valores constitucionais) que o ambiente proporcionado pelo neoconstitucionalismo é fecundo para os propósitos de realização dos direitos fundamentais, inclusive e notadamente aqueles referentes às pessoas idosas. O protagonismo (ou ativismo) judicial em determinadas situações será fundamental para que os idosos possam ao menos tocar os seus direitos fundamentais antes de se depararem com o fatídico evento ao qual todos estão destinados, sem qualquer exceção.

A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO IDOSO NO AMBIENTE DO NEOCONSTITUCIONALISMO: UMA ANÁLISE DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC)

As abordagens feitas anteriormente permitiram a apresentação, ainda que de maneira sucinta (em face de toda a complexidade que o fenômeno tem despertado), daquilo que vem sendo designado como neoconstitucionalismo.

Diante das particularidades apresentadas, o neoconstitucionalismo certamente se mostra como um ambiente fecundo à concretização dos direitos fundamentais dos idosos, o que será aferido neste trabalho pela análise do *Benefício da Prestação Continuada* (BPC), uma vez que a efetivação deste benefício tem se mostrado dificultosa por ao menos dois motivos: 1) uma regulamentação legislativa ordinária marcada por uma trajetória de avanços e retrocessos, que tem esboçado um caráter restritivo para o seu acesso; e 2) uma interpretação literal dos dispositivos legais, levada a efeito pelo órgão do poder executivo responsável por gerir administrativamente o benefício, que tem obstaculizado o seu acesso a muitos idosos. Assim, no ambiente do neoconstitucionalismo, uma atividade do Poder Judiciário, comprometida com a efetivação dos direitos fundamentais constitucionais em favor dos idosos, torna possível a concretização desse benefício pelas vias judiciais a inúmeros idosos que são sumariamente excluídos do seu acesso pelas vias administrativas.

A Constituição de 1988, em coerência com os valores, princípios,¹¹³ objetivos e fundamentos¹¹⁴ por ela estabelecidos e visando a *proteção social*, o *bem-estar* e a *justiça social*, estabeleceu que a *assistência social* deverá ser prestada *a quem dela necessitar*, independente de contribuição à seguridade social (CRFB, art. 203, *caput*), criando um benefício específico para os *idosos* e *pessoas com deficiência*, consistente na “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” (CRFB, art. 203, inc. V), benefício constitucional que foi batizado como *Benefício de Prestação Continuada* e apelidado sucintamente como *BPC*.¹¹⁵

A proteção social dos indivíduos é inegavelmente um fator de justiça social¹¹⁶ com a qual o Direito está indissociavelmente ligado. Portanto, ao iniciar-se esse tópico é necessário considerar que não raras às vezes, “a proteção social fica exposta a apreciações negativas, na medida em que é muitas vezes acusada de produzir impactos econômicos desfavoráveis”.¹¹⁷ No Brasil, infelizmente foi nesse contexto que o BPC foi regulamentado, ou seja, não como um *direito fundamental individual* previsto e assegurado constitucionalmente (e, portanto, um instrumento de proteção social capaz de realizar o bem-estar e a justiça social), mas como um ônus com o qual o Estado deve arcar e que certamente representa impactos econômicos negativos para os cofres públicos, razão pela qual foi regulado de forma bastante *seletiva e restritiva*.

A *assistência social*,¹¹⁸ enquanto *direito subjetivo* do necessitado e como *política de proteção social de caráter não contributivo* compõe o *Sistema de Seguridade Social*¹¹⁹ brasileiro e está inscrita como *direito social* (que também é fundamental) pela Constituição de 1988, que previu em seu art. 203 que:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

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. (grifos)

A Constituição estabeleceu em seu art. 1º que o Brasil é um Estado democrático de direito e tem como alguns de seus *fundamentos a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho*. Em seu art. 3º indicou os *objetivos* da República brasileira, consistentes, dentre outros, na *construção de uma sociedade livre, justa e solidária; na erradicação da pobreza e da marginalização; na redução das desigualdades sociais e regionais; e na promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*.

Ao agir dessa forma, estabelecendo os seus fundamentos e explicitando seus objetivos, a Constituição claramente limitou a atuação dos três Poderes da República, que deverão ter as suas típicas atividades sempre voltadas para o cumprimento dos preceitos constitucionais,¹²⁰ deles não podendo escapar. Com base nesta constatação, o que se infere é que toda a legislação infraconstitucional destinada a disciplinar os direitos sociais deverá estar sempre voltada para proteção dos seus destinatários, sem qualquer discriminação, bem como para o bem-estar e a justiça social. Infelizmente não é isso que se verificou pela forma como o BPC foi regulamentado, não sendo desarrazoado afirmar que esse benefício constitucional foi regulado de forma *tardia, seletiva, transmutada, restritiva*¹²¹ e *arbitrária*.

A política constitucional de direito à *proteção social* (não contributiva) corresponde a um *mínimo de cidadania*. Esta é a concepção que deveria ter norteado a regulamentação do BPC. Nas palavras de Aldaíza Sposati, o

BPC é um *mínimo social* enquanto se constitui em um dispositivo de proteção social destinado a garantir, mediante prestações mensais, um valor básico de renda às pessoas que não possuam condições de obtê-la, de forma suficiente, por meio de suas atividades atuais ou anteriores. Todavia, a forma *seletiva* e *residual* de acessá-lo não parece corresponder ao disposto constitucional que afiança um salário mínimo ao idoso e à pessoa portadora de deficiência sem renda a que dele necessitar¹²². (*grifos*)

Nesse sentido, ao conferir-se o bem-estar àquele que necessita, a consequência lógica é a redução das desigualdades e a realização da justiça social, operando-se o mínimo de cidadania em relação aos idosos e às pessoas com deficiência.

Tristemente, a regulamentação do BPC não seguiu essa *vontade constitucional*, uma vez que o acesso dos postulantes a esse benefício foi submetido a uma forte *seletividade*, ocasionada em razão do estabelecimento de rigorosos meios comprobatórios para sua obtenção. Com isso, tem-se negado ao longo do tempo o direito de cidadania aos idosos e deficientes na operação desse mínimo de civilidade em face das restrições impostas pela lei, contrariando-se os princípios e valores constitucionalmente estabelecidos.

A regulamentação do BPC ocorreu tardiamente,¹²³ por meio da Lei n. 8.742, de 07 de dezembro de 1993, conhecida como *Lei Orgânica da Assistência Social* ou simplesmente LOAS, que disciplinou a assistência social e dispôs especificamente sobre o benefício em seus artigos 20 e 21.¹²⁴

Dos referidos dispositivos legais, verifica-se que a lei estabeleceu que os destinatários do benefício assistencial deveriam preencher certos requisitos para o seu acesso, a saber: a) da pessoa com deficiência, exigiu-se a prova da *incapacitada para a vida independente e para o trabalho* (art. 20, § 2º); b) dos idosos, a *idade mínima de 70 anos* (art. 20, *caput*); e, c) de ambos, foi requerida a comprovação de não possuírem *meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por suas famílias* (art. 20, *caput*), hipótese para a qual a lei estabeleceu um critério objetivo de aferição da miserabilidade da família do postulante, considerando incapaz de prover a sua manutenção a família *cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo*.

Como se vê, além de tardia, a forma como o benefício foi regulamentado causou muitos entraves para a sua obtenção em razão dos rigorosos critérios estabelecidos, o que acarretou a exclusão de um sem número de idosos e pessoas com deficiência do seu acesso. Felizmente no ano de 2011 importantes mudanças ocorreram na regulamentação do BPC, introduzidas pelas leis federais de n. 12.435, de 06 de julho e n. 12.470, de 31 de agosto, com destaque para esta última, que introduziu significativas e positivas mudanças em relação às pessoas com deficiência. Assim, embora tais alterações ainda não sejam totalmente suficientes para dar ao benefício a importância e conferir-lhe a plena finalidade que a Constituição lhe reservou (assegurar efetivamente a proteção social, o bem-estar e a justiça social), certamente terão o condão de possibilitar o seu acesso e gozo a um maior número de idosos e pessoas com deficiência.¹²⁵

Situado o panorama inicial acerca do BPC, cumpre então demonstrar que a maneira pelo qual tem sido disciplinado ao longo do tempo, acabou por impedir que muitos de seus destinatários pudessem usufruir do benefício constitucional, uma vez que legislador não se atentou para os princípios constitucionais que deveriam nortear a sua regulamentação (cidadania, dignidade da pessoa humana, solidarieda-

de,¹²⁶ busca da erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais etc.). Em razão disso, a negação desse direito de cidadania na operação desse mínimo de civilidade fez com que muitos idosos e pessoas com deficiência fossem bater às portas do Poder Judiciário para ver implementado um direito fundamental seu que passou a ser constante e arbitrariamente cerceado nas vias administrativas.

A evolução legislativa referente ao BPC desde a sua regulamentação inicial tem sido marcada por debates e controvérsias, avanços e retrocessos que, com o decorrer do tempo, fizeram refletir substantivas alterações em pelo menos dois importantes aspectos, isto é, quanto à *idade mínima de acesso ao benefício* e quanto ao *conceito de família* ou *grupo familiar*, conceito que influencia diretamente a realização do cálculo da renda média familiar *per capita* para concessão do benefício – requisito para obtenção do BPC de constitucionalidade bastante questionada e que será analisado adiante.

No que diz respeito à *idade mínima*, após a regulamentação inicial do benefício (Lei n. 8.742/93), que previa a necessidade de o idoso contar com 70 anos ou mais de idade para sua obtenção (art. 20, *caput*), o revogado Decreto de n. 1.744, de 08 de dezembro de 1995¹²⁷, que regulamentou o BPC, previu a redução da idade mínima para o acesso ao benefício de 70 para 67 anos a partir de 1º de janeiro de 1998, e estabeleceu também uma segunda redução de 67 para 65 anos a partir de 1º de janeiro de 2000 (art. 42).¹²⁸

O Estatuto do Idoso, estabelecido pela Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003, concretizou a segunda redução da idade mínima para o acesso ao benefício que havia sido prevista pelo Decreto 1.744/95,¹²⁹ reduzindo-a para 65 anos e, tratando do referido benefício em seu art. 34, dispôs que:

Art. 34. *Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas.*

Parágrafo único. *O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a Loas.*

Na mesma linha do Estatuto do Idoso, a Lei 12.435/11 consolidou a idade de 65 anos ou mais para que o idoso possa ter acesso ao benefício (art. 20, *caput*). Desse modo, atualmente para que o idoso obtenha o BPC, basta contar com 65 anos ou mais de idade e comprovar os demais requisitos exigidos pela lei.

Muito embora os prazos fixados para redução da idade mínima de acesso ao benefício por parte dos idosos não tenham sido respeitados, o que pode ser aferido pela evolução legislativa nesse sentido é que a referida redução de 70 para 65 anos de idade certamente terá o condão de estender esse acesso a um maior número de idosos, propiciando assim uma maior inclusão e justiça social. Portanto, neste ponto verifica-se um significativo avanço legislativo na regulamentação desse mínimo assistencial.

Adentrando na problemática do *conceito de família* ou *grupo familiar*, cuja concepção afeta tanto aos idosos quanto as pessoas com deficiência, de acordo com o estabelecido originalmente no *caput* do referido art. 20 (e infelizmente mantido pela nova regulamentação), está expressa a condição de *o idoso e a pessoa com deficiência não serem sustentáveis por outrem*. Assim, para que os seus destinatários possam ser incluídos no benefício constitucional, precisam demonstrar, além de sua própria miserabilidade, também a de sua família. Neste ponto, afirma Aldaíza Sposati, não basta apenas uma exclusão, isto é, o ser idoso ou pessoa com deficiência (para a autora o fato de ser idoso ou deficiente por si só representa uma situação de sujeição à exclusão), mas são necessárias duas exclusões: o ser idoso ou deficiente e demonstrar a miserabilidade sua e de sua família, verificando-se, portanto, uma sobrevitimização destas pessoas.¹³⁰

Ao vincular-se fortemente o acesso ao benefício a uma condição externa (demonstração da miserabilidade familiar) como fez a lei, alterou-se o significado da norma constitucional que o estabeleceu, pois a regulamentação ocorrida atribuiu centralidade à figura da família como responsável pela manutenção dos idosos e das pessoas com deficiência, atribuindo-se ao Estado, por consequência, o caráter da subsidiariedade no tocante ao assunto. Desse modo, o que se extrai é que a *responsabilidade* do Estado é secundária à da família e, portanto, *subsidiária* ou *residual*, uma vez que o Estado somente arcará com a res-

ponsabilidade pela manutenção do mínimo de dignidade e cidadania do idoso e do deficiente quando a sua família não tiver condições de prover a sua subsistência e houver demonstrado a sua miserabilidade.

Aqui se pode verificar que a vinculação do acesso ao benefício à condição econômica da família do idoso ou da pessoa com deficiência fez um direito fundamental individual transitar para a esfera do direito de família. Com isso, esclarece Aldaíza Sposati, a regulação legal transmutou o benefício constitucional, e aqui consiste uma das maiores restrições, “onde o direito constitucional de um salário ao cidadão foi submetido a direito da família, e não mais do cidadão” individualmente considerado.¹³¹

Além disso, o legislador acabou por diluir o caráter universal do benefício estabelecido constitucionalmente (“A assistência social será prestada a quem dela necessitar...”), bem como menosprezou a sua natureza constitucional, uma vez que, de acordo com a Constituição, a assistência social foi declarada direito social, isto é, campo de responsabilidade pública, da garantia e da certeza da provisão.

Portanto, além de tardia, seletiva, e transmutada, a regulamentação do BPC também tem se mostrado restritiva desde a sua origem, em razão do acesso ao benefício ser fortemente vinculado à família e não aos idosos e pessoas com deficiência enquanto titulares individuais de um direito fundamental, aspecto este que não contou com qualquer alteração legislativa nesse sentido.

O conceito legal de família é de absoluta relevância, pois afeta diretamente as possibilidades de obtenção de benefício por parte de seus destinatários, já que o idoso ou pessoa com deficiência precisam demonstrar não possuírem meios para prover sua própria manutenção nem de tê-la provida pelas suas famílias (situação de miserabilidade), o que é aferido por meio do critério objetivo estabelecido pela lei, isto é, pela comprovação de que a renda mensal familiar *per capita* é inferior a ¼ do salário mínimo (art. 20, § 3º). Esta exigência infelizmente permaneceu idêntica na regulação do benefício desde a sua origem até o presente momento. Assim, verifica-se que o conceito de núcleo familiar influencia diretamente o cálculo da renda *per capita* (requisito para acesso ao BPC) e, portanto, a obtenção (ou não) do benefício. O conceito contou com importantes alterações ao logo de toda evolução legislativa ocorrida em torno do BPC.

A família, conforme regulamentação inicialmente trazida pelo § 1º do art. 20 da Lei n. 8.742/93, foi concebida como a unidade mononuclear de pessoas vivendo sob o mesmo teto (independentemente da existência de grau de parentesco), onde a economia era mantida pela contribuição de seus integrantes. Afere-se que o conceito estava inicialmente dissociado de relações biológicas, normalmente associadas à ideia de família, utilizando-se a lei de uma perspectiva sociológica, bastante útil à realidade brasileira, pois no tocante ao conceito de família, a norma contemplou uma perspectiva abrangente de núcleo familiar.

Posteriormente, a Lei n. 9.720, de 30 de novembro de 1998, modificando o citado dispositivo legal, alterou o conceito de família estabelecido anteriormente, passando a restringi-lo aos dependentes para fins previdenciários previstos no art. 16 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, entendendo-se então como família o conjunto de pessoas elencadas no referido artigo, desde que vivam sob o mesmo teto.¹³²

Com a modificação ocorrida, a lei não incorporou ao conceito de família, membros como filhos e irmãos com mais de 21 anos e outras pessoas como padrasto, madrasta, netos, genros, noras, cunhados etc., potencialmente detentores de renda, situação que passou a constituir um fator prejudicial para o processo de obtenção do benefício constitucional em razão do afastamento destas pessoas.

A delimitação trazida pela Lei n. 9.720/98 gerou muita polêmica na prática, causando divergência jurisprudencial e, embora algumas decisões judiciais tenham aplicado a lei em sentido literal, outras decisões, com fundamento nas “peculiaridades” dos casos concretos (resgate da tópica) passaram a ser proferidas, “relativizando” o rol *pretensamente exaustivo* do grupo familiar trazido pela referida lei, visando-se a proteção dos idosos e das pessoas com deficiência, bem como o atendimento dos fins sociais objetivados pela lei.

Nesse sentido, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU) decidiu que (mesmo diante de previsão legal expressa) o rol do grupo familiar *não é exaustivo*, podendo, *diante do caso concreto e avaliadas as suas peculiaridades, ser alargado ou diminuído, de acordo com a equitativa apreciação judicial*. Nessa linha (ainda na vigência da redação trazida pela Lei n. 9.720/98), a Turma entendeu que o padrasto (ou a madrasta) poderia ser considerado como membro da

família, pois é incumbência do julgador, em cada caso concreto, avaliar se outras pessoas não inseridas no art. 16 da Lei n. 8.213/91 fazem parte da família que vive sob o mesmo teto.¹³³

Anteriormente, em outra situação, a TNU havia afastado a filha maior de 21 anos (e a filha desta, neta da autora) do núcleo familiar, sob o fundamento de que, na ocasião, o § 1º do art. 20 da Lei n. 8.742/93 fazia referência ao art. 16 da Lei n. 8.213/91, e que o rol desse último seria exaustivo. Verifica-se que o argumento empregado é diametralmente oposto à decisão citada anteriormente, que considerou a listagem como sendo meramente exemplificativa.¹³⁴

Recentemente a Lei n. 12.435/2011 operou a redefinição do conceito de família ao alterar novamente a redação do § 1º, do art. 20, da Lei nº 8.742/93 e, modificando substancialmente o conceito para fins de acesso ao BPC, dispôs que “a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto”.

Com a nova configuração do núcleo familiar trazida pela referida lei, a falta dos pais, poderá ser suprida com a presença da madrasta ou padrasto. Quanto aos filhos e irmãos, que antes deveriam ser menores de 21 anos ou inválidos, basta agora que sejam solteiros e residam sob o mesmo teto do postulante do benefício. De forma bastante inovadora, a lei acrescentou também ao rol os enteados solteiros e os menores tutelados que vivam sob o mesmo teto do postulante. Nesse ponto a legislação operou um significativo avanço se comparada à regulação anterior, abraçando orientações que a jurisprudência já vinha seguindo em julgados onde se discutia a composição do grupo familiar para fins de concessão do benefício, v.g., a inclusão de padrasto ou madrasta no núcleo familiar.

Contudo, mesmo com a sobredita modificação, a norma se manteve equidistante de sua redação original (que permitia a inclusão, no grupo familiar, de qualquer pessoa vivendo sob o mesmo teto, independentemente de relação de parentesco) e, assemelhando-se ao texto anterior, mas agora com a diferença de que não mais faz referência aos dependentes para fins previdenciários previstos na Lei n. 8.213/91, listou expressamente quem pode ser considerado como integrante do

núcleo familiar, encerrando mais uma vez um núcleo familiar pretensamente exaustivo.

Com isso, mais uma vez andou mal o legislador ao optar pela manutenção de um rol fechado de pessoas que compõem o grupo familiar para fins de acesso ao BPC, quando na verdade, deveria ter proporcionado uma abertura para a apreciação administrativa e judicial das circunstâncias peculiares de cada caso concreto. Com a nova regulação, a interpretação que se tem, a exemplo da anterior, é a de que qualquer pessoa que não esteja arrolada no dispositivo legal deve ser imediatamente desconsiderada, tanto para o cálculo do número de indivíduos quanto para o cômputo da renda *per capita* do grupo familiar, o que pode gerar situações injustas, uma vez que a opção legislativa acaba por desconsiderar as características concretas de cada situação familiar especificamente considerada. Nesse ponto, manteve-se o retrocesso que a regulamentação havia provocado através da Lei n. n. 9.720/98.

Para atender-se ao mandamento constitucional, cujas disposições não podem ser contrariadas por legislação ordinária e considerando-se o sistema normativo de forma harmônica (buscando-se interpretações que não importem em derrogações), verifica-se não ser possível uma interpretação do § 1º, do art. 20, da LOAS de forma puramente gramatical e restritiva no tocante ao conceito de família, sob pena de incorrer-se em injustiças e macular-se a intenção constitucional que estabeleceu o benefício.

Ora, apenas para citar-se um exemplo, se uma mãe ou um pai idoso, mesmo não tendo renda própria, coabitam com filhos maiores de vinte e um anos e aptos para o trabalho e esses, por imperativos jurídicos e morais, têm condições materiais de prover com dignidade a manutenção de seus pais, não há como se concluir pela miserabilidade familiar para a concessão do benefício assistencial, de modo que, verificado o descaso e o abandono dos filhos em relação aos seus pais, estes estão fadados à penúria, uma vez que, aplicada a literalidade da lei de forma neutra e avalorativa, não será possível o acesso ao benefício.

Diante desse quadro que certamente continuará ensejando a exclusão de uma significativa parcela de postulantes do acesso ao benefício constitucional, a única saída para o alcance do referido benefício por parte dos seus destinatários será continuar levando a questão ao Poder

Judiciário, que poderá analisar a condição de cada indivíduo, bem como a situação de cada família de maneira peculiar, de modo a serem levados em consideração todos os elementos de cada caso concreto, inclusive naquilo que diz respeito à composição familiar, a fim de que se alcance o objetivo da Constituição na criação do benefício em comento, que foi o de possibilitar o seu acesso a quem dele realmente necessitar.

Além dos fatores descritos acima, pode-se dizer ainda que a regulamentação do BPC foi *restritiva* porque não permitiu a equidade, uma vez que o benefício, nos termos da regulamentação original e infelizmente também pela nova redação dada ao § 4º, do art. 20, da LOAS, pela Lei n. 12.435/2011, não pode ser acumulado com qualquer outro benefício em pecúnia que o idoso ou pessoa com deficiência ou alguém de sua família possa receber no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória.

O Estatuto do Idoso regulamentou essa questão de modo diverso no *parágrafo único* do seu art. 34, prevendo que o benefício concedido a qualquer membro da família não deve ser computado para fins de cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a LOAS.

Contudo, este dispositivo não tem sido respeitado pelo órgão público (com todas as suas burocracias) encarregado de operacionalizar a concessão do BPC,¹³⁵ de modo que para o postulante ver seu direito fundamental implementado, precisa socorrer-se constantemente do Poder Judiciário que, sensível à realidade social dos idosos e deficientes no Brasil e atento às diretrizes constitucionais, lançando mão de uma interpretação condizente com o *espírito da Constituição*, tem efetivado esse direito fundamental para muitos idosos e deficientes.¹³⁶

Nesse mesmo sentido, a Turma Recursal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região editou a súmula de nº 20, dispondo que “o benefício previdenciário de valor mínimo percebido por idoso é excluído da composição da renda familiar, apurada para o fim de concessão de benefício assistencial”.¹³⁷

De igual modo, a TNU, com base no *parágrafo único* do art. 34 do Estatuto do Idoso, tem entendido que no caso da concessão do benefício assistencial ao idoso e à pessoa com deficiência cabe a exclusão de

benefício de valor mínimo recebido por outro idoso do grupo familiar, ainda que seja de cunho previdenciário, o qual também fica excluído do grupo para fins de cálculo da renda familiar *per capita*.¹³⁸

Nota-se, assim, que um direito sócio assistencial de natureza fundamental, que deveria ser atuado na esfera administrativa pelas governanças públicas somente tem encontrado o devido amparo e o efetivo mecanismo de defesa em outra esfera, já que a assistência social enquanto gestão de política pública não tem se empenhado em fazer transitar acessos em direitos reclamáveis no âmbito administrativo. É preciso que fique claro que não está aqui a se falar de um favor prestado pelo Estado aos idosos e às pessoas com deficiência, mas de um direito constitucional, que embora previsto constitucionalmente, desde a sua primeira regulamentação tem encontrado óbice diante dos Poderes Públicos para sua concretização.

Como a regulamentação do benefício tardou cinco anos para ocorrer desde a sua previsão constitucional, o Supremo Tribunal Federal, na ausência de lei regulamentadora, havia adotado o entendimento de que o inciso V, do art. 203, da Constituição, que estipulou o benefício, não seria autoaplicável, mas dependente de regulamentação por lei infraconstitucional.¹³⁹ Portanto, mais de oito anos se passaram sem que os seus destinatários pudessem ter acesso a um direito seu estabelecido constitucionalmente, pois mesmo com a regulamentação em 1993, o benefício só passou a ser implementado em 1996.

Não bastassem os aspectos negativos da regulação do benefício já apresentados, comprovando-se que as restrições impostas pela LOAS para a sua obtenção foram severas, a pior delas, sem dúvida, foi o critério objetivo estipulado para aferir-se a miserabilidade familiar, isto é, a necessidade de comprovação da renda familiar mensal *per capita* ser inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo.

Logo após a legislação ter previsto o critério em discussão, a sua constitucionalidade foi questionada e o Poder Judiciário passou a receber inúmeras ações visando a obtenção do benefício constitucional indeferido no âmbito administrativo.¹⁴⁰

Uma confusão se originou na interpretação dessa regra e perdura desde então nos fóruns de discussão jurídica e na jurisprudência, onde

se indaga se o recebimento de uma renda mensal familiar inferior ou superior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) de salário mínimo constitui uma presunção absoluta (*juris et de jure*) ou relativa (*juris tantum*) da condição do idoso ou da pessoa com deficiência e de suas famílias. Por outras palavras, indaga-se se o referido requisito (analisado isoladamente) constitui uma certeza inafastável da existência (ou não) de risco social para os destinatários do benefício, capaz de justificar (ou não) serem eles merecedores da prestação assistencial. Muito se discute acerca da necessidade da análise de outras condições da família, e não somente da renda *per capita*, isoladamente considerada, visto que concretamente, outras situações podem demonstrar as reais necessidades econômicas daqueles que buscam o acesso ao benefício.

Esse cenário deu ensejo à propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 1.232/DF, que ocorreu em 24 de fevereiro de 1995, pelo então Procurador Geral da República, Aristides Junqueira de Alvarenga. Por meio da referida ação, se questionou a constitucionalidade do critério objetivo fixado pela lei federal para o acesso ao benefício assistencial previsto no inciso V, do art. 203, da Constituição da República.

Analisando a questão, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o dispositivo constitucional passou a ter eficácia plena com a regulamentação trazida pela LOAS. De acordo com o STF, que por maioria julgou improcedente a ADIn., sob o fundamento de que o dispositivo constitucional atribuiu à lei infraconstitucional a fixação dos parâmetros para a concessão do benefício, a prova da miserabilidade deve então ser feita pela análise dos rendimentos mensais do idoso e de seu respectivo núcleo familiar, desde que vivam sob o mesmo teto, considerando-se incapaz de prover a própria manutenção, a pessoa idosa ou com deficiência em que a família possuir renda mensal *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, conforme se depreende da Ementa da referida ADIn., abaixo transcrita:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO

À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. (ADI 1232, Relator (a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator (a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/1998, DJ 01-06-2001 PP-00075 EMENT VOL-02033-01 PP-00095)¹⁴¹. (*grifos*)

O entendimento da Suprema Corte brasileira nesse Acórdão merece algum esclarecimento. Dois pontos importantes precisam ser destacados acerca do julgamento da ADIn referida acima. O primeiro é que pela análise do sucinto voto do então Ministro Nelson Jobim, transcrito abaixo, outra coisa não se verifica senão a exacerbada veneração à lei em detrimento da Constituição, bem como demonstra o triste influxo da tese positivista da neutralidade do direito, segundo a qual o Direito pode ter qualquer conteúdo,¹⁴² mesmo que isso possa ensejar uma multidão de idosos e deficientes excluídos de um legítimo direito constitucional:

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - 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. 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.¹⁴³ (*grifo*)

Norbert Hoerster, ao tecer comentários sobre o juspositivismo, afirma que este exige “que o conceito de direito seja definido através de critérios puramente formais, neutros com relação ao conteúdo. Portanto, deste ponto de vista do conceito do direito, o direito vigente pode ter qualquer conteúdo”.¹⁴⁴ O autor positivista sustenta a *tese da neutralidade* e afirma que ela se encontra no centro do positivismo jurídico.¹⁴⁵ Para ele, o conceito de Direito não impõe nenhuma limitação àquilo que substancialmente pode ser ordenado ou proibido pelo Direito; sendo que essa postura materialmente neutra cuida melhor dos fenômenos que tem que descrever, isto é, das normas jurídicas¹⁴⁶. Neste mesmo sentido, como é sabido, caminhou Hans Kelsen, que também afirmou de maneira inequívoca que o direito poderia ter qualquer conteúdo.¹⁴⁷

Estas ideias podem ser percebidas pelo voto acima transcrito. Contudo, delas não se pode lançar mão para a aplicação da lei de modo puramente mecânico e simplista, principalmente, no ambiente do Estado Constitucional contemporâneo, que tem a Constituição como norma suprema e central dentro do ordenamento jurídico e que por isso mesmo demanda que todas as normas que estão abaixo dela sejam interpretadas de conformidade com o seu conteúdo.

Em sentido oposto, o segundo ponto que merece ser destacado é o construtivo voto do Relator da referida ADIn, o então Ministro Ilmar Galvão que, lançando mão da *técnica da interpretação conforme* (construção do Tribunal Federal Alemão no ambiente do Estado Constitucional contemporâneo),¹⁴⁸ entendeu que os requisitos trazidos pela lei regulamentadora do benefício em questão, não seriam impeditivos da comprovação da miserabilidade do idoso e da pessoa com deficiência por outros meios, isto é, pela *análise da situação específica de quem pleiteia o benefício*, depreendendo-se daí a possibilidade de o aplicador do direito considerar outros aspectos (premissas fáticas de cada caso), além dos limites objetivos trazidos pela lei regulamentadora. É o que se verifica pelas palavras do então Relator, cujo voto, devido à sua importância, pede-se *venia* para transcrever parcialmente:

Veja-se, no entanto, que, da **interpretação** de tal Lei federal nº 8.742, de 1993 – conforme seja tal exegese – é que pode resultar o desrespeito ao mandamento constitucional.

Com efeito, se se entender – como parece ter entendido a representação acolhida pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral da República – que o § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742, de 1993, 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 **inconstitucional**, na medida em que se terá revelado flagrantemente **limitadora** (“considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ... a família cuja renda mensal **per capita** seja **inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo**”) de garantia constitucional **ilimitada** (“a quem dela necessitar”).

Entretanto, se se entender que o mesmo § 3º do art. 20 da Lei federal nº 8.742, de 1993, ao contrário de estar **instituindo caso único** de possibilidade de prova de tal falta de meios e de estar **excluindo outras possibilidades**, nada mais faz do que meramente instituir caso de

PRESUNÇÃO JURIS ET DE JURE de insuficiência de meios familiares, para manutenção de portador de deficiência, então nenhuma inconstitucionalidade poderá ser revista.

[...]

Por isso, ao estabelecer que, em se tratando de “família cuja renda mensal **per capita** seja inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo”, **AUTOMATICAMENTE** “Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência”, o § 3º do art. 20 da Lei federal nº 8.742, de 1.993, nada mais estava fazendo, senão instituindo típica **PRESUNÇÃO JURIS ET DE JURE**, ou seja, **DISPENSANDO DE QUALQUER COMPROVAÇÃO, NO ESPECÍFICO CASO CONSIDERADO** – continuando **OS DEMAIS CASOS** submetidos à regra geral de **COMPROVAÇÃO** –, no que não extrapolou a outorga que lhe foi conferida pelo texto constitucional.

Em sendo assim, está-se na típica presença de caso no qual se faz invocável o entendimento dessa Suprema Corte, segundo o qual, existindo duas ou mais formas de se interpretar o texto constitucional, e revestindo-se apenas uma delas de constitucionalidade, essa Excelsa Corte **não** declara a inconstitucionalidade, mas proclama a “**interpretação conforme a Constituição**”...

O parecer é, por conseguinte, de que a Ação Direta de Inconstitucionalidade deva ser julgada procedente, porém exclusivamente para o efeito de ser proclamada a interpretação conforme a Constituição, segundo a qual, o § 3º do art. 20 da Lei federal nº 8.742, de 1993, limitou-se a instituir caso de presunção juris et de jure, sem excluir a possibilidade de serem comprovados outros casos de efetiva falta de meios para que o portador de deficiência possa prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família¹⁴⁹. (grifos originais)

O que se observa, portanto, é que o STF, lançando mão da técnica da interpretação conforme e da argumentação jurídica (mecanismos fundamentais dentro do neoconstitucionalismo), abrandou o rigor da lei federal que havia limitado onde a Constituição não limitou, possibilitando assim aos idosos e às pessoas com deficiência comprovarem a sua miserabilidade (e a de sua família) por outros meios e não somente pela hipótese objetiva trazida pela lei.

Com a aplicação da interpretação conforme a Constituição, o entendimento do STF foi no sentido de que a lei estabeleceu uma

presunção absoluta de que as famílias cuja renda fosse inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo estariam automaticamente dispensadas de provar sua incapacidade para prover o idoso e o deficiente, estando sua miserabilidade demonstrada de plano. Por outro lado, para a hipótese de ser constatada uma renda familiar superior à fração legal, a lei estabeleceu uma *presunção relativa*, ou seja, nesse caso, a vulnerabilidade econômica e social destas pessoas e de suas famílias poderá ser aferida por outros meios probatórios.

Nota-se aqui uma engenhosa *construção* do aplicador do direito¹⁵⁰, lançando mão de técnicas interpretativas próprias do Estado Constitucional de Direito, no intuito de preservar os fins e valores constitucionais¹⁵¹ e assim possibilitar a concretização de um direito fundamental, fazendo atuar, indiretamente, uma política pública de assistência social estabelecida pela Constituição.

Mesmo diante da decisão do STF, a matéria não se tornou pacífica. O então Ministro Néri da Silveira, no julgamento do RE n. 286.543-5, chegou a afirmar que o limite previsto no § 3º, do art. 20, da LOAS “[...] não encontra fundamento de validade jurídica na Lei Maior vigente”.¹⁵² Inúmeras decisões judiciais passaram a ser proferidas, fundamentadas nesse sentido, sustentando que o critério da miserabilidade, única e exclusivamente considerado, nega o princípio da dignidade da pessoa humana e com isso fere núcleo essencial da Constituição, razão pela qual grande parcela da jurisprudência passou a considerar outros elementos em cada caso concreto para a aferição da condição econômica de cada família.

Para o Superior Tribunal de Justiça, o critério objetivo de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo não é absoluto, podendo o julgador valer-se de outros elementos de prova para formar a sua convicção acerca da condição de miserabilidade do requerente do benefício, o que se constata pelo paradigmático Acórdão prolatado no Resp. n. 1.112.557/MG, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho,¹⁵³ sendo que esse entendimento encontra-se atualmente solidificado no STJ.¹⁵⁴

No mesmo sentido, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais chegou a publicar a súmula de nº 11, que previa em seu enunciado que a “renda mensal, per capita, familiar, superior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo não impede a concessão

do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º da Lei nº. 8.742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante”. Contudo, referida súmula foi cancelada em 12 de maio de 2006.

Não obstante o cancelamento da súmula, a TNU, em sessão de julgamento realizada em 13 de agosto de 2007, confirmou, em diversos processos, o entendimento de que o critério objetivo fixado pela LOAS não é o único critério válido para comprovação da miserabilidade do postulante e de sua família para os casos de concessão de benefício assistencial, uma vez que para os membros do colegiado, outros fatores podem ser considerados para constatação do referido estado de miserabilidade.

Um dos fatores, exemplificando, é a exclusão da aposentadoria recebida pelo cônjuge, no valor de um salário mínimo, do cálculo da renda familiar, nos casos em que tanto este quanto o requerente são idosos, uma vez que o Estatuto do Idoso (*parágrafo único* do art. 34) autoriza essa exclusão. Neste caso, o juiz federal, relator do processo, observou que a autora morava em uma casa cedida pela filha, bem como que o serviço social apresentou nos autos, laudo concluindo que ela apresenta os critérios para a concessão do benefício. De acordo com o laudo, os critérios para concessão do benefício se fizeram presentes pelo fato da autora residir com o marido, vivendo ambos apenas da renda dele e esta ser insuficiente para a sobrevivência do casal, que tem gastos com alimentação, medicamentos, água, luz e outras despesas. Além disso, o laudo atestou também que a autora é idosa doente (hipertensa), necessitando de uso contínuo de medicação.¹⁵⁵

Em outro processo, a renda familiar *per capita* extrapolava o limite de ¼ do salário mínimo, no entanto, a autora comprovou ser portadora do vírus HIV, deficiente física e, portanto, incapaz para o trabalho. De acordo com o relator desse processo, a renda auferida pelo grupo familiar, que na época era composto de oito pessoas, tinha origem na aposentadoria recebida pelo pai da autora (62 anos), hipertenso, que também fazia uso de medicamentos, e no salário de um irmão solteiro, no valor mínimo. Nesse caso, entendeu o relator, o julgador deveria ter sopesado “as necessidades especiais da autora, de alimentação diferenciada e acompanhamento constante, decorrentes das crises sofridas em decorrência da AIDS e dos transtornos mentais remanescentes como sequela da toxoplasmose cerebral de que foi acometida”.¹⁵⁶

Nesse sentido, a TNU tem entendido que a renda familiar *per capita* de até $\frac{1}{4}$ do salário mínimo gera presunção absoluta de miserabilidade, mas não é um critério absoluto. Trata-se de um limite mínimo, motivo pelo qual a renda superior a este patamar não afasta o direito ao benefício se a miserabilidade restar comprovada por outros meios.¹⁵⁷ Nessa mesma linha é a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais sobre a temática em questão.¹⁵⁸

O que se vê, portanto, por meio da análise destes e de outros julgados é que o direito fundamental a um salário mínimo dispensado pela Constituição a todos os que dele necessitam, somente tem sido efetivado para muitos idosos e pessoas com deficiência graças à atuação do Poder Judiciário, que tem afastado a possibilidade de incidência da lei nos casos concretos de forma puramente mecânica, neutra e avaliativa.

Como visto, o entendimento adotado pelo STF não apaziguou de maneira definitiva a tormenta hermenêutica que ainda hoje gravita em torno da interpretação da regra do § 3º, do art. 20, da Lei 8.742/93, uma vez que é possível perceber que a exegese fixada pela Corte Superior potencializou a lacuna axiológica que se extrai do dispositivo regulamentador infraconstitucional.

Com a edição da Lei n. 12.435/2011, o legislador perdeu uma grande oportunidade legislativa de por fim a toda desarmonia jurisprudencial que gravita em torno da polêmica regra. Por meio da referida lei, que realizou significativas alterações na LOAS, o legislador poderia ter sepultado de uma vez por todas a controvérsia em discussão que, ao que tudo indica, terá ainda grande sobrevida. Mas, ao contrário, preferiu o silêncio e a histórica (e talvez proposital) indiferença legislativa.

Desse modo, o postulante do benefício em comento certamente ainda necessitará por um longo tempo socorrer-se (e em não poucos casos) do Poder Judiciário se quiser ver implementado um direito fundamental seu que deveria ser-lhe concedido ao menos de uma forma menos tormentosa, uma vez que a obtenção do benefício pelas vias administrativas tem se apresentado difícil em face da interpretação literal dos dispositivos legais de que lança mão o órgão executivo responsável pela sua concessão.

Assim, nesse ponto, a nova regulamentação ocorrida em 2011 não experimentou avanços ou retrocessos no tocante à regulamentação do BPC, embora pudesse ter evoluído para abraçar o entendimento jurisprudencial segundo o qual a prova da miserabilidade familiar pode ocorrer por outros meios além do critério objetivo fixado em lei. Diante de todos estes aspectos, é no mínimo curiosa a colocação feita por Eugênia Augusta Gonzaga Fávero sobre o BPC:

Quando se fala em assistência social, uma célebre pergunta, que inclusive já foi tema de redação de um dos maiores vestibulares do Brasil, é sempre lembrada: “dar o peixe ou ensinar a pescar?”. A conclusão a que se frequentemente se chega é sobre a impossibilidade de se optar por apenas uma das duas condutas. Apenas “dar o peixe” leva a uma conduta caritativa que em nada contribui para a inclusão social da pessoa humana. Por outro lado, ninguém aprende nada de “estômago vazio”.¹⁵⁹

Para a autora, o BPC foi e tem sido regulado com essa dupla finalidade, o que não é de todo difícil aferir-se por todos os comentários já deduzidos até aqui. Segundo ela é realmente “uma lástima que a lei ordinária, que deveria apenas disciplinar o ACESSO ao benefício, tenha praticamente inviabilizado este acesso, ou, quando não, transformado a obtenção do benefício num ATESTADO de incapacidade”.¹⁶⁰

Ao cabo de contas, o efeito ocorrido foi exatamente contrário daquele querido pela Constituição, isto é, ao exigir-se do idoso e da pessoa com deficiência a comprovação da incapacidade para prover a própria manutenção ou de não tê-la provida pela sua família, fixando-se um critério objetivo mesquinho (para dizer o menos) para comprovação da miserabilidade familiar, a LOAS (e suas subseqüentes alterações) acabou estabelecendo um corte que foi capaz de originar uma legião de idosos e deficientes excluídos sociais e como consequência a não inclusão social desejada pela Constituição. Malogrou-se a dignidade, a solidariedade e a cidadania, e certamente não era essa a vontade constitucional (a *vontade de Constituição*).¹⁶¹

Em meio ao infeliz cenário que se apresentou até o momento, no ano de 2011 o BPC experimentou importantes avanços legislativos. A Lei n. 12.435/2011, além das alterações promovidas na LOAS, já comentadas neste texto, criou também o SUAS (Sistema Único de Assistência

Social), sistema descentralizado e participativo destinado a realizar a gestão das ações na área de assistência social, tendo como alguns de seus principais objetivos, a promoção da cooperação técnica dos entes federativos no âmbito público e privado para as ações assistenciais e a integração da rede pública e privada de serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social. A Lei n. 12.435/2011 trouxe também o conceito de *Proteção Social Básica*, destinada à prevenção de situações de vulnerabilidade e risco social e de *Proteção Social Especial*, com ênfase na reconstrução dos vínculos familiares e comunitários.

Por sua vez, a Lei n. 12.470/2011 realizou importantes alterações na LOAS que tiveram o condão de consagrar um importante avanço na proteção social das pessoas com deficiência, fato que certamente contribuirá para proporcionar um maior acesso destas pessoas ao benefício assistencial.

A primeira delas refere-se ao *conceito* de pessoa com deficiência. A Lei n. 12.435/2011, alterou o § 2º, do art. 20 da LOAS, que estabelecia originalmente que pessoa com deficiência era aquela “incapacitada para a vida independente e para o trabalho”, conceito que gerava controvérsias, uma vez que muito se questionava acerca da incapacidade referida pela lei, ou seja, se esta deveria ser total ou parcial ou ainda permanente ou temporária. Com a nova redação, operou-se uma importante redefinição no conceito em questão, estabelecendo-se que a pessoa com deficiência é “aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas”.

Nesse ponto, a lei adequou parcialmente o conceito legal à *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* (art. 1)¹⁶². Por sua vez, a Lei n. 12.470/2011, introduzindo no conceito legal o impedimento de natureza *mental*, promoveu a total adequação com o estabelecido na referida Convenção.

Conforme é possível aferir-se, a nova definição leva em conta dois principais aspectos, isto é, o *biológico*, consistente nos “impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial” e o *sociológico*, consubstanciado na “interação dos impedimentos biológicos com barreiras, e a obstrução da participação plena e efetiva do

deficiente na sociedade, em igualdades de condições com as demais pessoas”. Assim, a deficiência deverá ser compreendida como um impedimento de longo prazo (não necessariamente definitivo ou permanente) de natureza biológica que traz restrições biológicas e sociais para a pessoa com deficiência.

Para fins de acesso ao BPC, a principal diferença trazida pela alteração legislativa está no fato de que se deixa de exigir a incapacidade permanente para a vida independente e para o trabalho, devendo a deficiência ser compreendida como um fenômeno biológico e social que impede a pessoa de prover a sua própria subsistência não somente de forma permanente, mas bastando que tal impedimento ocorra por um *longo prazo*, entendendo-se este, de acordo com o § 10º do art. 20 da LOAS, “aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos”. Nesse ponto, andou bem o legislador, uma vez que essa definição veio pacificar a controvérsia até então existente acerca da possibilidade de se conceder (ou não) o benefício assistencial constitucional para a pessoa que não tenha uma deficiência permanente.

Como outra alteração benéfica às pessoas com deficiência, destaca-se a inclusão do § 3º ao art. 21 da LOAS pela Lei n. 12.435/2011, estabelecendo que “o desenvolvimento das capacidades cognitivas, motoras ou educacionais e a realização de atividades não remuneradas de habilitação e reabilitação, entre outras, não constituem motivo de suspensão ou cessação do benefício da pessoa com deficiência”, situações que antes tinham o condão de ensejar a suspensão ou a cessação do referido benefício.

Possivelmente, a mais importante e significativa mudança trazida pela Lei n. 12.470/2011 em favor das pessoas com deficiência consiste na diminuição das barreiras trabalhistas e na conseqüente promoção da inclusão destas pessoas no mercado de trabalho, retirando-as de uma esfera de marginalização e exclusão social, quadro que era ensejado pela regulamentação anterior, uma vez que, além do preconceito e da falta de qualificação que atinge este segmento social, a legislação também se mostrava como uma barreira para grande parte destas pessoas adentrarem no mercado de trabalho.

Com a nova regulamentação, a Lei n. 12.470/2011 inseriu o art. 21-A na LOAS. De acordo com o referido dispositivo legal, as pessoas

com deficiência que já recebem o benefício constitucional, não mais terão extinguido o benefício quando adentrarem no mercado de trabalho (seja na condição de empregado, seja na condição de microempreendedor individual – art. 21-A, *caput*), o que ocorria até antes da nova lei, quando os beneficiários, independentemente de serem efetivados em um trabalho, perdiam em definitivo o benefício (em decorrência da redação original do § 1º do art. 21), fato que atuava como um desestimulante na procura por postos de trabalho.

Com a nova redação, o beneficiário ativo ao ter acesso a um novo emprego, apenas terá suspenso (e não extinto) o benefício (§ 1º do art. 21-A), o que faz com que esses profissionais passem a serem beneficiados com todas as vantagens cognitivas e sociais que um trabalho ou um empreendimento pode proporcionar.¹⁶³

A nova lei também dispensou uma garantia similar aos menores aprendizes. De acordo com o § 2º do art. 21-A, “a contratação de pessoa com deficiência como aprendiz não acarreta a suspensão do benefício de prestação continuada, limitado a 2 (dois) anos o recebimento concomitante da remuneração e do benefício”. Assim, ao invés de os aprendizes perderem o benefício anteriormente concedido, passarão a acumular a ajuda financeira assistencial com o salário-aprendizagem, prestigiando-se a importância psicossocial da aprendizagem para essas pessoas, uma vez que esse mecanismo poderá levá-las à emancipação do benefício assistencial por meio de sua inserção definitiva no mercado de trabalho.

Considerados os aspectos positivos da reformulação legislativa que favorecem as pessoas com deficiência, cabe dizer que a breve incursão na trajetória do BPC feita até aqui, marcada por avanços e retrocessos, infelizmente demonstra uma perversa lógica que tem orientado a sua materialização (limitar onde a Constituição não limitou) e, ainda que algumas mudanças tenham aperfeiçoado o processo e facilitado o seu acesso, o que pode aferir-se ao longo do tempo é uma história de aprofundamento da seletividade e consequente exclusão social dos seus destinatários, notadamente pela via administrativa.

Contudo, mesmo diante dos aspectos negativos apresentados na regulação do BPC, onde a legislação não cuidou em observar os princípios constitucionais que deveriam nortear a regulamentação do referido

benefício, a Suprema Corte brasileira realizou a sua função de intérprete máximo e guardião maior das normas constitucionais, observando tais princípios e possibilitando (ao menos não obstando), por meio de uma construção interpretativa bem elaborada, a incidência de uma norma apta a concretizar o direito fundamental do idoso e da pessoa com deficiência.

Na mesma linha, o Poder Judiciário, de modo geral, atento àquilo que foi objetivado pela Constituição e aos fins sociais aos quais a lei se destina, ou seja, vislumbrando a *necessidade da prestação de assistência e proteção social a quem necessita* e a *imperiosidade da proteção dos idosos e das pessoas com deficiência que se encontram numa situação de miserabilidade*, tem socorrido aos postulantes do benefício, possibilitando o exercício de um direito cerceado arbitrariamente. Tudo isso com base em uma interpretação que mais se aproxima do espírito da Constituição e da vontade constitucional, não se pautando, portanto, em uma mera interpretação fria, mecânica e literal da letra da lei¹⁶⁴ e nem mesmo realizando um mero exercício lógico dedutivo de subsunção da lei ao caso concreto que denota uma aplicação avaliativa do direito.

CONCLUSÕES

O neoconstitucionalismo, decorrência da evolução do próprio constitucionalismo que se desenvolveu, avançou e evoluiu em muitos sentidos ao longo dos tempos, constitui atualmente a teoria do direito constitucional que melhor explica e atende as exigências de concretização dos direitos fundamentais próprias do Estado Constitucional de Direito hodierno, conformando um ambiente profícuo para efetivação dos direitos fundamentais das pessoas idosas, o que se aferiu por meio de todas as peculiaridades apresentadas no tocante a esse fenômeno.

Pela análise do Benefício de Prestação Continuada, direito fundamental estabelecido pela Constituição brasileira de 1988 em favor dos idosos e das pessoas com deficiência, pode-se aferir que a sua regulamentação seguiu uma lógica restritiva no tocante à sua concessão, evidenciada pela imposição de severos meios comprobatórios para a sua obtenção por parte de seus destinatários.

O exame da regulamentação legislativa do benefício constitucional aqui tratado demonstrou uma trajetória marcada por significativos

avanços, mas também por consideráveis retrocessos, sendo possível concluir que a sua regulação teve o condão de excluir uma legião de idosos do acesso a um lúdimo direito fundamental.

Também se verificou que a interpretação puramente literal dos dispositivos legais reguladores do benefício, levada a efeito pelo órgão do poder executivo responsável por geri-lo administrativamente, tem constituído um grande obstáculo para o seu acesso para muitos de seus destinatários através das vias administrativas.

Diante de tais constatações, onde um direito fundamental tem sido indevidamente cerceado em razão de sua regulação legislativa e da atividade administrativa relacionada à sua concessão, restou evidenciado que o Poder Judiciário, no ambiente promovido pelo neoconstitucionalismo, se mostra como órgão absolutamente capaz de fazer atuar esse direito fundamental, materializando-o. Valorizando o processo de interpretação e aplicação do Direito, enfatizando-se a importância dos princípios, valores e objetivos consagrados pela Constituição, tem sido o Judiciário, ao cabo de contas, o responsável por significativa parcela de concretização do Benefício de Prestação Continuada em favor dos seus destinatários, restando demonstrado que o referido benefício somente tem alcançado sua plena realização, graças à sua atuação, que tem transportado para a realidade os direitos e garantias fundamentais dos idosos estabelecidos pela Constituição.

NOTAS

- 1 O tema da proteção jurídica das pessoas idosas nos últimos anos passou a integrar a pauta dos mais diversos fóruns de discussão tanto no cenário nacional como no âmbito internacional, na medida em que o assunto passou a ser uma preocupação em face do processo de envelhecimento da população mundial desencadeado nas últimas décadas. O envelhecimento da população idosa mundial é um fenômeno contemporâneo que tem alcançado diversos países do globo e desencadeado sérias repercussões econômicas, sociais, culturais, éticas e também jurídicas. Ao abordar o tema, Renato Veras relata que “em 1950, eram cerca de 204 milhões o número de idosos no mundo. Em 1998, quase cinco décadas depois, este contingente de pessoas já alcançava 579 milhões, o que significou um crescimento de quase 8 milhões de idosos por ano. As projeções indicam que, em 2050, a população idosa será de 1.900 milhões de pessoas, montante equivalente à faixa da população infantil de 0 a 14 anos de idade” (VERAS, Renato. O desafio contemporâneo: a inclusão do envelhecimento populacional na agenda política. In: **Os direitos da terceira idade**. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 13-14.). Este fenômeno do envelhecimento populacional se fez sentir também no Brasil, que tem caminhado velozmente rumo a um perfil demográfico cada vez mais envelhecido. Segundo dados do IBGE, no ano de 2002, a população idosa representava um contingente de aproximadamente 15 milhões de pessoas que contavam com 60 anos ou mais

- de idade, isto é, cerca de 8,6% do total da população (IBGE. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/25072002pidoso.shtm>>. Acesso em 12 out. 2011). De acordo com estudos da OMS, no ano de 2025, essa porcentagem passará a ser de 14%, de modo que o Brasil passará a ser o sexto país mais envelhecido do mundo, contando com mais de 34 milhões de idosos (IBGE. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/datas/idoso/politica_do_idoso_no_brasil.html>. Acesso em 12 out. 2011).
- 2 PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Proteção aos idosos**. Curitiba: Juruá Editora, 2008. 18 p.
 - 3 O jurista italiano Mauro Barberis, professor de Filosofia do Direito da Universidade de Trieste, afirma que o “termo ‘neoconstitucionalismo’ origina-se evidentemente do ‘constitucionalismo’: termo que por sua vez indica tanto a doutrina (normativa) da limitação jurídica do poder político, como as instituições positivas – em particular as constituições – funcionais para tal limitação” (BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. Tradução de Juliana Salvetti. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo, v.1, n. 7, p. 18-30, jan.-jun 2006.)
 - 4 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. T. 2. p. 17.
 - 5 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 51.
 - 6 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, op. cit., p. 51.
 - 7 Para Miguel Carbonell, o constitucionalismo contemporâneo começa a ter os seus traços característicos definidos a partir dos últimos cinquenta anos, sobretudo a partir do final da Segunda Grande Guerra Mundial (CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 9.).
 - 8 Eduardo Moreira conceitua os casos difíceis como aqueles “observados quando a controvérsia posta oferece argumentativamente, para os dois lados, que invocam legitimamente – isto é, sem falácias – princípios constitucionais em conflito, mais de uma resposta possível” (MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Argumentação jurídica e a solução dos casos trágicos. **Cadernos da EMARE, Fenomenologia e Direito**. Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 1-196, out.-mar. 2010. p. 102.).
 - 9 ARIZA, Santiago Sastre. **Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo**. Madrid: McGraw Hill, 1999. p. 127-129.
 - 10 FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Editorial Trotta, 1999. 33 p.
 - 11 MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 5.
 - 12 Gustavo Ferreira Santos aponta que “nunca na História da humanidade a Constituição exerceu um papel de destaque como o que a ela é reservado nos nossos tempos. A ampliação dos catálogos de direitos fundamentais e a sua efetivação por uma jurisdição constitucional atuante acabaram por submeter a política a parâmetros substanciais rigorosos. A lei, portanto, deixou de ser a protagonista, papel que lhe era reservado no século XIX, para viver tutelada pela Constituição.” (SANTOS, Gustavo Ferreira. A teoria da Constituição como teoria do Direito do Estado constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v.1, n. 7, p. 91-101, jan.-jun 2006. p. 91.).
 - 13 MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. São Paulo: Editora Método, 2008. p. 15.
 - 14 CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**, op. cit., p. 9.
 - 15 ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**, op. cit., p. 239.
 - 16 GARCIA, Maria. O constitucionalismo do século XXI num enfoque juspositivista dos valores humanos e dos princípios fundamentais de direito. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. **Neoconstitucionalismo**, op. cit., p. 196.
 - 17 SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**, op. cit., p. 123; FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derecho em tempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. op. cit., 164 p.

- 18 BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, op. cit., p. 19.
- 19 Mauro Barberis aponta que “a teoria ou doutrina neoconstitucionalista, é fruto de muitas contribuições, tanto anglo-americanas (DWORKIN, 1977 e 1985), como latino-americanas (NINO, 1999), e europeu-continentais (ALEXY, 1987; DREIER, 1991), o termo e o conceito de neoconstitucionalismo são frutos, sobretudo, do trabalho de alguns teóricos da escola de Gênova: Suzana Pozzolo pela invenção do termo; Mauro Barberis pela sua redefinição; Riccardo Guastini pela elaboração de um conceito intimamente interligado ao precedente, o conceito de constitucionalização; Paolo Comanducci e Tecla Mazzarese por algumas das análises meta teóricas mais aprofundadas do argumento (BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, op. cit., p. 19.).
- 20 DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.
- 21 FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil, op. cit. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razon**: teoría del garantismo penal. 7. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.
- 22 ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho ductil**: ley, derechos, justicia. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009.
- 23 GUASTINI, Riccardo. La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**, op. cit., p. 49-73.
- 24 HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- 25 HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- 26 ENTERRÍA, Eduardo García de. **Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas**. Madrid: Civitas Ediciones, 1999.
- 27 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- 28 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Shild Silva. São Paulo: Landy, 2005; ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- 29 SANCHÍS, Luis Prieto. **Constitucionalismo y positivismo**. México/DF: Fontamara, 1999. SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- 30 NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos**: um ensayo de fundamentación. 2 ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989.
- 31 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, op. cit.
- 32 Por todos, cita-se Luís Roberto Barroso, no texto: Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coord.). **Neoconstitucionalismo**, op. cit., 51-90 p. Eduardo R. Moreira afirma ser “engano pensar que se trata de uma nova roupagem para a reunião de velhos conceitos ou de um modismo fugaz” (MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo**: a invasão da Constituição, op. cit., p. 17.).
- 33 Por todos, Dimitri Dimoulis, no texto: Neoconstitucionalismo e moralismo Jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009. p. 213-226.
- 34 Gustavo Zagrebelsky destaca que “as constituições de nosso tempo olham para o futuro tendo firme o passado, isto é, o patrimônio de experiência histórico-constitucional que querem salvaguardar e enriquecer. Inclusive se poderia dizer: passado e futuro se ligam em uma única linha e, assim como os valores do passado a busca do futuro, assim também as exigências do futuro obrigam a uma contínua pontuação do patrimônio constitucional que vem do passado e, portanto, a uma incessante redefinição dos princípios da convivência

- constitucional” (livre tradução) (ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Madrid: Trotta, 2005. 91 p.).
- 35 CARBONEL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**, op. cit., 9-10 p.
- 36 Para Bobbio, o positivismo pode ser estudado sob três acepções: teórico, ideológico e metodológico (BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone Editora, 1995. 233-238 p.).
- 37 COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo**: un análisis metateórico, op. cit. 82 p.
- 38 COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo**: un análisis metateórico, op. cit. 83 p.
- 39 SANCHÍS, Luis Prieto. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial**, op. cit., 123 p.
- 40 Acerca da recepção do neoconstitucionalismo no Brasil, vide artigo de Daniel Sarmento intitulado: O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 123-132.
- 41 O neoconstitucionalismo e suas teorias passaram a ser objeto de uma análise cada vez mais acentuada pela doutrina brasileira principalmente após a ampla divulgação que teve no Brasil a obra de Luís Roberto Barroso, denominada *Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*, já citada no presente texto, bem como após a divulgação da obra de Miguel Carbonell, intitulada *Neoconstitucionalismo(s)*, também aqui mencionada.
- 42 Margarida Camargo e Rodrigo Tavares esclarecem que “uma teoria, empregado aqui o vocábulo num contexto científico, é uma forma racional de compreensão dos processos de interação e das características de um determinado conjunto de fenômenos. Quando o termo neoconstitucionalismo é empregado nesse sentido, refere-se a uma forma sistemática de explicação dos sistemas jurídicos característicos do Estado Constitucional de Direito” (CAMARGO, Margarida; TAVARES, Rodrigo. *As várias faces do neoconstitucionalismo*. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coord.). **Neoconstitucionalismo**, op. cit., p. 362.).
- 43 MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo**: a invasão da Constituição, op. cit. p. 34.
- 44 VALE, André Rufino. Aspectos do Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo, n. 9, jan.-jun. 2007. p. 67.
- 45 CARBONEL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**, op. cit., p. 9. Ferrajoli afirma que “os direitos fundamentais promulgados pelas constituições devem ser garantidos e satisfeitos concretamente”, dizendo que este paradigma representa “a outra face do constitucionalismo”, concretamente aquela que se encarrega de “formular as técnicas de garantia idôneas para assegurar maior grau de efetividade aos direitos reconhecidos constitucionalmente” (FERRAJOLI, Luigi. *Positivismo crítico, derechos y democracia*. **Isonomía**: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. México, n. 16, abr. 2002, p. 16.).
- 46 SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensaios escogidos. Madrid: Editorial Trotta, 2007. 213 p.
- 47 ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 3 ed. Barcelona: Ariel; 2007. p. 309.
- 48 O ponto não carece maiores comentários, pois o conceito de Constituição rígida é bastante conhecido. José Afonso da Silva esclarece que “a *rigidez constitucional* decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal”. (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 45.). Para Guastini, uma Constituição “é rígida se e somente se, em primeiro lugar, é escrita; em segundo lugar, está protegida (ou garantida) contra a legislação ‘ordinária’, no sentido de que as normas constitucionais não podem ser derogadas, modificadas ou ab-rogadas senão mediante um procedimento especial de revisão constitucional (mais complexo do que o relacionado ao procedimento de formação das leis)” (GUASTINI, Riccardo. La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico... In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**, op. cit., p. 50-51.).
- 49 KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003; KELSEN, Hans. **La garantía jurisdiccional de la Constitución** (La justicia constitucional). Tradução de Rolando Tamayo y Salmorán. México: UNAM, 2001.

- 50 HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 19.
- 51 SILVA, Alexandre Garrido da. Neoconstitucionalismo, pós-positivismo e democracia: aproximações e tensões conceituais. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. **Neoconstitucionalismo**, op. cit. p. 111.
- 52 BARROSO, Luís Roberto. A reconstrução democrática do direito público no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 9.
- 53 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coord.). **Neoconstitucionalismo**, op. cit., 56 p. Destaca-se aqui a existência de severa crítica feita por Dimitri Dimoulis, que não partilha da ideia de que as Constituições, em determinado momento, foram documentos essencialmente políticos. Para o autor, as Constituições sempre foram materiais e carregadas de valores. Não se conhece Constituição que desmintam a regra da superioridade jurídica e do caráter material, valorativo e claramente político de seu conteúdo. (DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 215-216.).
- 54 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 38.
- 55 Louis Favoreu, autor francês que se dedicou ao tema da constitucionalização do direito, afirma que “Quer-se designar aqui, principalmente, a constitucionalização dos direitos e liberdades, que conduz a uma impregnação dos diferentes ramos do direito, ao mesmo tempo que levam à sua transformação”. (FAVOREU, Louis. La constitutionnalisation du droit. In: Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, La constitutionnalisation des branches du droit, 1998, p. 191 *apud* BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**, op. cit. p. 62.).
- 56 GUASTINI, Riccardo. La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**, op. cit. p. 49.
- 57 GUASTINI, Riccardo. La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**, op. cit., p. 49-50.
- 58 GUASTINI, Riccardo. La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**, op. cit., p. 50-58.
- 59 MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**, op. cit., p. 80.
- 60 VIGO, Rodolfo Luis. Constitucionalização e Neoconstitucionalismo: alguns riscos e algumas prevenções. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. Santa Maria/RS, v. 3, n. 1, mar. 2008. p. 3. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/revistadireito/eds/v3n1/Vigo.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2011.
- 61 GUASTINI, Riccardo. La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**, op. cit. 54 p.
- 62 Paulo Ricardo Schier traduz a ideia de filtragem constitucional como “um processo em que toda a ordem jurídica, sob a perspectiva formal e material, e assim os seus procedimentos e valores, devem passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento de aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas” (SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 85-105.).
- 63 GUASTINI, Riccardo. La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**, op. cit. 55 p.
- 64 GUASTINI, Riccardo. La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**, op. cit. 56 p.
- 65 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 185.
- 66 CLÈVE, Clèmerson Merlin. Teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: LEMBO, Cláudio. **Uma vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o editor dos juristas**. São Paulo: RT, 1995. p. 53.

- 67 GUASTINI, Riccardo. La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**, op. cit. 57 p.
- 68 FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**, op. cit. 164 p.
- 69 BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil Contemporâneo**. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constitucao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2011.
- 70 A questão do controle das políticas pública está envolvida por um amplo debate ainda longe de encontrar uma solução pacífica. Para um olhar mais aprofundado sobre o tema, vide artigo de Ana Paula de Barcellos intitulado “**Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**”, disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>. Acesso em 09 fev. 2011. Eduardo Ribeiro Moreira, aponta que “a judicialização da política ganha limites ao lado de um aumento de força, pois não é qualquer política pública, mas aquela com base em metas previstas na Constituição. Os direitos fundamentais são erigidos a fundamentos do controle. Por isso, essa matéria tem ligação com o neoconstitucionalismo, transforma a ordem vigente, corrigindo as impropriedades das políticas públicas em julgamentos conduzidos pelos direitos fundamentais como vetores” (MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**, op. cit. p. 132.).
- 71 André Rufino do Vale desenvolveu interessante trabalho onde aborda a temática dos princípios e dos valores. (VALE, André Rufino. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 133-212.).
- 72 **Art. 1º** A República Federativa do Brasil (...) tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. **Art. 3º** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei (...). **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. **Art. 196**. A saúde é direito de todos e dever do Estado [...].
- 73 LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. p. 479. Cármen Lúcia A. Rocha afirma que “os princípios constitucionais são os conteúdos intelectivos dos valores superiores adotados em dada sociedade política, materializados e formalizados juridicamente para produzir uma regulação política no Estado. Aqueles valores superiores encarnam-se nos princípios que formam a própria essência do sistema constitucional” (ROCHA, Cármen Lúcia A. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 23.).
- 74 SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 60 p.
- 75 SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**, op. cit., p. 267.
- 76 SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 123.
- 77 Ao tratar do novo papel da ciência jurídica no contexto do neoconstitucionalismo, Santiago Sastre Ariza explica que o objetivo de sua obra (*Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*) é “contribuir para reflexão sobre o *status* e a função do jurista em um contexto político e cultural como o que atualmente oferece o Direito ocidental, que por muitos se percebe como um contexto substancialmente novo que reclama a superação do positivismo jurídico (entendido este em um sentido amplo) [...] esta proposta concebe a ciência jurídica como um saber comprometido com o Direito que constitui seu objeto de estudo” (ARIZA, Santiago Sastre. **Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo**, op. cit., XIX e p. 125.).

- 78 Vide: POZZOLO, Susana. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa* - Cuadernos de Filosofía del Derecho. Disponível em: <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volIII/DOXA21Vo.II_25.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2011; COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris Editor, 1997.
- 79 MOREIRA, Eduardo R. **Neoconstitucionalismo**, op. cit., 81 p.
- 80 Jorge Miranda, em uma precisa síntese, enumera as seguintes características dos princípios: “a) a sua maior aproximação da ideia de Direito ou dos valores do ordenamento; b) a sua amplitude, o seu grau de maior generalidade ou indeterminação frente às normas-regras; c) a sua irradiação ou projecção para um número vasto de regras e preceitos, correspondentes a hipóteses de sensível heterogeneidade; d) a sua versatilidade, a sua susceptibilidade de conteúdos com densificações variáveis ao longo dos tempos e das circunstâncias; e) a sua abertura, sem pretensão de regulamentação exaustiva ou em plenitude, de todos os casos; f) a sua expansibilidade perante situações ou factos novos, sem os absorver ou neles se esgotar; g) a sua virtualidade de harmonização, sem revogação ou invalidação recíproca; h) a sua virtualidade de oferecer critérios de solução a uma pluralidade de problemas” (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. T. 2, op. cit., p. 252-253.).
- 81 A ponderação de princípios constitui um método desenvolvido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão para as situações em que há uma colisão entre dois princípios constitucionais, caso em que se trabalha com a aferição do *peso* dos princípios colidentes e com o estabelecimento de uma relação de precedência entre eles. Com base nesse método (ou técnica) serão levados em conta os *pesos* de cada princípio colidente, dentro das circunstâncias de cada caso concreto a ser solucionado e aonde ocorrerá um sopesamento entre os interesses que estão em conflito. Ana Paula de Barcellos cuida da ponderação como sendo “a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais” (BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**, op. cit., p. 262.).
- 82 Manuel Atienza realiza uma importante compilação acerca da tópica e do raciocínio jurídico em Viehweg; da nova retórica em Perelman; da teoria da argumentação de Toulmin; da teoria integradora da argumentação jurídica em Neil Maccormick e da argumentação jurídica como discurso racional em Robert Alexy (ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003).
- 83 BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 331-332.
- 84 ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica, op. cit., p. 45.
- 85 VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Ministério da Justiça-Editora Universidade de Brasília. 1979. p. 23-32; ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica, op. cit., p. 48-49.
- 86 ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica, op. cit., p. 49.
- 87 VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**, op. cit., p. 3.
- 88 O retorno à tópica não implica no abandono da concepção sistemática do Direito. Há, sim, uma distinta concepção entre o pensamento sistêmico (dedutivo) e o pensamento tópico (votado para a solução peculiarmente adequada para cada caso concreto), mas essa distinção não conduz a uma total incompatibilidade e impossibilidade e coexistência dentro do ordenamento jurídico.
- 89 SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**, op. cit., p. 134.
- 90 SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional**: os dois lados da moeda, op. cit., p. 115.
- 91 SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional**: os dois lados da moeda, op. cit., p. 144.
- 92 SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de

- Direito Público da Bahia, n. 4, out./dez., 2005. p. 11. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-PAULO%20SCHIER.pdf>>. Acesso em: 12 de set. de 2011.
- 93 Devido às limitações deste texto, não serão abordadas aqui as diversas teorias da argumentação jurídica que têm sido resgatadas (Perelman) e desenvolvidas (Alexy) nos últimos anos. Para uma análise mais aprofundada vide: PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005; ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, op. cit.; ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**, op. cit.
- 94 FIGUEROA, Alfonso García. Princípios e direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A constitucionalização do direito, fundamentos teóricos e aplicações específicas**, op. cit., p. 16.
- 95 SANCHÍS, Luis Prieto. **Constitucionalismo y positivismo**, op. cit., p. 37.
- 96 A necessidade de uma “nova” interpretação constitucional, no Brasil, foi verificada por Paulo Bonavides, que já há algum tempo afirma que a “moderna interpretação da Constituição deriva de um estado de inconformismo de alguns juristas com o positivismo lógico-formal, que tanto prosperou na época do Estado liberal” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 476.).
- 97 ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 29, p. 55-65, out./dez. 1999. p. 60.
- 98 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 77; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais e suas características**, op. cit.
- 99 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, op. cit., 446 p.
- 100 SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**, op. cit., 133 p.
- 101 COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo**, op. cit., 83 p.
- 102 SAGÜÉS, Néstor Pedro. **La interpretación judicial de la constitución**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1998. p. 1.
- 103 De fato, a Constituição pode ser interpretada por muitos: legisladores, ministros, partidos políticos, grandes corporações, sindicatos, defensoria pública, ministério público, órgãos estatais em geral, comunidades regionais, particulares; juízes e tribunais. Esta é a concepção de Peter Härberle, que propugna pela adoção de uma hermenêutica constitucional adequada a uma sociedade pluralista (ou aberta), já que todo aquele que vive a Constituição constitui-se em um seu legítimo intérprete (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**, op. cit., p. 13).
- 104 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 33.
- 105 Luís Roberto Barroso destaca que “desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária” (BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 20 out. 2011. 1-2 p. Neste artigo, o autor cita exemplos desse avanço da jurisdição constitucional em países como Canadá, Estados Unidos, Israel, Turquia, Hungria, Coreia e Argentina.
- 106 BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, op. cit., p. 6.
- 107 De acordo com Barroso, uma postura mais ativa pode se manifestar por meio de várias condutas, dentre as quais estariam incluídas: (I) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (II) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (III) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, op. cit., p. 6.).

- 108 SAGÜÉS, Néstor Pedro. **La interpretación judicial de la constitución**, op. cit., p. 102.
- 109 SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**, op. cit., p. 114.
- 110 CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 107.
- 111 SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**, op. cit., p. 137.
- 112 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**, op. cit., p. 23.
- 113 Atualmente é pacífico esse entendimento de que os princípios constitucionais possuem a natureza de autênticas normas jurídicas, portanto, imperativas, de caráter vinculativo e obrigatório. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. 87 p.; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. 15-16 e 49 p.; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1159; GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 49.)
- 114 Para uma análise *dúctil* acerca das distinções entre as regras, princípios e valores constitucionais vide: VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais**: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009.
- 115 O BPC tem a sua gestão realizada pelo *Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS)*, por intermédio da *Secretaria Nacional de Assistência Social (SNAS)*, que é responsável pela sua implementação, coordenação, regulação, financiamento, monitoramento e avaliação. A operacionalização é realizada pelo *Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)*. O BPC veio em substituição da *Renda Mensal Vitalícia*, que era um benefício da Previdência Social, de caráter assistencial, concedido no período de 1975 até 1996 às pessoas idosas e inválidas que cumprissem determinadas exigências relativas, necessariamente, à sua incapacidade para o trabalho, devendo-se destacar que o *critério para aferição de renda* desse benefício era menos excludente em relação ao BPC. Breves considerações acerca da Renda Mensal Vitalícia (RMV) podem ser verificadas em: <<http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/beneficiosassistenciais/renda-mensal-vitalicia-rmv>>. Acesso em 10 nov. 2011.
- 116 O art. 193 da Constituição Federal estabelece que constitui objetivo da *ordem social* brasileira “o bem-estar e a justiça sociais”.
- 117 EUZÉBY, Alain. Proteção social, pilar da justiça social. In: SPOSATI, Aldaíza (Org.). **Proteção social e cidadania**: inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.
- 118 A assistência social é entendida por Wladimir Martinez como “um conjunto de atividades particulares e estatais direcionadas para o atendimento dos hipossuficientes, consistindo os bens oferecidos em pequenos benefícios em dinheiro, assistência à saúde, fornecimento de alimentos e outras pequenas prestações.” (*Apud* MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 497.)
- 119 A Seguridade Social é, sem dúvida, um dos instrumentos disciplinados pela ordem social brasileira visando o implemento do bem-estar e da justiça sociais, conforme estabelece o art. 194 e ss. da CF: “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”.
- 120 SANTOS, Marisa Ferreira dos. Benefício de prestação continuada e proteção social no Brasil – limites e perspectivas. In: SPOSATI, Aldaíza (Org.). **Proteção social e cidadania**, op. cit., p. 77.
- 121 SPOSATI, Aldaíza. Benefício de prestação continuada como mínimo social. In: SPOSATI, Aldaíza (Org.). **Proteção social e cidadania**, op. cit., p. 132.
- 122 SPOSATI, Aldaíza, op. cit., p. 126.
- 123 Embora constituído em 1988, a regulamentação do benefício constitucional ocorreu somente em 1993, ou seja, cinco anos após a sua previsão pela Constituição. Não bastasse a regulamentação tardia, em razão de dificuldades orçamentárias e de gestão, o benefício somente foi implantado efetivamente, e ainda parcialmente, em janeiro de 1996. Sob outro enfoque, cabe ainda destacar que benefício da mesma natureza já se apresentava na França desde 1940; na Alemanha e Holanda, desde 1960; e na Bélgica, desde 1970.

- 124 A redação original dos referidos dispositivos legais assim dispunha: **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. § 1º Para os efeitos do disposto no caput, entende-se como família o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, desde que vivam sob o mesmo teto. § 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 quarto) do salário mínimo. § 4º O benefício de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo o da assistência médica. § 5º A situação de internado não prejudica o direito do idoso ou do portador de deficiência ao benefício. § 6º A concessão do benefício ficará sujeita a exame médico pericial e laudo realizados pelos serviços de perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. § 7º Na hipótese de não existirem serviços no município de residência do beneficiário, fica assegurado, na forma prevista em regulamento, o seu encaminhamento ao município mais próximo que contar com tal estrutura. § 8º A renda familiar mensal a que se refere o § 3o deverá ser declarada pelo requerente ou seu representante legal, sujeitando-se aos demais procedimentos previstos no regulamento para o deferimento do pedido. **Art. 21.** O benefício de prestação continuada deve ser revisto a cada 2 (dois) anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem. § 1º O pagamento do benefício cessa no momento em que forem superadas as condições referidas no caput, ou em caso de morte do beneficiário. § 2º O benefício será cancelado quando se constatar irregularidade na sua concessão ou utilização.
- 125 Atualmente, a nova disciplina do BPC, com as alterações trazidas pelas leis referenciadas, conta com a seguinte redação: **Art. 20.** O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. § 1º Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto. § 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. § 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. § 4º O benefício de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória. § 5º A condição de acolhimento em instituições de longa permanência não prejudica o direito do idoso ou da pessoa com deficiência ao benefício de prestação continuada. § 6º A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento de que trata o § 2o, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social - INSS. § 7º Na hipótese de não existirem serviços no município de residência do beneficiário, fica assegurado, na forma prevista em regulamento, o seu encaminhamento ao município mais próximo que contar com tal estrutura. § 8º A renda familiar mensal a que se refere o § 3o deverá ser declarada pelo requerente ou seu representante legal, sujeitando-se aos demais procedimentos previstos no regulamento para o deferimento do pedido. § 9º A remuneração da pessoa com deficiência na condição de aprendiz não será considerada para fins do cálculo a que se refere o § 3o deste artigo. § 10. Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2o deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos. **Art. 21.** O benefício de prestação continuada deve ser revisto a cada 2 (dois) anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem. § 1º O pagamento do benefício cessa no momento em que forem superadas as condições referidas no caput, ou em caso de morte do beneficiário. § 2º O benefício será cancelado quando se constatar irregularidade na sua concessão ou utilização. § 3º O desenvolvimento das capacidades cognitivas, motoras ou educacionais e a realização de atividades não remuneradas de habilitação e reabilitação, entre outras, não constituem motivo de suspensão ou cessação do benefício da pessoa com deficiência. § 4º A cessação do benefício de prestação continuada

concedido à pessoa com deficiência não impede nova concessão do benefício, desde que atendidos os requisitos definidos em regulamento. Art. 21-A. O benefício de prestação continuada será suspenso pelo órgão concedente quando a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual. § 1º Extinta a relação trabalhista ou a atividade empreendedora de que trata o caput deste artigo e, quando for o caso, encerrado o prazo de pagamento do seguro-desemprego e não tendo o beneficiário adquirido direito a qualquer benefício previdenciário, poderá ser requerida a continuidade do pagamento do benefício suspenso, sem necessidade de realização de perícia médica ou reavaliação da deficiência e do grau de incapacidade para esse fim, respeitado o período de revisão previsto no caput do art. 21. § 2º A contratação de pessoa com deficiência como aprendiz não acarreta a suspensão do benefício de prestação continuada, limitado a 2 (dois) anos o recebimento concomitante da remuneração e do benefício.

- 126 Destaca Ana Paula Peres que “a expressa referência à solidariedade, feita pelo legislador constituinte, longe de representar um vago programa político ou algum tipo de retoricismo, estabelece um princípio jurídico inovador em nosso ordenamento, a ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução de políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação-aplicação do direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, pelos membros todos da sociedade” (PERES, Ana Paula A. B. **Proteção dos Idosos**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 89.).
- 127 O Decreto n. 1.744/95 foi revogado pelo Decreto n. 6.214/2007, vigente atualmente e que regulamenta o BPC da assistência social devido ao idoso e à pessoa com deficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm>. Acesso em 10 nov. 2011.
- 128 A primeira redução na idade mínima para a concessão do BPC ao idoso, de 70 para 67 anos, ocorreu somente com a entrada em vigor da Lei n. 9.720, de 30 de novembro de 1998 (art. 1º), portanto, dez meses após a data prevista no Decreto de 1995.
- 129 A redução que deveria ter ocorrido a partir de 1º de janeiro de 2000 aconteceu somente três anos mais tarde, com a entrada em vigor do Estatuto do Idoso.
- 130 SPOSATI, Aldaísa, op. cit., p. 127.
- 131 SPOSATI, Aldaísa, op. cit., p. 133.
- 132 Para fins de acesso ao BPC, de acordo com o art. 16 da Lei n. 8.213/91, a família passou a ser compreendida somente pelo cônjuge; companheira; companheiro; filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; pais; irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; e o enteado e o menor tutelado (que são equiparados a filho) mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento (Redação dada pela Lei n. 9.032/95).
- 133 “EMENTA PROCESSO CIVIL - ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO DA PRESTAÇÃO CONTINUADA. REQUISITOS LEGAIS. CONCEITO DE FAMÍLIA. 1. Ao apurar o grupo familiar do requerente, o juiz não está adstrito ao rol do art. 16 da Lei n. 8.213/91, que, neste caso, é meramente exemplificativo, podendo, diante do caso concreto, ser alargado ou diminuído, de acordo com a sua equitativa apreciação, e tendo em visto o art. 5º da Lei n. 11.340/2006. 2. Caso de retorno dos autos ao juízo de origem para, diante do caso concreto, fazer a adequação do julgado. 3. Recurso conhecido e provido em parte. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Juízes da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência, por maioria, conhecer e dar parcial provimento ao Incidente de Uniformização.” (PEDILEF 2007.70.95.006492-8 – Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal. Rel. Juíza Federal Maria Divina Vitória. TNU – Turma Nacional de Uniformização, j. 26/09/2008, DJ 19/08/2009).
- 134 PEDILEF 2005.63.06.002012-2 – Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal. Rel. Juiz Federal Alexandre Miguel. TNU – Turma Nacional de Uniformização, j. 16/10/2006, DJ 13/11/2006.
- 135 Conforme já salientado, a responsabilidade pela operacionalização do BPC foi conferida ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), sendo, portanto, de sua competência verificar o preenchimento das condições necessárias para a concessão, ou não, do referido benefício (art. 3º do Anexo do Decreto n. 6.214/2007, que regulamenta o BPC).

- 136 É o que denota a decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que pela importância transcreve-se em parte: “REEXAME NECESSÁRIO. TUTELA ANTECIPADA NO BOJO DA SENTENÇA. AGRAVO RETIDO. VIA INADEQUADA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ARTIGOS 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 20 DA LEI N.º 8.742/93. IDOSA. HIPOSSUFICIÊNCIA. BENEFÍCIO DEVIDO. TERMO INICIAL. (...) 4. É importante assinalar que a Lei nº 10.741/2003, além de reduzir o requisito idade para a concessão do benefício assistencial, dispôs no parágrafo único do artigo 34 que “O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a Loas”. **A lei outra coisa não fez senão deixar claro, em outras palavras, que o benefício mensal de um salário mínimo, recebido por qualquer membro da família, como única fonte de recursos, não afasta a condição de miserabilidade do núcleo familiar, em cuja situação se justifica a concessão de amparo social a outro membro da família que cumpra o requisito idade. Seria de indiscutível contra-senso se entender que o benefício mensal de um salário mínimo, na forma da LOAS, recebido por um membro da família, não impede a concessão de igual benefício a outro membro, ao passo que a concessão de aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, nas mesmas condições, seria obstáculo à concessão de benefício assistencial.** Se é de miserabilidade a situação da família com renda de um salário mínimo, consistente em benefício disciplinado pela LOAS, também o é pelo Regime Geral da Previdência Social quando o benefício recebido por um membro da família se restringir ao mínimo legal, pois a aferição da hipossuficiência é eminentemente de cunho econômico. Vai-se mais longe ainda. **A renda familiar de um salário mínimo, percebida por um membro da família, independentemente da origem da receita, não poderá ser impedimento para que outro membro, cumprindo os demais requisitos exigidos pela Lei nº 8.742/93, afigure o benefício assistencial,** pois a condição econômica para a sobrevivência é exatamente igual àquela situação de que trata o parágrafo único do artigo 34 da Lei nº 10.741/2003. **Na hipótese, o fato de o marido da Autora receber benefício previdenciário de um salário mínimo não obsta a concessão do “amparo social” à autora, [...].** (TRF 3ª Região, Décima Turma, decisão unânime, AC nº 897590/SP, Rel. Juiz Galvão Miranda, Julgado em 28.09.2004, publicado no DJU de 18.10.2004). (*grifos*)
- 137 Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/institucional/institucional.php?id=COJEF_sumulasTRsSC>. Acesso em 10 nov. 2011.
- 138 PEDILEF nº 2004.70.95.002805-4/PR, Rel. Juiz Fed. Renato Toniasso, DJ 19.12.2006; PEDILEF nº 2005.43.00.902053-5/TO, Rel. Juiz Fed. Maria Divina Vitória, DJ 26.09.2007; PEDILEF nº 2007.83.00.501082-8/PE, Rel. Juiz Fed. Sebastião Ogê Muniz, DJ 28.01.2009; PEDILEF nº 2007.83.02.509253-0/PE, Rel. Juiz Fed. Derivaldo de F. B. Filho, DJ 05.03.2010; PEDILEF nº 2008.70.51.004691-6/PR, Rel. Juiz Fed. Cláudio Roberto Canata, DJ 09.08.2010; PEDILEF nº 2006.72.95.019231-1/SC, Rel. Juiz Fed. José Eduardo do Nascimento, DJ 09.08.2010.
- 139 Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1232-1/DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451>>. Acesso em 10 nov. 2011.
- 140 Com grande frequência o indeferimento do benefício na via administrativa ocorre em razão de o idoso e sua família possuir uma renda familiar *per capita* que ultrapassa o limite fixado na LOAS, ou seja, por não ser considerado miserável, para fins assistenciais. O INSS, ao negar a concessão do benefício, fundamenta sua decisão no critério objetivo estabelecido pelo § 3º, do art. 20, da Lei n. 8.742/93, justificando que a renda familiar ultrapassa o limite permitido legalmente. Em virtude de o critério regulado pela LOAS limitar demasiadamente o acesso ao benefício, deu-se ensejo à propositura de muitas ações judiciais para discutir o indeferimento administrativo do benefício assistencial.
- 141 Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=385451>>. Acesso em: 10 nov. 2011.
- 142 HOERSTER, Norbert. **En defensa del positivismo jurídico**. Barcelona: Gedisa, 2000. p. 12.
- 143 Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=385451>>. Acesso em: 10 nov. 2011.
- 144 HOERSTER, Norbert, op. cit. p. 12.
- 145 HOERSTER, Norbert, op. cit. p. 16.

- 146 HOERSTER, Norbert, op. cit. p. 20.
- 147 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988. p. 221.
- 148 MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 222.
- 149 STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=385451>>. Acesso em: 10 nov. 2011.
- 150 Eduardo Cambi, ao abordar o construtivismo jurídico, destaca que o direito “não emana única e exclusivamente do Estado-legislador”, bem como “não se esgota em um catálogo de regras ou princípios”. (CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 109.).
- 151 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- 152 BOTELHO, Marcos César. O benefício assistencial de prestação continuada. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 8, n. 179, 1º jan. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4654>>. Acesso em: 25 out. 2011.
- 153 “1. A CF/88 prevê em seu art. 203, caput e inciso V a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, independente de contribuição à Seguridade Social, 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. Regulamentando o comando constitucional, a Lei 8.742/93, alterada pela Lei 9.720/98, dispõe que será devida a concessão de benefício assistencial aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou cuja família possua renda mensal per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. 3. O egrégio Supremo Tribunal Federal, já declarou, por maioria de votos, a constitucionalidade dessa limitação legal relativa ao requisito econômico, no julgamento da ADI 1.232/DF. 4. Entretanto, **diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere à garantia das condições básicas de subsistência física, esse dispositivo deve ser interpretado de modo a amparar irrestritamente ao cidadão social e economicamente vulnerável**. 5. **A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo**. 6. Além disso, em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tarifação legal de provas, motivo pelo qual essa delimitação do valor da renda familiar per capita não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado. De fato, não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu direito de julgar”. (*grifos*) STJ. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200900409999&dt_publicacao=20/11/2009>. Acesso em 25 out. 2011.
- 154 AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. AFERIÇÃO DA RENDA PER CAPITA POR OUTROS MEIOS QUE NÃO O CRITÉRIO DE 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA N. 7/STJ. 1. **É firme o entendimento desta Corte no sentido de que a condição de hipossuficiência para fins de obtenção de benefício assistencial pode ser aferida por outros meios de prova além da limitação legal relativa ao requisito econômico previsto na Lei nº 8.742/93**. 2. Concluindo o Tribunal de origem, com fulcro nas provas produzidas, que a parte autora faz jus ao benefício assistencial porquanto demonstrada a situação de miserabilidade da entidade familiar, a inversão do julgado esbarra no enunciado nº 7 desta Corte. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1265039/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 28/09/2011). (*grifos*)
- 155 PEDILEF 2005.43.00.902890-0 - Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal. Juiz Federal Hélio Silvio Ourem Campos. TNU - Turma Nacional de Uniformização, DJU 02/10/2007.

- 156 PEDILEF 2005.34.00.754836-7 - Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal - Juiz Federal Renato César Pessanha de Souza. TNU - Turma Nacional de Uniformização, DJU 22/01/2008.
- 157 PEDILEF nº 2002.72.00.058384-7/SC, Rel. Juiz Fed. Ricardo César Mandarino Barretto, DJ 02.03.2005; PEDILEF nº 2005.84.13.001265-8/RN, Rel. Juiz Fed. Guilherme Bollorini Pereira, DJ 02.05.2006; PEDILEF nº 2002.51.51.022946-9/RJ, Rel. Juiz Fed. Maria Divina Vitória, DJ 28.05.2007; PEDILEF nº 2005.43.00.903968-3/TO, Rel. Juiz Fed. Maria Divina Vitória, DJ 24.03.2008; PEDILEF nº 2007.70.51.005210-9/PR, Rel. Juíza Fed. Jacqueline Michels Bilhalva, DJ 16.03.2009; PEDILEF nº 2007.70.54.000813-5/PR, Rel. Juiz Fed. Derivaldo de F. B. Filho, DJ 05.05.2010.
- 158 **TRF-1** - PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. LEI Nº 8.742, DE 1993 (LOAS). REQUISITOS LEGAIS. PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA. COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE PROVER A SUA PRÓPRIA MANUTENÇÃO OU TÊ-LA PROVIDA POR SUA FAMÍLIA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA. CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. (...) **5. O fato da renda familiar per capita ser superior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo não impede que outros fatores sejam considerados para a avaliação das condições de sobrevivência da parte autora e de sua família, fazendo com que a prova da miserabilidade necessária à concessão do benefício assistencial seja mais elástica.** (...) (AC 0019642-56.2011.4.01.9199/MG, Rel. Desembargador Federal Francisco De Assis Betti, Segunda Turma, e-DJF1 p.351 de 07/10/2011). (*grifos*) **TRF-2** - PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. INCAPACIDADE ATESTADA. HIPOSSUFICIÊNCIA DO NÚCLEO FAMILIAR. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS PREENCHIDOS. (...) III - O benefício de amparo assistencial foi instituído para garantir a subsistência da parcela da população impossibilitada de trabalhar e sem meios próprios de subsistência, devido à idade avançada ou por ser portadora de deficiência, independentemente de qualquer reciprocidade contributiva. IV - Em Juízo de probabilidade, restou comprovada a verossimilhança da alegação, já que presentes os requisitos para concessão do benefício assistencial: incapacidade para vida independente e para o trabalho e a hipossuficiência do núcleo familiar. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1112557/MG, proferiu decisão no sentido de que, **ainda quando a renda per capita do núcleo familiar ultrapassar 1/4 do salário mínimo, é possível a demonstração da condição de miserabilidade da pessoa por outros meios de prova, para fins de benefício assistencial, como ocorreu no caso concreto.** (...) (AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 176550. Processo: 2009.02.01.007511-1 - UF: RJ - Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA. Data Decisão: 22/06/2011. Documento: TRF-200257912). (*grifos*). **TRF-3** - CONSTITUCIONAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. AGRAVO (ART. 557, §1º, CPC). REQUISITOS LEGAIS. LEI 8.742/93, ART. 20, §3º. HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS. ADIN 1.232-1. EFEITO VINCULANTE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. ERRO MATERIAL. I - A questão relativa à hipossuficiência econômica do autor foi devidamente analisada pela decisão agravada, à luz da jurisprudência consolidada no âmbito do E. STJ e do posicionamento usual desta C. Turma, no sentido de que **o art. 20, §3º, da Lei 8.742/93 define limite objetivo de renda per capita a ser considerada, mas não impede a comprovação da miserabilidade pela análise da situação específica de quem pleiteia o benefício.** (Precedente do E. STJ). II - Ainda que seja superior ao limite fixado no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, a renda familiar verificada mostra-se insuficiente à manutenção do autor haja vista a existência de gastos específicos que comprometem o rendimento percebido. III - **Não se olvida da improcedência da ADIN 1.232-1, contudo, o seu efeito vinculante diz respeito apenas à discussão acerca da constitucionalidade do § 3º, do artigo 20, da Lei 8.742/93, não restringindo o princípio do livre convencimento motivado do magistrado quanto à interpretação da norma e sua aplicabilidade ao caso concreto, motivo pelo qual não há que se falar em violação do disposto no**

- art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99.** IV - A constitucionalidade do artigo 20, § 3º da Lei 8.742/93 restou consignada na decisão agravada. Porém, **referido dispositivo não é único critério para aferição da hipossuficiência econômica, devendo-se levar em consideração outros elementos de ordem subjetiva para constatação da miserabilidade da parte que pleiteia o amparo assistencial.** (...) (TRF 3ª Região - AC - APELAÇÃO CÍVEL - 705056; Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO; DJF3 CJ1 DATA:06/04/2011 PÁGINA: 1665; Data de Julgamento: 29/03/2011). (grifos) **TRF-4** - PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO E PARA A VIDA INDEPENDENTE. RENDA FAMILIAR *PER CAPITA*. MARCO INICIAL. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. 1. **Para fins de composição da renda mensal familiar, não pode ser computada a renda mensal percebida pelo marido idoso da autora, e nem o benefício assistencial recebido pela filha, ambos correspondentes a um salário mínimo (Aplicação por analogia do paragrafo único do art. 34 da Lei 10.741/2003).** 2. Comprovado que a autora é incapaz para o trabalho e a vida independente e o estado de miserabilidade, é de ser mantida a sentença que lhe concedeu o benefício assistencial. 3. **Marco inicial fixado na data da vigência do Estatuto do Idoso (01.04.2004), pois somente a partir dessa lei é possível excluir-se da renda mensal *per capita* o benefício recebido por idoso.** (...) (AC. 2003.04.01.034592-0/SC - TRF - 4ª Região, 6ª Turma, Rel. Des. João Batista Pinto Silveira, 12.09.2007). (grifos) **TRF-5** - PREVIDENCIÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - BENEFÍCIO ASSISTENCIAL - PORTADOR DE DEFICIÊNCIA - ART. 203, V, DA CF/88, C/C ART. 20, E SEGS., DA LEI Nº 8.742/93 - REQUISITOS PRESENTES. (...) 2. **A jurisprudência atual é dominante no sentido de que as condições necessárias para a concessão do benefício assistencial não se restringem à hipótese da renda familiar *per capita* mensal inferior a 1/4 do salário mínimo, podendo caracterizar-se por outras circunstâncias concretamente demonstradas.** (...) (APELREEX. Apelação/Reexame Necessário. Processo: 0000393-70.2010.4.05.9999. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator Desembargador Federal Francisco Barros Dias. Data Julgamento: 20/04/2010. Documento nº: 223575). (grifos)
- 159 FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. Avanços que ainda se fazem necessários em relação ao benefício assistencial de prestação continuada. In: SPOSATI, Aldaíza (Org.). **Proteção social e cidadania**, op. cit., p. 179.
- 160 FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga, op. cit., p. 183.
- 161 HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 19.
- 162 *“Pessoas com deficiência são aquelas que têm 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 igualdades de condições com as demais pessoas”.*
- 163 Conforme apontam Izabel de Loureiro Maior e Lilia Novais de Oliveira, “antes de tudo, o trabalho é um direito de cada pessoa humana e possibilita às pessoas com deficiência independência econômica e psicológica, pois o próprio indivíduo alcança sua emancipação, exerce sua autonomia e, por sua vez, a sociedade passa a vê-la como agente de mudanças socioeconômicas em nosso país”. (MAIOR, Izabel de Loureiro; OLIVEIRA, Lilia Novais de. Trabalho: Caminho para o Exercício da Cidadania. In: SCHWARZ, Andrea; HABER, Jaques. **Cotas: como vencer os desafios da contratação de pessoas com deficiência**. São Paulo: i.Social, 2009. p. 60.)
- 164 *“...pois a letra mata, mas o Espírito vivifica”* (BÍBLIA SAGRADA. NVI. 2 Coríntios 3, vers. 6).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Shild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARIZA, Santiago Sastre. **Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo**. Madrid: McGraw Hill, 1999.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

_____. **El sentido del derecho**. 3 ed. Barcelona: Ariel; 2007.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. Tradução de Juliana Salvetti. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo, v.1, n. 7, p. 18-30, jan./jun. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil. In: _____. (Org.). **A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 12 set. 2011. p. 1-2.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Revista Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 127-150, maio/ago. 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: LEMBO, Cláudio. **Uma vida dedicada ao Direito**: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o editor dos juristas. São Paulo: RT, 1995.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris Editor, 1997.

DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas**. Madrid: Civitas Ediciones, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razon: teoria del garantismo penal**. 7. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

_____. Positivismo crítico, derechos y democracia. **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, México, n. 16, abr. 2002.

FIGUEROA, Alfonso García. Norma y valor em el neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v.2, n. 7, p. 107-121, jan./jun. 2006.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **La garantía jurisdiccional de la Constitución** (La justicia constitucional). Tradução de Rolando Tamayo y Salmorán. México: UNAM, 2001.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O neoconstitucionalismo e a Constituição de 88. In: Moraes, Alexandre de (Coord.). **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. T. 2.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Argumentação jurídica e a solução dos casos trágicos. **Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 1-196, out.-mar. 2010.

_____. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. São Paulo: Editora Método, 2008.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. São Paulo: RT, 2007.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. 2 ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Proteção aos idosos**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

POZZOLO, Susana. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. In: **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Disponível em: <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volII/DOXA21Vo.II_25.pdf>. Acesso em: 26 set. 2011.

QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coord.) **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

ROCHA, Cármen Lúcia A. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. **Cadernos de direito constitucional e ciência política**, São Paulo, n. 29, p. 55-65, out./dez. 1999.

_____. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. **La interpretación judicial de la constitución**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1998.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Constitucionalismo y positivismo**. México/DF: Fontamara, 1999.

_____. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SANTOS, Gustavo Ferreira. A teoria da Constituição como teoria do Direito do Estado constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v.1, n. 7, p. 91-101, jan./jun. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do direito fundamental à segurança jurídica**: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto856.rtf>>. Acesso em 25 ago. 2011.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SPOSATI, Aldaíza (Org.). **Proteção social e cidadania: inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

VALE, André Rufino. Aspectos do Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 9, jan./jun. 2007.

_____. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VERAS, Renato. O desafio contemporâneo: a inclusão do envelhecimento populacional na agenda política. In: **Os direitos da terceira idade**. Brasília: Senado Federal, 2003.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Ministério da Justiça-Editora Universidade de Brasília. 1979.

VIGO, Rodolfo Luis. Constitucionalização e neoconstitucionalismo: alguns riscos e algumas prevenções. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. Santa Maria/RS, v. 3, n. 1, mar. 2008. Disponível em: <http://www.ufsm.br/revista_direito/eds/v3n1/Vigo.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho ductil: ley, derechos, justicia**. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009.

_____. **Historia y constitución**. Madrid: Trotta, 2005.

Artigo recebido em: 28-10-2011

Aprovado em: 14-02-2012