

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

RODRIGO COSTA BUARQUE

**O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO
CONTINUADA: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DOS
DEVERES FUNDAMENTAIS E DOS CUSTOS DOS DIREITOS**

**VITÓRIA
2016**

RODRIGO COSTA BUARQUE

**O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO
CONTINUADA: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DOS
DEVERES FUNDAMENTAIS E DOS CUSTOS DOS DIREITOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
Stricto Sensu em Direitos e Garantias Fundamentais da
Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para
obtenção do grau de mestre em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Adriano Sant'Ana Pedra

VITÓRIA
2016

RODRIGO COSTA BUARQUE

**O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO
CONTINUADA: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DOS
DEVERES FUNDAMENTAIS E DOS CUSTOS DOS DIREITOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.

Aprovada em _____.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Adriano Sant'Ana Pedra
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof. Dr. Américo Bedê Freire Junior
Faculdade de Direito de Vitória

Prof. Dr. Fabiano André de Souza Mendonça
Membro Externo

À Carolina e aos nossos filhos, Gustavo e Rafael.

AGRADECIMENTOS

Dizem que a gratidão é a memória do coração, e não faltam memórias ao final de um curso de mestrado. São lembranças de bons momentos, das aulas e das amizades, em que pesem as angústias envoltas no desafio de dar o melhor de si nos estudos, no trabalho e, principalmente, na família. Tudo isso não seria possível sem a presença de Deus, a quem direciono o meu primeiro agradecimento.

Agradeço também a minha esposa, Carolina, pela paciência e pela compreensão diante dos momentos de ausência. Aos meus amados filhos Gustavo e Rafael, por simplesmente existirem em minha vida.

Aos meus pais e aos meus irmãos, por todos os ensinamentos e pelo amor sempre incondicional.

A minha sogra, a quem muito admiro, pelo convívio diário.

Aos professores e funcionários da Faculdade de Direito de Vitória, pela honra de ter convivido com profissionais exemplares.

O meu sincero agradecimento ao Professor Adriano Sant'Ana Pedra, pelas orientações sempre cordiais.

Aos professores Américo Bedê Freire Junior e Dauray Cesar Fabris, pelas gentis contribuições, e ao professor Fabiano André de Souza Mendonça, por ter aceitado o convite para compor a banca de defesa deste trabalho.

Aos colegas da Procuradoria Federal no Estado do Espírito Santo, pelo apoio durante a minha ausência, e à Advocacia Geral da União, por ter proporcionado o financiamento para a realização do curso e concedido a licença capacitação, que tornou possível o aprimoramento deste trabalho.

Por fim, agradeço à Maria da Penha De Prá, pela gentil revisão desta dissertação.

RESUMO

A Assistência Social consiste em importante política pública de transformação social, realizada por ações integradas entre o Estado e a sociedade, na busca pela igualdade material dos cidadãos, para redução das desigualdades sociais, da pobreza e da marginalização, com o escopo de se atingir a universalização dos direitos fundamentais sociais. Como política de proteção social, reverbera o princípio da dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil e princípio que rege o Estado Democrático de Direito. Entretanto, as necessidades sociais são infinitas e os recursos públicos são escassos, razão pela qual é imprescindível que, no contexto das políticas assistenciais, sejam coerentemente delimitados os papéis do Estado e da sociedade, visando ao bem comum. O presente estudo, desenvolvido dentro da linha de pesquisa "Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais", aborda o benefício assistencial previsto no art.203, V, da Constituição Brasileira, e disciplinado na Lei Orgânica de Assistência Social, Lei 8.742/1993, sob a ótica dos custos dos direitos e dos deveres fundamentais. Analise-se se os critérios adotados na legislação ordinária, quanto ao conceito de família e de renda *per capita* são adequados para assegurar, de maneira justa, o direito à percepção do referido benefício. Para o desenvolvimento deste trabalho, a abordagem a respeito dos custos dos direitos e dos deveres fundamentais abrange a análise do princípio da subsidiariedade - que envolve a atuação do Estado, da iniciativa privada e dos cidadãos - e da atuação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. Adotou-se técnica de pesquisa bibliográfica exploratória. Como referencial teórico, foram utilizadas as obras de José Casalta Nabais, quanto aos deveres fundamentais, e de Stephen Holmes e Cass Sunstein, quanto aos custos dos direitos. Percebe-se, neste trabalho, que a análise da repercussão orçamentária e dos deveres dos atores sociais – família, sociedade e Estado – em escala de subsidiariedade, não pode ser esquecida quando se busca implementar a política pública de concessão do benefício assistencial de maneira eficiente.

Palavras-chave: Assistência Social; Direito Fundamental; Dignidade da Pessoa Humana; Custos dos Direitos; Reserva do Possível; Políticas Públicas; Mínimo Existencial; Dever Fundamental; Subsidiariedade.

RESUMEN

La Asistencia Social consiste en una importante política pública de transformación social, realizada por acciones integradas entre el Estado y la sociedad, en la búsqueda por la igualdad material de los ciudadanos, para reducción de las desigualdades sociales, de la pobreza y de la marginalización, con el objetivo de alcanzarse la universalización de los derechos fundamentales sociales. Como política de protección social, reverbera el principio de la dignidad humana como fundamento de la República Federativa de Brasil y principio que rige el Estado Democrático de Derecho. Sin embargo, las necesidades sociales son infinitas y los recursos públicos son escasos, razón por la cual es imprescindible que, en el contexto de las políticas asistenciales, sean coherentemente delimitados los papeles del Estado y de la sociedad, enfocados al bien común. El presente estudio, desarrollado dentro de la línea de investigación "Democracia, Ciudadanía y Derechos Fundamentales", aborda el beneficio asistencial previsto en el art.203, V, de la Constitución Brasileña, y disciplinado en la Ley Orgánica de Asistencia Social, Ley 8.742/1993, desde la perspectiva de los costes de los derechos y de los deberes fundamentales. Debe analizarse si los criterios adoptados en la legislación ordinaria, en relación al concepto de familia y de renta *per capita* son adecuados para asegurar, de manera justa, el derecho a la percepción de dicho beneficio. Para el desarrollo de este trabajo, el planteamiento al respecto de los costes de los derechos y de los deberes fundamentales incluye el análisis del principio de la subsidiariedad - que involucra la acción del Estado, de la iniciativa privada y de los ciudadanos - y de la acción del Poder Judicial en la implementación de políticas públicas. Se adoptó una técnica de investigación bibliográfica exploratoria. Como referencial teórico, fueron utilizadas las obras de José Casalta Nabais, en cuanto a los deberes fundamentales, y de Stephen Holmes y Cass Sunstein, en cuanto a los costes de los derechos. Se percibe, en este trabajo, que el análisis de la repercusión presupuestaria y de los deberes de los actores sociales - familia, sociedad y Estado - en escala de subsidiariedad, no puede ser olvidada cuando se busca implementar la política pública de concesión del beneficio asistencial de manera eficiente.

Palabras-clave: Asistencia Social; Derecho Fundamental; Dignidad de la Persona Humana; Costes de los Derechos; Reserva de lo Posible; Políticas Públicas; Mínimo Existencial; Deber Fundamental; Subsidiariedad.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 A ASSISTÊNCIA SOCIAL.....	16
1.1 A IMPORTÂNCIA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL NO CONTEXTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	16
1.2 A ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO REVERBERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	22
1.3 A ASSISTÊNCIA SOCIAL: DA FILANTROPIA À POLÍTICA DE PROTEÇÃO SOCIAL.....	24
2 OS CUSTOS DA ASSISTÊNCIA SOCIAL.....	29
2.1 OS CUSTOS DOS DIREITOS.....	33
2.2 A RESERVA DO POSSÍVEL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA.....	37
2.3 A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL.....	44
2.4 O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE ESTATAL NA ASSISTÊNCIA SOCIAL.....	49
3 DEVERES FUNDAMENTAIS E A ASSISTÊNCIA SOCIAL.....	62
3.1 A TEORIA DOS DEVERES FUNDAMENTAIS: CONSIDERAÇÕES.....	64
3.2 O DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PARA O FINANCIAMENTO DA ASSISTÊNCIA SOCIAL.....	70
3.3 O DEVER FUNDAMENTAL DE AMPARO FAMILIAR.....	73
4 O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA.....	82
4.1 A PROBLEMÁTICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA PREVISTO NA LEI 8.742/93.....	84
4.2 A PROBLEMÁTICA DA FLEXIBILIZAÇÃO DO CRITÉRIO DA RENDA FAMILIAR <i>PER CAPITA</i>	91
4.2.1 A opção legislativa pelo critério objetivo de ¼ (um quarto) do salário mínimo.....	92
4.2.2 A flexibilização, pelo Judiciário, do critério legal de renda familiar <i>per</i>	

<i>capita</i>	96
4.2.3 Críticas à flexibilização incondicionada do critério da renda familiar <i>per capita</i>	102
4.2.4 Inovação legislativa: a flexibilização do critério objetivo da renda familiar <i>per capita</i> pelo Executivo	112
CONSIDERAÇÕES FINAIS	115
REFERÊNCIAS	128

INTRODUÇÃO

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, reconhecida como a Constituição Cidadã, sob influência das Constituições Mexicana (1917) e de Weimar (1919), enalteceu os direitos sociais ao destinar-lhes capítulo próprio, inserido dentro do título a respeito dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse contexto, destaca-se a importância da assistência social dentre os direitos fundamentais sociais (art.6º, CF/88), que têm a missão de assegurar, progressivamente, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, descritos no art.3º da Constituição Federal de 1988, e de reverberar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao lado da saúde e da previdência social, a assistência social consiste em subsistema da seguridade social, de caráter não contributivo, prestado a quem dela necessitar, com os seus objetivos constantes no art.203 da CF/88.

Em virtude do delineamento constitucional de 1988, a assistência social deixa para trás seu viés filantrópico, para tomar corpo como verdadeira medida de efetivação dos direitos sociais, dentre as atribuições da sociedade e dos Poderes Públicos.

O Estado, ao assumir o dever de prestar a assistência social, ao lado da sociedade, incumbe-se de promovê-la de modo a assegurar a universalidade da sua cobertura e atendimento, a fim de alcançar a maior gama de pessoas e de riscos sociais possíveis, na medida dos recursos públicos disponíveis.

Assim, a assistência social, quando prestada pelo Estado, exige-lhe escolhas quanto à prioridade e ao grau de proteção dos direitos fundamentais a serem tutelados, tendo em vista os custos demandados que tornam limitada a atuação estatal, ante as crescentes necessidades da população e a escassez de recursos públicos.

Disso decorre a necessidade de se otimizar a aplicação dos recursos públicos, visando a expandir a proteção dos direitos fundamentais, de modo que a implantação e a execução das

políticas públicas demandem necessariamente uma reflexão sob o viés econômico, já que os direitos têm custos, e não nascem em árvores.

O Estado realiza seus deveres sociais através das políticas públicas, que são implementadas, em regra, pelos Poderes Legislativo e Executivo, com vocação técnica para esta finalidade. Isso não afasta, entretanto, o controle exercido pelo Poder Judiciário.

Na hipótese de os Poderes Executivo e Legislativo se omitirem quanto à implantação e à execução de política pública de proteção de direito fundamental, ao Poder Judiciário caberá intervir excepcionalmente, o que é denominado pela doutrina de judicialização da política pública.

Também o Poder Judiciário, ao invocar a proteção de direitos fundamentais para atuar na omissão dos demais Poderes Públicos, não pode olvidar dos custos dos direitos, de modo que o viés econômico deve igualmente balizar as decisões judiciais, não lhe permitindo a tutela de direitos sociais com intervenção incondicionada sobre os gastos públicos.

Para além da análise sobre os custos da implementação dos direitos sociais, no caso, da assistência social, para o Estado, deve-se contemplar o grau de participação de todos os atores sociais na consecução dos objetivos de amparo social pretendidos pela assistência social, uma vez que não se pode esperar que sejam exigências direcionadas apenas ao ente público, mas uma obrigação subsidiária deste, fundada na circunstância de que a assistência social será prestada somente a quem realmente dela necessitar.

Assim, o Estado consolidado nos ditames do *Welfare State* necessita ser revisitado, com mais nítida delimitação dos papéis do Estado e da sociedade na consecução do bem comum, o que envolve, quanto aos direitos fundamentais sociais, a análise sobre os seus custos e a observância dos deveres fundamentais compartilhada entre os atores sociais – Estado, sociedade e família –, uma vez que não há como subsistir o ideário de Estado provedor universal e exclusivo, que estará fadado a ruir.

Para viabilizar a análise correlacionada entre os custos da assistência social e os deveres fundamentais dos atores sociais – família e Estado – na prestação deste direito social, adota-se como parâmetro de estudo o benefício assistencial de prestação continuada, previsto no

art.203, V, da Constituição Federal de 1988 e concretizado pela Lei 8.742/93, Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS.

O benefício assistencial consiste no pagamento mensal, no valor de um salário mínimo, à pessoa com deficiência e ao idoso maior de 65 anos que comprovem não possuir meios de prover o seu próprio sustento e tampouco tê-lo provido por sua família, entendida esta, na concepção estritamente legal, como o núcleo formado “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”.

Além de prever um conceito fechado para a família, no que tange à composição do seu núcleo, a LOAS estabeleceu um critério objetivo para considerar quando a família é incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa, qual seja, quando a renda familiar mensal, por integrante, situar-se em patamar inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo vigente.

Indaga-se, neste trabalho, se esses critérios objetivos adotados pelo legislador, a respeito da composição do núcleo familiar e da renda *per capita*, são adequados para assegurar, de maneira justa, o direito ao benefício assistencial.

Trata-se, atualmente, de benefício de transferência de renda mais custoso ao Estado, sendo campo de estudo que possibilita a compreensão e aplicação das teorias dos custos dos direitos e dos deveres fundamentais, a serem abordadas neste trabalho, com o objetivo de expandir a sua cobertura para aqueles realmente necessitados da proteção da assistência social, que está condicionada inevitavelmente aos limitados recursos públicos.

Em análise específica do benefício assistencial previsto no art.203, V, da Constituição Federal de 1988 e concretizado pela Lei 8.742/93, em primeiro plano, depara-se com o enfrentamento do conceito de família adotado pela Lei Orgânica da Assistência Social. Questiona-se se o legislador ordinário, ao estabelecer um conceito próprio de família na Lei 8.742/93, teria eleito a melhor técnica sob a ótica da eficácia da implementação dos direitos sociais.

Pesquisa-se se a adoção legal de conceito fechado e restritivo, para compor o núcleo familiar responsável pelo amparo material das pessoas com deficiência e dos idosos que não possuam meios de prover seu próprio sustento, vai ao encontro da função subsidiária do Estado, que deve proteger os mais necessitados (art.203, CF/88), seletivamente (art.194, III, CF/88).

Discute-se se o benefício assistencial, à luz do conceito de família estabelecido pela Lei Orgânica da Assistência Social, teria sido pensado como um dever estatal estabelecido à mingua da análise dos deveres de outros atores sociais, o que imprime uma abordagem da teoria dos deveres fundamentais, sob a ótica de fomentar a participação da família no dever de amparo de seus integrantes.

Isso ocorre porque, se a Constituição Federal de 1988 prevê a concessão do benefício assistencial como dever fundamental atribuível ao Estado, a exigir deste uma postura ativa, certo é também que, no tocante ao amparo recíproco de familiares, também prevê deveres fundamentais atribuíveis à própria família, que devem preceder ao assistencialismo estatal, por envolver custos, ao mesmo tempo em que privilegia o princípio da solidariedade.

Busca-se analisar a questão à luz da solidariedade no seio familiar, no que tange ao amparo material e afetivo que se espera de seus integrantes.

Assim, se por um lado o idoso e a pessoa com deficiência em situação de miserabilidade podem pleitear amparo do Estado, por meio do benefício assistencial, por outro lado, também é imprescindível analisar a possibilidade de se exigir amparo dos seus familiares, dispensando-se a prestação do Estado que não pode ser visto como o único e exclusivo provedor dos direitos sociais.

Em próximo plano, o estudo volta-se à análise da celeuma que envolve a fixação de critério objetivo de renda familiar *per capita* pelo art.20, §3º, da Lei 8.742/93, no valor de 1/4 (um quarto) do salário mínimo, para fins de concessão do benefício assistencial, e a sua respectiva flexibilização pelo Poder Judiciário, para ampliar a concessão, sob o fundamento de o critério legal estar aquém do escopo de proteção do art.203, V, da CF/88.

Assim, na hipótese de indeferimento administrativo de concessão do benefício assistencial, por ausência de enquadramento da renda familiar, que estaria acima de 1/4 (um quarto) do

valor do salário mínimo por integrante do núcleo familiar contabilizado, o idoso e a pessoa com deficiência, ao se socorrerem da tutela jurisdicional para obter a concessão do benefício assistencial, seriam beneficiados mesmo em hipóteses em que a renda familiar fosse superior ao patamar legal.

Nesse contexto, busca-se avaliar as repercussões da flexibilização do critério legal de renda familiar *per capita* pelas decisões do Poder Judiciário, que asseguram o pagamento de benefícios assistenciais a pretensos beneficiários não contemplados previamente pelos Poderes Legislativo e Executivo na análise macroeconômica sobre os custos do deferimento desses direitos.

Inserese nesse contexto também a análise sobre a suficiência do requisito eleito pelo legislador, como critério de renda familiar *per capita* para fins de concessão do benefício, em contraponto às reflexões sobre os custos dos direitos, a teoria da reserva do possível, a garantia do mínimo existencial para proteção à dignidade da pessoa humana, o princípio da separação dos poderes e a atuação subsidiária do Estado no âmbito assistencial.

Consequentemente, permite-se verificar se o Poder Judiciário, sob o fundamento de tutelar direitos fundamentais, atentar-se-ia ou não, por ocasião de proferir as suas decisões, para a repercussão delas sobre os gastos públicos, como efeito extraprocessual.

O interesse do tema decorre, assim, da constatação do quão importante representa o avanço dos direitos sociais para a garantia de uma vida digna à pessoa, revelando-se como imprescindível o resgate do papel da família e da sociedade, ao lado do Estado, para se imprimir eficácia à implementação dos direitos sociais, em um contexto de cidadania não apenas de direitos, mas também de deveres.

Assim, para a sistematização das abordagens em estudo, tem-se que, no capítulo 1, passa-se a discorrer sobre a importância da assistência social no contexto da implementação dos direitos sociais, como reverberação do princípio da dignidade humana e como política social a ser desenvolvida pelo Estado, abandonando-se o seu viés puramente filantrópico, para assumir o papel de efetiva medida de realização de direitos.

No capítulo 2, aborda-se a respeito dos custos da assistência social, sob a ótica da teoria dos custos dos direitos, com base na obra de Stephen Holmes e Cass Sunstein. No contexto, analisam-se as teorias da judicialização da política pública, da reserva do possível e da garantia do mínimo existencial, como também o princípio da subsidiariedade estatal, abordado na doutrina brasileira por José Alfredo de Oliveira Baracho e Silvia Faber Torres.

No terceiro capítulo, volta-se à análise da teoria dos deveres fundamentais, com base teórica em José Casalta Nabais, para correlacioná-la aos deveres fundamentais atinentes à assistência social, especialmente o de pagar contribuições sociais para o financiamento da assistência social e o dever fundamental de amparo familiar.

No quarto capítulo, com fulcro nos estudos desenvolvidos em capítulos precedentes, discorre-se a respeito do benefício assistencial de prestação continuada, para responder aos questionamentos que envolvem o conceito de família previsto na Lei 8.742/93 e a flexibilização pelo Poder Judiciário do critério legal de renda familiar *per capita*, no valor de 1/4 (um quarto) do salário mínimo, fixado em seu art.20, §3º, para, por fim, apresentar a inovação legislativa inserida no §11 do art.20, da Lei Orgânica da Assistência Social, pela Lei 13.146/2015, que possibilitará ao próprio Poder Executivo flexibilizar o referido critério objetivo, com base em parâmetros estabelecidos em regulamento.

Desenvolve-se o trabalho por meio de pesquisa bibliográfica, sob exame da doutrina utilizada como base teórica para, por consequência, argumentar a sua relevância e aplicação na análise dos requisitos legais que envolvem a concessão de benefício assistencial de prestação continuada.

1 A ASSISTÊNCIA SOCIAL

1.1 A IMPORTÂNCIA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL NO CONTEXTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.

O Século XX representou período de notórios avanços com relação à proteção dos direitos sociais¹, o que se consolidou especialmente após o surgimento das Constituições Mexicana (1917) e de Weimar (1919), ambas com grande influência sobre o constitucionalismo brasileiro.

No Brasil, a Constituição de 1934², sob os auspícios da Constituição de Weimar, inovou positivamente o ordenamento jurídico ao prever um título específico a respeito da ordem econômica e social (artigos 115 a 143), visando a garantir direitos sociais que hodiernamente já ocupavam os textos constitucionais de diversos países.

Esses direitos, portanto, surgem no contexto do Estado Social³, em circunstâncias de intensa participação popular e de lutas sociais que se seguiram aos períodos pós-guerras⁴, com o

¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 13.

² Em importante registro, Carlos Gustavo Moimaz Marques lembra que a Constituição do Império (1824) já previa a garantia dos “socorros publicos”, conforme redação do art.179, inciso XXXI. “No entanto, não teve nenhuma aplicabilidade. Foi inserida apenas por reflexo do disposto na Declaração dos Direitos Humanos e dos Cidadãos de 1789, que apontava os socorros públicos como dádivas sagradas” (MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. **O benefício assistencial de prestação continuada**: reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à seguridade social. São Paulo: LTr, 2009. p. 33) – grifo no original.

³ “O denominado ‘Estado Social’, em que se verifica a assunção das atividades administrativas fundamentais pela ordem pública e a intensificação do controle das atividades particulares, notadamente as econômicas, marcou, sobretudo após as Constituições mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, o cenário econômico, político e social de quase todo o século XX, fazendo substituir-se o Estado intervencionista ao abstencionista sob os auspícios do desvanecimento do clássico dogma da igualdade e liberdade que até então prevalecia” (TORRES, Silvia Faber. **O princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 1).

⁴ “No segundo pós-guerra, quando a recessão econômica ladeou-se à multiplicação das crises relacionadas a necessidades vitais básicas, o Estado-providência, enfim, assumiu definitivamente a hegemonia na condução de uma série de políticas públicas intervencionistas [...]” (AJOUZ, Igor. **O direito fundamental à assistência social e a distribuição de deveres entre o estado e a família**. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 38).

rompimento do paradigma⁵ do Estado Liberal, também denominado de Estado mínimo, não intervencionista⁶.

O Estado, então, passa a assumir outra configuração, ao deixar o seu papel meramente ausenteísta⁷, voltado à proteção da autonomia da vontade individual, passando a intervir ativamente com vistas a proporcionar uma vida digna aos seus cidadãos, com ideal materialmente igualitário⁸. Os direitos deixam de figurar sob o aspecto meramente formal, para serem introduzidos e garantidos, materialmente, pelas Constituições, o que pode ser notado por Norberto Bobbio, em relação ao desenvolvimento dos direitos do homem:

[...] o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em *relação ao* Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não-impedimentos, mas positivamente como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade *no* Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores -, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade *através* ou *por meio* do Estado⁹. (grifos no original)

⁵ Thomas Kuhn denomina de paradigmas “[...] as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”. (KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Doeira e Nelson Boeira. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006. p. 13)

⁶ A ruptura com o Estado liberal, no entanto, não decorreu abruptamente, “[...] mas como decorrência do amadurecimento teórico e do aprofundamento sistemático da juridicização dos deveres sociais exigíveis em face do Estado [...]” (AJOUZ, Igor. **O direito fundamental à assistência social e a distribuição de deveres entre o estado e a família**. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 37).

⁷ De acordo com Marcelo Leonardo Tavares, “os poderes públicos deixaram, então, a postura meramente ausenteísta de não interferência na autonomia privada para passar a gerenciar a garantia de condições mínimas de vida digna às pessoas na sociedade, criando mecanismos de fraternidade compulsória na prevenção de infortúnios”. Cf. TAVARES, Marcelo Leonardo. *Assistência Social*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1123.

⁸ “No âmbito de um Estado social de Direito – e o consagrado pela nossa evolução constitucional não foge à regra – os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 62.)

⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier: 2004. p. 20.

Entretanto, em que pese a importância da Constituição de 1934¹⁰, é de se reconhecer que foi a Constituição Brasileira de 1988¹¹ a responsável por enaltecer a importância dos direitos fundamentais sociais.

Os direitos sociais foram introduzidos no texto da Constituição Brasileira de 1988, especialmente no Título referente aos direitos e garantias fundamentais, e foram dotados de aplicabilidade imediata¹², em virtude da previsão expressa no §1º do art.5º do texto constitucional. Representam o que a doutrina denomina de direitos de segunda dimensão (ou geração¹³) e caracterizam-se por se tratarem de direitos que visam a promover a igualdade

¹⁰ “Embora objeto de previsão isolada e tímida na Constituição de 1824, de cunho predominantemente liberal, e ainda que ausentes na Constituição de 1891, a partir de 1934, especialmente por influência da Constituição alemã de Weimar (1919), os direitos sociais acabaram por integrar a tradição constitucional brasileira, sendo incorporados, inicialmente, ao capítulo ‘Da ordem social e econômica’, razão pela qual habitualmente lhes era reconhecida eficácia diminuída, por conta de seu alegado cunho programático. Na CF/88 (Título II, arts. 6º e s.) foram guindados à condição de direitos fundamentais, previstos em capítulo próprio [...]” (SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos sociais. In: **Dicionário brasileiro de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 89).

¹¹ “[...] a Carta de 1988 é a primeira Constituição que integra ao elenco dos direitos fundamentais, os direitos sociais e econômicos, que nas Cartas anteriores restavam pulverizados no capítulo pertinente à ordem econômica e social. Observe-se que, no Direito brasileiro, desde 1934, as Constituições passaram a incorporar os direitos sociais e econômicos. Contudo, a Constituição de 1988 é a primeira a afirmar que os direitos sociais são direitos fundamentais, tendo aplicabilidade imediata” (PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. In: LIMA, Martonio Mont’Alverne; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (org.). **Democracia, direito e política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito, 2006. p. 253.

¹² Julio Pinheiro Faro esclarece que “ao se dizer que ‘os direitos têm aplicação imediata’, o sentido adotado não é de que eles produzem efeitos imediatos, e sim que eles têm a capacidade de produzir” (Cf. SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Deveres como condição para a concretização de direitos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 79. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2012. p. 173). A respeito do assunto vide: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.235-241.

¹³ De acordo com Paulo Bonavides, importante doutrinador sobre o tema, os direitos fundamentais são divididos em quatro gerações. Os direitos de primeira “geração”, desenvolvidos no séc. XVIII, são os direitos civis e políticos, referentes à liberdade, tendo por titular o indivíduo. Possuem *status* negativo, com separação entre sociedade e Estado, e “traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. Já os de segunda “geração”, desenvolvidos no século XX, “são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”. Os de terceira “geração”, de fim do século XX, envolvem a fraternidade, sendo direitos transindividuais, tais como o meio ambiente etc. A quarta geração é a “derradeira fase de institucionalização do Estado social”, introduzida pela globalização política, envolvendo o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo. Malheiros, 2008. p. 560-578. A respeito do assunto, vide: Fernandes, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. iBook. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 739.

material¹⁴ entre os seres humanos, exigindo prestação positiva do Estado, e não mera abstenção, como ocorria no Estado liberal.

Na qualidade de direitos de segunda dimensão, os direitos sociais têm a importância de enaltecer o axioma da igualdade em detrimento do que predominava no período do Estado Liberal, no ideário da primeira dimensão de direitos, que era a liberdade meramente formal, calcada na garantia dos direitos meramente individuais.

Assim, enquanto os direitos de primeira dimensão se referem aos direitos civis e políticos, ditos negativos, pois exigem, em regra, apenas a abstenção do Estado para a sua tutela, os direitos sociais, econômicos e culturais, ditos de segunda dimensão e ligados ao ideário da igualdade, foram adjetivados como direitos de atuação positiva, pois passaram a exigir uma postura estatal ativa. De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] corresponde a uma tradição bastante arraigada, que os direitos individuais (civis e políticos) correspondem aos direitos de cunho negativo (defensivo), com destaque para os direitos de liberdade, que teriam por destinatário o poder público, implicando, por parte deste, deveres de abstenção, de não-intervenção na esfera da autonomia individual e dos bens fundamentais tutelados. Os direitos sociais, econômicos e culturais, por sua vez, igualmente conforme tal tradição, são (reitere-se, nesta ótica convencional e hoje pelo menos em parte superada) direitos cuja satisfação depende não mais de uma abstenção, mas sim, de uma atuação positiva, de um conjunto de prestações estatais, o que não afasta uma função defensiva de tais direitos, naquilo em que representam barreiras contra a intervenção por parte do Estado e de terceiros. Aliás, consoante amplamente difundido na literatura sobre o tema, foi justamente com base nesta diferenciação que os assim chamados direitos individuais (civis e políticos) acabaram sendo convencionalmente enquadrados numa primeira dimensão de direitos humanos e fundamentais, ao passo que os direitos sociais foram, em geral, referidos a uma segunda dimensão, marcada pela estreita relação com a igualdade material (direitos a prestações compensatórias de desigualdades fáticas) [...]¹⁵.

Essa postura ativa do Estado, para fazer frente aos direitos sociais, passa a ser potencialmente exigível por “toda e qualquer pessoa, independentemente de sua nacionalidade ou de seu

¹⁴ “No âmbito de um Estado social de Direito – e o consagrado pela nossa evolução constitucional não foge à regra – os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material”. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 62.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 15, nº 1240, 12 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/artigos/305-artigos-mai-2015/7129-a-titularidade-simultaneamente-individual-e-transindividual-dos-direitos-sociais-analisada-a-luz-do-exemplo-do-direito-a-protecao-e-promocao-da-saude-1>>. Acesso em: 25 jan. 2016, p. 4.

vínculo de maior ou menor permanência com o Brasil”¹⁶. Todos aqueles que necessitarem de uma prestação social serão potenciais titulares de um direito social, a depender do caso concreto, já que tal titularidade

[...] foge dos esquemas preconcebidos de subsunção normativa, em que o texto normativo é suficiente para realizar essa definição. Ao lado de sujeitos passivos de fácil determinação como a família ou os idosos, encontram-se conceitos indeterminados como assistência aos desamparados, que exigem verificação fática, em cada caso concreto, para a visualização de sua esfera de atuação¹⁷.

A verificação fática dos titulares dos direitos sociais, embora envolva a análise de conceitos indeterminados, não representa complexidade quando se tem em mente que os direitos sociais serão garantidos a quem necessitar das prestações constantes no art.6º da Constituição Federal de 1988. É este o entendimento de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins:

A questão da titularidade dos direitos sociais pode ser resolvida com relativa facilidade. O art. 6º da CF utiliza alguns termos que indicam o titular. Isso ocorre com a “assistência aos desamparados”. O titular é claro, apesar de ser difícil de estabelecer quem é “desamparado” do ponto de vista técnico-jurídico. [...] Os demais direitos do art. 6º da CF não estão acompanhados de indicações de titularidade. Devemos entender que titulares são todos aqueles que necessitam de prestações relacionadas à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança e à previdência social¹⁸.

Diante da importância dos direitos sociais, em especial da necessidade de se prestar o direito em favor do cidadão que se encontra em situação de risco social, a Constituição Federal de 1988 reconheceu que o bem-estar social é objetivo da ordem social. Neste contexto, em seus arts. 194 a 204, instituiu o sistema da seguridade social no Brasil, compreendido como “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”.

Para tanto, a seguridade social foi dividida, constitucionalmente, em três subsistemas de

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 15, nº 1240, 12 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/artigos/305-artigos-mai-2015/7129-a-titularidade-simultaneamente-individual-e-transindividual-dos-direitos-sociais-analisada-a-luz-do-exemplo-do-direito-a-protecao-e-promocao-da-saude-1>>. Acesso em: 25 jan. 2016, p. 3.

¹⁷ AGRA, Walber de Moura. Direitos Sociais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de direito constitucional**. iBook. vol. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.179.

¹⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 78-79.

direitos sociais, quais sejam, a previdência, a saúde e a assistência social, sendo o primeiro de caráter contributivo e os dois últimos de caráter não contributivo, a quem necessitar de sua prestação¹⁹.

A assistência social, subsistema não contributivo da seguridade social, compreende um conjunto de ações que tem por objetivo prover os mínimos sociais, com vistas à proteção da família, da maternidade, da infância, da adolescência e da velhice; ao amparo às crianças e adolescentes carentes; à promoção da integração ao mercado de trabalho; à habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e à promoção de sua integração à vida comunitária; à garantia de um salário mínimo mensal de benefício à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Dessa feita, a assistência social “é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas”, conforme dispõe o art.1º da Lei n.8.742/93.

Evidencia-se, desse modo, a importância da assistência social e o seu reconhecimento dentre uma gama de direitos fundamentais sociais que não podem mais ser esquecidos ou abandonados, sob pena de se incorrer em retrocesso social inaceitável, uma vez que tais direitos têm a missão de enaltecer, progressivamente, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; para a garantia de desenvolvimento nacional; para a erradicação da pobreza e da marginalização; para a redução das desigualdades sociais e regionais e para a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art.3º da CF/88).

¹⁹ Assim sendo, enquanto a previdência social exige que os segurados tenham efetuado o prévio pagamento de contribuições para serem acobertados pelos eventos e prestações descritos no art.201 da Constituição Federal, os direitos que integram subsistemas da assistência social e da saúde são disponibilizados a quem deles necessitar, sem caráter contributivo, ou seja, independentemente de terem pago contribuições sociais.

A Constituição Federal de 1988 deu passo à frente ao consagrar a assistência social como direito fundamental social²⁰, delineando o seu conteúdo, custeio, organização e objetivos, como subprograma da seguridade social. Segundo Bonavides, “o novo texto constitucional imprime uma latitude sem precedentes aos direitos sociais básicos, dotados agora de uma substancialidade nunca conhecida nas Constituições anteriores, a partir da de 1934”²¹. Trata-se do enaltecimento constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana.

1.2 A ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO REVERBERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana constitui-se em princípio que serve de base de interpretação às disposições constitucionais, sendo, pois, um dos mais estudados na esfera jurídica e filosófica internacional²². Para Israel Domingos Jorio, “qualquer apanhado histórico que se realize sobre as origens e a aparente evolução dos direitos fundamentais terá que passar pelo exame dos processos de reconhecimento e afirmação da dignidade da pessoa humana”²³.

A Constituição Brasileira de 1988, ao consagrar a dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil, atribui-lhe valor de filtro interpretativo à aplicação dos direitos fundamentais, que se justificam para assegurar a todos condições existenciais dignas. Tal princípio orienta, por exemplo, a ordem econômica (art.170), fundada que é na valorização do trabalho e na livre iniciativa, bem como o planejamento familiar, como livre decisão do casal (art.226, §7º).

²⁰ “Hoje, é inquestionável a pertença dos direitos sociais como espécie de direitos fundamentais”. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. iBook. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 740.

²¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo. Malheiros, 2008. p. 374.

²² TORRES, Silvia Faber. **O princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 80-81.

²³ JORIO, Israel Domingos. **Presunção e normatização do dolo e sua incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito de Vitória. Vitória, 2014. p. 230. Disponível em: <<http://www.fdv.br/mestrado/teses-defesas/defesas-aprovadas/>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

Como direito fundamental social, a assistência social tem vinculação estreita com o princípio da dignidade da pessoa humana. Por tal motivo é que, quanto à proteção dos direitos sociais pela assistência social, “a dignidade da pessoa humana, posicionada no cerne constitucional, deve condicionar a elaboração e a aplicação das políticas públicas de inclusão social”²⁴.

[...] há como sustentar que, além da íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente²⁵.

Desse modo, as políticas públicas que envolvem todo o arcabouço de proteção dos direitos sociais, e conseqüentemente da assistência social, consistem em formas de garantir a efetivação dos direitos fundamentais²⁶, assegurando a igualdade material por meio de atividades que têm por escopo os objetivos insculpidos no art.3º da Constituição Brasileira de 1988. Tais políticas públicas, portanto:

[...] constituem em programas de atuação do Poder Executivo os quais buscam definir as áreas sociais que devem ser priorizadas, planejar os objetivos a serem alcançados, analisar os instrumentos disponíveis para sua realização, bem como direcionar os recursos públicos necessários para a consecução desses objetivos²⁷.

A assistência social compreende imposição constitucional que enseja uma prestação positiva ao Estado e que, inegavelmente, tem correlação com o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art.1º, III, CF/88). Sendo, pois,

²⁴ AJOUZ, Igor. **O direito fundamental à assistência social e a distribuição de deveres entre o estado e a família**. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 64.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 62. Quanto à expressão “Estado Democrático e Social de Direito”, o autor leciona que “apesar da ausência de norma expressa no direito constitucional pátrio qualificando a nossa República como um Estado Social e Democrático de Direito (o art.1º, *caput*, refere apenas os termos democrático e Direito), não restam dúvidas – e nisto parece existir um amplo consenso na doutrina – de que nem por isso o princípio fundamental do Estado social deixou de encontrar guarida em nossa Constituição”.

²⁶ Para Norberto Bobbio, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier: 2004. p. 16).

²⁷ MORETTI, Deborah Aline Antonucci; FLAVIO DA COSTA, Yvete. A importância do ativismo judicial na implementação dos direitos sociais não implementados pelo poder público. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais** (FDV), v. 17, p. 111-134, 2016, p. 120. Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/download/750/279>>. Acesso em: 18 mar. 2016.

direito fundamental social, a assistência social ostenta, como fator teleológico, “a reverberação do princípio da dignidade humana, pilastra insofismável para o desenvolvimento do multiculturalismo típico das sociedades pós-modernas”²⁸.

Entretanto, para a proteção integral dos direitos sociais, não é suficiente apenas a atuação prestacional do Estado, que não pode ser onipotente e abarcar, em razão dos custos econômicos, todos os direitos fundamentais sociais com previsão expressa ou implícita na Carta Constitucional. Faz-se necessário, assim, resgatar o papel da sociedade em um contexto de cidadania não apenas de direitos, mas também de deveres.

Disto decorre que não apenas o Estado deve atuar, mas que também a sociedade civil e os cidadãos que a integram têm relevantes papéis a cumprir, na busca de que todos atinjam níveis dignos de vida e desenvolvimento. Aspira-se, pelo liame axiológico da dignidade, que as políticas públicas de integração social sigam padrões executivos coesivos, porquanto todos devem contribuir efetivamente para o êxito do projeto, na condução dos rumos de suas vidas e nas relações mantidas com os seus pares. A edificação da cidadania, também atrelada à realização da dignidade humana, passa pela atribuição de responsabilidades cívicas²⁹.

Assim, do valor da dignidade da pessoa humana reverbera, para além da dimensão prestacional do Estado, o dever fundamental de cooperação mútua, em que, não somente o Estado, mas toda a sociedade, há de atuar para o funcionamento da assistência social³⁰.

1.3 A ASSISTÊNCIA SOCIAL: DA FILANTROPIA À POLÍTICA DE PROTEÇÃO SOCIAL

A compreensão da assistência social pelo senso comum admite a visão, equivocada, de reduzi-la apenas a iniciativas filantrópicas, baseadas em gestos de caridade, em geral restritas

²⁸ AGRA, Walber de Moura. Direitos Sociais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de direito constitucional**. iBook. vol. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1.187.

²⁹ AJOUZ, Igor. **O direito fundamental à assistência social, e a distribuição de deveres entre o estado e a família**. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 66.

³⁰ AJOUZ, Igor. **O direito fundamental à assistência social, e a distribuição de deveres entre o estado e a família**. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 67.

ao âmbito privado, sem que representasse uma responsabilidade social do Estado³¹. Nisso consistiam, por exemplo, as práticas sociais das Igrejas Cristãs e as atividades caritativas das Santas Casas de Misericórdia³².

Isso se deve ao fato de que, na década de 30, no Brasil, o Estado começou atuar no campo assistencial limitando-se tão somente a subsidiar práticas de benemerência, por fomento de auxílio-subvenções sociais, a exemplo da criação da Caixa de Subvenções (Decreto n. 20.351/31)³³, que

[...] sediada no Ministério da Justiça, buscava selecionar e fiscalizar entidades a serem contempladas com a transferência de recursos financeiros do governo. O auxílio era destinado a estabelecimentos de ensino técnico, aos serviços de nacionalização do ensino e a estabelecimentos de caridade como hospitais, maternidades, leprosários, creches e institutos de proteção à criança. É um marco na medida em que trouxe o exercício inédito do controle estatal direto sobre tais instituições (essas organizações seriam fiscalizadas por funcionários do Ministério).

No entanto, em que pese a assistência social tenha surgido como prática de caridade, de filantropia, sem consistir, a princípio, em responsabilidade social do próprio Estado, aos poucos foi sendo institucionalizada por ele. Nesse contexto,

[...] a Assistência Social passa a ser pensada como política de direito, não como dádiva, favor, como obrigação moral de assistir os pobres, como filantropia ou caridade, de uma prática guiada por falta de planejamento, pontual e improvisada, passa a ser definida como uma prática que exige formulação de política, determinação de objetivos, critérios, métodos e diretrizes³⁴.

Nesse sentido, a integração da assistência social na tradição constitucional brasileira inicia-se com a Constituição de 1934, que em seu art.138³⁵ previu a possibilidade de se legislar para

³¹ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. **O benefício assistencial de prestação continuada**: reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à seguridade social. São Paulo: LTr, 2009. p. 32.

³² AJOUZ, Igor. **O direito fundamental à assistência social, e a distribuição de deveres entre o estado e a família**. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 26-27.

³³ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. **O benefício assistencial de prestação continuada**: reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à seguridade social. São Paulo: LTr, 2009. p. 35.

³⁴ FONTENELE, Iolanda Carvalho. **A política de Assistência Social no Brasil**: o foco na família e a questão dos mínimos sociais. Sociedade em Debate (UCPel), 2007. v. 13. p. 156. No mesmo sentido, FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 25.

³⁵ Art 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

- a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurará coordenar;
- b) estimular a educação eugênica;

assegurar amparo aos “desvalidos”, dando-se guarida para a criação, em 1938, do Conselho Nacional do Serviço Social - CNSS (Decreto-Lei .527/38) e, em 1942, da Legião Brasileira de Assistência (LBA), que era dirigida pela primeira-dama do País.

Foi, no entanto, a Constituição Brasileira de 1988 que passou a disciplinar a assistência social como medida de efetivação de direitos sociais, e não mais como mero assistencialismo³⁶, suplantando um modelo baseado em iniciativas pulverizadas, altruístas, para inserir o Estado na obrigação de prestar a assistência social de modo racional e centralizado³⁷:

Apenas com a Constituição de 1988, a assistência social muda seu paradigma de mero instrumento de caridade/ajuda, favor (benemerência/filantropia) para obrigação legal, jungida a direito constitucional constitutivo da cidadania (direito social). Passa-se da assistência social como prática filantrópica e de benemerência para a política de proteção social, integrando o sistema de seguridade social. Justamente por integrar o sistema de seguridade social, a assistência social só terá sentido se tiver em seu objetivo a busca pelo bem-estar e pela justiça social³⁸.

A efetivação da assistência social insere-se, portanto, no contexto pós 1988, dentre as atribuições do Estado, com o dever de promover a sua universalidade de cobertura e atendimento, a quem dela necessitar, de modo a abranger a maior gama de pessoas e de riscos sociais possíveis, na medida dos recursos disponíveis pelo Estado.

Do papel de fomentador das iniciativas privadas de caridade e de filantropia, o Estado assumiu a feição de Estado providência, de modo a promover o bem-estar de seus cidadãos, o

-
- c) amparar a maternidade e a infância;
 - d) socorrer as famílias de prole numerosa;
 - e) proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual;
 - f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis;
 - g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais.

³⁶ De acordo com o Carlos Gustavo Moimaz Marques, “com a Constituição de 1988, a assistência social ganha relevância na medida em que perde a simples conotação de instrumento de caridade, constituindo-se medida de efetivação dos direitos sociais. Muda-se o paradigma, passando-se do mero assistencialismo para a assistência social como direito. Rompe-se a tradicional condição da assistência social do campo do dever moral de ajuda (relegada ao espírito bondoso das primeiras damas), tornando-se obrigação legal” (MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. **O benefício assistencial de prestação continuada**: reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à seguridade social. São Paulo: LTr, 2009. p. 33-35).

³⁷ AJOUZ, Igor. **O direito fundamental à assistência social, e a distribuição de deveres entre o estado e a família**. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 37.

³⁸ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. **O benefício assistencial de prestação continuada**: reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à seguridade social. São Paulo: LTr, 2009. p. 131.

que demanda a existência de recursos financeiros nem sempre disponíveis.

Os governos, quanto à implementação das políticas públicas sociais, passaram a se debruçar sobre o enfrentamento de uma crise de legitimidade e de realização, necessitando redefinir os parâmetros, as condições e os meios desta proteção, ante a preocupação pelo “aumento dificilmente controlável dos custos destes sistemas”³⁹.

Imprescindível repensar, portanto, a política de proteção social, em especial no tocante às responsabilidades dos atores sociais, uma vez que a assunção de obrigações sociais de forma crescente exclusivamente pelo Estado enseja repercussões significativas sobre as finanças públicas, o que põe em risco a sua própria legitimidade⁴⁰.

Desse modo, “a reflexão sobre as solidariedades familiares, a entajada, os suportes sociais, o apoio relacional e comunitário, constitui hoje um componente importante dos debates sobre o futuro da proteção social e dos Estados-providência”⁴¹. A respeito da política de proteção social e o papel do Estado, Silva Faber Torres esclarece, com propriedade, que:

Deixa de ser, o Estado de hoje, o foco central da vida pública e o protagonista de um processo de modernização, ou seja, deixa de ser o elemento decisivo do crescimento econômico e da integração social de um país. A máquina estatal, em suma, se mostrou incapaz de cumprir os ideais do Estado de bem estar social, demonstrando, a cada dia, o caráter injusto, burocrático e, não raro, repressivo de diversas políticas estatais. [...] Por tudo isso, o modelo de Estado prestador de bens e serviços e garantidor da “procura existencial” dos cidadãos submete-se, hoje, a um profundo processo de revisão, cujo maior desafio é, justamente, o de alcançar-se uma alternativa entre o Estado Social e o Estado mínimo, em que se prestem, sim, serviços sociais, sem que isso implique na dominação da sociedade pelo aparato estatal e sem que o cidadão não perca sua liberdade de escolha⁴².

Assim, embora seja inexorável o reconhecimento da assistência social como direito fundamental social do cidadão, o assistencialismo estatal, por sua vez, sob a configuração do

³⁹ LESEMANN, Frédéric; MARTIN, Claude. Estado, comunidade e família face à dependência dos idosos. Ao encontro de um “Welfare-Mix”. Trad. Ana Dominguez. **Sociologia, Problemas e Práticas**, n. 17, 1995, p. 115.

⁴⁰ TORRES, Silvia Faber. **O princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 57.

⁴¹ LESEMANN, Frédéric; MARTIN, Claude. Estado, comunidade e família face à dependência dos idosos. Ao encontro de um “Welfare-Mix”. Trad. Ana Dominguez. **Sociologia, Problemas e Práticas**, n. 17, 1995, p.115.

⁴² TORRES, Silvia Faber. **O princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 57-58.

Welfare State, precisa ser revisitado para que sejam bem delimitados os papéis do Estado e da sociedade na consecução do bem comum, o que envolve, quanto aos direitos fundamentais sociais, a análise dos seus custos e a observância dos deveres fundamentais que, embora olvidados na doutrina constitucional contemporânea⁴³, devem ser coerentemente atribuídos a cada ator social.

⁴³ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 15.

2 OS CUSTOS DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

Com base na doutrina constitucional alemã, em meados do Século XX, os direitos sociais foram consagrados no mundo ocidental como prestações originárias, verdadeiros direitos fundamentais plenamente justiciáveis, independentemente da intervenção do legislador, e interpretados segundo os princípios interpretativos da máxima efetividade, concordância prática e unidade da ordem jurídica.

Nessa esteira, embora a doutrina prevalente no Brasil tenha sustentado a tese da plena efetividade dos direitos sociais, tal entendimento veio a ser arrefecido quando José Joaquim Gomes Canotilho, ao exercer grande influência sobre a doutrina brasileira, reconheceu que a realização de tais direitos se caracteriza, na verdade,

“[...] 1) pela graduação de sua realização; 2) pela dependência financeira do orçamento do Estado; 3) pela liberdade de conformação do legislador quanto às políticas de realização destes direitos; 4) pela insuscetibilidade de controle jurisdicional os programas políticos-legislativos, a não ser quando se manifestam em clara contradição com as normas constitucionais ou quando, manifestamente, apresentam dimensões pouco favoráveis”⁴⁴.

Reconhece-se, portanto, nessa seara, que os direitos sociais representam custos, valores que devem ser despendidos na medida das possibilidades econômicas do Estado, especialmente pelo fato de que, sob o ponto de vista deste, são os que mais lhes geram despesas⁴⁵.

Isso significa que a proteção e a ampliação de tais direitos sociais, levada a efeito pela Constituição Federal de 1988, acarretou, conseqüentemente, maiores custos públicos que, no

⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodología "fuzzy" y "camaleones normativos" en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. **Derechos y Libertades**: revista del Instituto Bartolomé de las Casas. ISSN: 1133-0937. III (6), p. 35-50, 1998, p. 44-45. Disponível em: <<http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1319#preview>>. Acesso em: 19 abr. 2016. No original: “(1) por la *gradualidad* de su realización; (2) por la *dependencia financiera* del presupuesto del Estado; (3) por la tendencial *libertad de conformación del legislador* en cuanto a las políticas de realización de esos derechos; (4) por la *insusceptibilidad de control jurisdiccional* de los programas político-legislativos, a no ser cuando éstos se manifiestan en clara contradicción con las normas constitucionales o cuando, manifestamente, soportan dimensiones poco razonables”.

⁴⁵ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos não Nascem em Árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. xix.

plano político, passarão a ser geridos pelo Estado com base em indispensável análise macroeconômica.

A assistência social, entendida como direito fundamental social, enseja custos públicos para a sua implantação e, sobretudo no Brasil, país com aprofundado desnível sócio-econômico de grande parcela da população, os custos são elevados e crescentes.

Em análise da Lei Orçamentária Anual de 2016⁴⁶, observa-se que o gasto previsto com o Fundo Nacional de Assistência Social engloba o montante de R\$ 48,2 bilhões, montante bastante superior, por exemplo, ao previsto na Lei Orçamentária Anual de 2010, que era de R\$ 24 bilhões⁴⁷.

De acordo com Igor Ajouz, “a implantação de programas públicos sócio-assistenciais revela que o Estado evadiu da situação de inércia que, até o marco constitucional de 1988, obstaculizava o acesso à assistência como manifestação do exercício de um direito”⁴⁸.

De acordo com o relatório preliminar da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2016 (LDO), apresentado pelo relator, deputado Ricardo Teobaldo (PTB/PE), à Comissão Mista de Orçamento da Câmara dos Deputados, noticiou-se que houve, nos últimos dez anos, um incremento de R\$ 25,2 bilhões para R\$ 70,4 bilhões no gasto real da assistência social, um significativo aumento de 179%⁴⁹.

Segundo a referida notícia, a variação decorreu, de forma preponderante, em virtude do aumento nos gastos públicos com o Programa Bolsa Família e com o benefício assistencial,

⁴⁶ BRASIL, **Lei 13.255, de 14 de janeiro de 2016**. Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2016. Brasília, DF, 2016, Vol.I, p.236. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13255.htm>. Acesso em: 24 mar. 2016.

⁴⁷ BRASIL, **Lei 12.214, de 26 de janeiro de 2010**. Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2010. Brasília, DF, 2010, Vol. I, p.214. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Lei/Anexo/ANL12214/anl12214-I.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2016.

⁴⁸ AJOUZ, Igor. **O dever fundamental à Assistência Social e a distribuição de deveres entre o Estado e a família**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 16

⁴⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cmo/noticias/ldo-2016-preve-aumento-crescente-de-gastos-com-a-assistencia-social>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

que distribuiu para 14 milhões de famílias cerca de R\$ 26,1 bilhões em dezembro de 2014, um aumento de 2,7% em relação ao ano de 2013. Entre 2004 e 2014, os gastos com a assistência social saltaram de 0,29% para 0,47% do PIB, tendo havido a dotação, em 2015, de R\$ 27,1 bilhões.

Evidencia-se, pois, que o Estado necessita gerir os valores existentes por meio de escolhas políticas, eis que tais verbas certamente serão insuficientes para o atendimento de todos os direitos sociais⁵⁰. Sob o prisma político, a opção adotada quanto à proteção de determinados direitos, por via de consequência, ensejará o sacrifício de outros. Isto significa que “seja qual for a solução (isto é, ainda que seja a melhor ou a mais justa ou a que atende ao maior número), é uma opção trágica”⁵¹.

Tal situação demonstra o quão árdua é a tarefa de implementação de políticas públicas, especialmente na área social, pois envolve a atuação dos Poderes Públicos na proteção de direitos essenciais cuja finalidade é proporcionar ao cidadão uma vida digna.

Dentre os poderes estatais, são os Poderes Legislativo e Executivo quem detêm, *a priori*, a competência técnica para a implementação de políticas públicas visando a proteção dos direitos sociais. O Legislativo elege, normativamente, as prioridades para a realização dos gastos públicos, após uma análise da disponibilidade orçamentária, cabendo ao Executivo atuar de acordo com os parâmetros definidos pelas regras e princípios estabelecidos.

Ao Poder Judiciário, por sua vez, justifica-se atuar para implementar direitos sociais quando se denotar a ineficácia ou a omissão na sua proteção pelos demais Poderes, ou seja, na hipótese de inexistência ou de insatisfatório desenvolvimento de políticas públicas, de modo a vulnerar direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. Assim, entende-se

⁵⁰ De acordo com a notícia extraída do sítio eletrônico da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização – CMO, da Câmara dos Deputados, a análise do relatório preliminar da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2016 (LDO) indica que nos últimos dez anos houve um acréscimo em torno de 179% no gasto real na função assistência social, saltando de R\$ 25,2 bilhões para R\$ 70,4 bilhões, variação esta inferior apenas às registradas nos gastos com educação (264%) e na função trabalho (253%). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cmo/noticias/ldo-2016-preve-aumento-crescente-de-gastos-com-a-assistencia-social>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

⁵¹ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos não Nascem em Árvores. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 159.

possível a intervenção do Poder Judiciário visando a assegurar o atendimento aos comandos constitucionais.

Nesse ponto de vista, os Poderes Legislativo e Executivo serão os primeiros destinatários do dever de promover a análise macroeconômica na implementação de políticas de proteção social, com vistas a gerir os valores existentes por meio de escolhas políticas, ante o caráter finito do orçamento público. A intervenção do Judiciário, por sua vez, que se justifica em situações excepcionais, não pode se eximir da mesma reflexão econômica, sob pena de intervir incondicionalmente nos gastos públicos⁵².

Nesse sentido, é o entendimento de Flávio Galdino, para quem, no plano jurídico, a análise dos custos dos direitos, em visão macroeconômica, embora necessária, está praticamente esquecida.

[...] pode-se dizer que a análise macroeconômica destina-se mesmo a orientar a gestão da coisa pública. Já não se pode dizer o mesmo acerca das escolhas no plano puramente jurídico. De acordo com a racionalidade jurídica dominante, fala-se em colisões entre normas. Em regra, as soluções para as colisões oferecidas pelas cortes judiciais – com amparo na doutrina jurídica “vigente ou tradicional” – ignora por quase completo qualquer análise econômica. Na verdade, de modo geral, sequer são cogitados os efeitos econômicos das decisões judiciais. De fato, sem medo de incorrer em rigor excessivo, é possível afirmar que a análise jurídica ignora quase completamente as variáveis econômicas envolvidas nas questões que lhe são postas para solução⁵³.

Assim, em contexto em que “os recursos são escassos, e as necessidades, infinitas”⁵⁴, de crise do Estado Social providencialista, é imprescindível a análise a respeito dos custos dos direitos sociais quando de sua proteção, bem como uma redefinição dos papéis dos atores sociais, sob o enfoque dos deveres fundamentais sociais de cada um na construção de uma sociedade solidária.

⁵² HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos**: Por qué la libertad depende de los impuestos. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 116-117.

⁵³ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos não Nascem em Árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 161.

⁵⁴ SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) et. al. **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 152.

2.1 OS CUSTOS DOS DIREITOS

A atuação do Estado, de maneira ativa, na implementação das políticas sociais, envolve gastos que geralmente se configuram em empecilho para o atendimento integral dos direitos sociais, inseridos na segunda dimensão dos direitos fundamentais.

Em razão da constatação de que os direitos têm custos⁵⁵, é irrefutável a conclusão de que o orçamento público, que é limitado, pode não acompanhar a crescente demanda por direitos à assistência social⁵⁶. Daí a necessidade de se analisar a questão orçamentária para verificar a viabilidade – ou a preferência – da concessão de benefícios sociais, afinal, a Constituição Brasileira de 1988 prevê, em seu art.195, § 5º, que “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”, proibindo, assim, a inclusão de despesa sem a prévia previsão orçamentária.

A análise da viabilidade orçamentária é de extrema importância face à gama de direitos fundamentais que o Estado deve assegurar com base nos recursos financeiros limitadamente disponíveis⁵⁷. Nesse aspecto, não são somente os direitos sociais, dentre os direitos fundamentais, que demandam custos.

⁵⁵ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos**: Por qué la libertad depende de los impuestos. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.

⁵⁶ Neste aspecto, de ampliação de direitos sociais, Ricardo Lobo Torres cita algumas Emendas Constitucionais e leis ordinárias que surgiram no período a partir do Governo Fernando Henrique e início do Governo Lula, a exemplo das Emendas n.14/96 (educação pública e vinculação de receitas); n.29/2000 (vinculação de receitas da União, Estados e Municípios a ações e serviços públicos de saúde); 31/2000 (criação do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza), e das leis n.8.080/90 (Sistema Único de Saúde); n.10.219/2010 (bolsa-escola); n.10.836/2004 (bolsa-família). Cf. TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) et. al. **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 68.

⁵⁷ “[...] a temática da importância da existência de recursos públicos tem sido analisada em um segundo nível de importância pela doutrina brasileira, a qual, não raro, constrói entendimentos hermeticamente fechados ao debate acerca do custo da atuação do Estado, como se aquele pudesse originar recursos públicos pela “Casa da Moeda”. O Poder Público não gera recursos, mas sim utiliza os que consegue angariar junto à coletividade, através de sua atividade tributária, pelo que, fazendo-se uma analogia à importante passagem cristã, não pode mais o Estado ser visualizado como entidade milagrosa capaz de “multiplicar os pães”, mas sim como ente, criado pela sociedade, com a finalidade de suprir, de acordo com os recursos públicos disponibilizados pela mesma, as carências mais prioritárias desta” (MORAIS, Dalton Santos. A evolução da hermenêutica jurídica brasileira para a consideração dos custos da atuação estatal. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**. v. 76. p. 26-51. Belo Horizonte: 2008).

Fala-se isso porque a doutrina constitucional tem-se valido de uma dicotomia entre direito de liberdades (ditos de primeira dimensão ou geração) e direitos sociais (ditos de segunda geração ou dimensão), para justificar a existência ou não de dispêndios financeiros pelo Estado. Explica-se.

Quanto aos direitos de liberdade, é comum a doutrina abordá-los como direitos negativos – ou de defesa – que demandariam uma mera abstenção (um “não agir”) do Estado e que, portanto, não ensejariam gastos financeiros para protegê-los.

Por outro lado, os direitos sociais, adjetivados de positivos, exigiriam sempre uma ação estatal, visando ao fornecimento de prestações, a exemplo dos benefícios sociais, e, portanto, acarretariam custos financeiros ao Estado.

Ocorre que tal classificação, sob o enfoque dos custos dos direitos, não sobrevive a uma análise mais detida, pois além de existirem direitos sociais no sentido “negativo”, a exemplo do direito de greve ou da liberdade sindical, é possível afirmar que os direitos, sejam negativos ou positivos, acarretam custos ao Estado, fato este que não pode ser ignorado quando da implementação de políticas públicas⁵⁸.

O exemplo clássico de direito fundamental negativo é o direito à liberdade, direito de primeira dimensão, que surgiu em oposição ao Estado Absolutista, e que é garantido, a princípio, por meio da não interferência na autonomia individual. A sua proteção, no entanto, não significa a ausência de custos públicos, muito ao contrário.

A análise dos gastos com a manutenção de todo o aparato estatal, que poderá ser acionado para que seja reparada a violação do direito à liberdade de algum cidadão, comprovará que os direitos negativos também ensejam custos. Os valores despendidos pelo Estado para atuação do aparato policial, do Ministério Público e do Poder Judiciário, revelam os custos da proteção ao direito à liberdade e, inegavelmente, evidenciam, para a sua manutenção, uma prestação positiva do Estado.

⁵⁸ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos**: Por qué la libertad depende de los impuestos. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 55-69.

Os direitos negativos, assim, ao contrário do era afirmado por Norberto Bobbio⁵⁹, necessitam de uma “intervenção ativa do Estado” e isso acarreta custos. Não por outra razão é que Andreas Joachim Krell afirma que “os Direitos Fundamentais clássicos estão cada vez mais fortemente dependentes da prestação de determinados serviços públicos, sem os quais o indivíduo sofre sérias ameaças de sua liberdade”⁶⁰.

Com base em tal raciocínio, Cass R. Sunstein e Stephen Holmes afirmam que não se pode presumir que a ausência de interferência das autoridades públicas significa a inexistência de gastos públicos⁶¹. Os autores, portanto, defendem que todos os direitos fundamentais exigem a proteção do Estado (mesmo os denominados direitos negativos ou de defesa) e, nesse sentido, todos são positivos, à medida que geram custos a serem suportados pelo erário.

Parte da doutrina opta por classificar os direitos sociais em direitos negativos, de defesa, e direitos positivos, de atuação, mesmo sabendo que eles possuem uma taxionomia bastante diversificada, sem a existência de parâmetros genéricos para classificá-los de maneira uniforme. São denominados prerrogativas de defesa aqueles que são concretizados com uma abstenção na atuação do Estado, em que o *non fecere* estatal é a premissa básica para sua realização. Os intitulados de prerrogativas positivas são aqueles que exigem uma atuação estatal para sua implementação, não bastando uma simples omissão do Estado para sua eficácia. Exemplo da primeira classificação pode ser mencionada a proibição de jornada superior a quarenta e quatro horas semanais ou a garantia à liberdade de cátedra; exemplo da segunda pode ser citado o direito à moradia ou à educação, que exigem atividades governamentais para que a população possa utilizar tais serviços. Não obstante a classificação anteriormente exposta, a dicotomia entre negativos e positivos se encontra um pouco arrefecida, pois todos eles apresentam um custo, que varia de acordo com dados conjunturais, precisando de regulamentação e demandando atividades efetivas para sua concretização⁶².

⁵⁹ “[...] a proteção destes últimos [direitos sociais] requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade [...]”. Cf. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier: 2004. p. 35.

⁶⁰ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 47.

⁶¹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos**. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 55-69.

⁶² AGRA, Walber de Moura. **Direitos Sociais**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de direito constitucional**. vol. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1.188.

Nessa seara, é inegável que os direitos sociais, como direitos fundamentais que são, dependem, para a sua efetivação, de recursos públicos auferidos, dentre outros meios, pela arrecadação dos tributos pagos pela coletividade⁶³.

Portanto, a proteção estatal dos direitos sociais invariavelmente necessita ocorrer conforme a disponibilidade financeira, por meio de escolhas políticas que estabelecem as prioridades quanto aos direitos sociais a serem concretizados.

Assim, a imposição de direitos sociais sem se levar em conta fatores metajurídicos, principalmente as condições econômicas – que não devem ser confundidas com a reserva do possível orçamentária –, redundam em um fracasso para o sistema constitucional porque essas normas ficarão destituídas de eficácia⁶⁴.

Parafraseando Daniel Wei Liang Wang, pode-se afirmar que, embora os direitos sociais não possam se converter em uma promessa constitucional inconstitucional, eles estão intrinsecamente ligados à questão financeira⁶⁵, pois os direitos sociais e questões financeiras não são conflitantes ou excludentes, aqueles dependem destas⁶⁶.

Isso não significa, porém, que a implementação dos direitos sociais será feita apenas com base em um critério orçamentário, embora a análise econômica seja imprescindível, pois

[...] com as afirmações de que os direitos são todos positivos, têm custos e que o Estado não é capaz de concretizar plenamente os direitos pela escassez de recursos, não se pretende reduzir o Direito à Economia. De fato, a constatação de que os

⁶³ A Constituição brasileira estipula no art.194 que a seguridade social (o que engloba a assistência social) “compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade”. Entretanto, a participação da sociedade no âmbito assistencial não pode ficar restrita ao financiamento da seguridade social por meio do pagamento das contribuições sociais descritas no art.195. Essa obrigação dos contribuintes quanto ao pagamento das contribuições sociais, bem como a análise do papel da sociedade no campo assistencial serão abordados nos capítulos que seguem, sob o enfoque dos deveres fundamentais e do princípio da subsidiariedade.

⁶⁴ AGRA, Walber de Moura. Direitos Sociais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de direito constitucional**. vol. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1.179.

⁶⁵ “Nesse quadro de escassez, não há como realizar, *hic et nunc*, todos os direitos sociais em seu grau máximo. [...] Portanto, não é (só) por falta de vontade política que o grau de atendimento aos direitos sociais no Brasil é muito inferior ao de uma país como a Suécia” (SARMENTO, Daniel. A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 555).

⁶⁶ WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Rev. direito GV** [online]. 2008, vol.4, n.2, p. 539-568. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322008000200009>>. Acesso: 02 mar. 2016.

direitos têm custos e em decorrência disto nem todos os direitos podem ser concretizados não é uma forma de subordinar o ordenamento jurídico e as decisões judiciais a uma racionalidade exclusivamente econômica. O objetivo almejado é um intercâmbio ou um acoplamento estrutural entre as racionalidades jurídica e econômica, sem negar a autonomia de cada área do conhecimento, para uma compreensão melhor do fenômeno jurídico e para decisões políticas e jurídicas mais adequadas à realidade⁶⁷.

Essa conjectura denota que o Estado deve atentar, sob a ótica dos custos dos direitos, para o princípio da eficiência na concretização dos direitos sociais, sem olvidar, no entanto, que a mera alegação de ausência de recursos, sem demonstração no plano fático, não pode ser utilizada como pretexto a sua não atuação.

Portanto, a atuação estatal, e nisto reside a ação de todos os Poderes estatais, deve ser norteada também pelos custos dos direitos, a fim de que a proteção dos direitos sociais tenha maior eficiência.

2.2 A RESERVA DO POSSÍVEL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA

Ao se considerar que prestação estatal dos direitos fundamentais sociais deve se coadunar com a visão macroeconômica a respeito das fontes de custeio, é possível que, em certo momento, o Estado verifique a impossibilidade de implementação de determinado direito social por questões orçamentárias.

A essa limitação financeira, possivelmente alegada pelo Estado prestacional para esquivar-se do atendimento de direitos, inclusive os sociais, dá-se o nome de reserva do possível⁶⁸ que, de

⁶⁷ MARCILIO, Carlos Flávio Venâncio. O Custo dos direitos e a concretização dos direitos sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 17, Vol. 66, p. 155-169, jan./mar., São Paulo: RT, 2009.

⁶⁸ SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) et. al. **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 151.

acordo com os ensinamentos de Daniel Sarmento, entende-se como “a razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes”⁶⁹.

Assim, a necessidade de disponibilidade financeira ao Estado, para atribuir eficácia aos direitos fundamentais, não somente aos direitos sociais, mas até mesmo aos direitos ditos negativos, como o direito à liberdade, revela que a análise do aspecto econômico para a implementação de políticas públicas é requisito indispensável, contexto em que se insere a teoria da reserva do possível.

Veja-se, a respeito, o entendimento de Luis Roberto Barroso, para quem

[...] a cláusula da reserva do possível não pode ser um artifício retórico, uma válvula de escape para o Estado deixar de cumprir a sua obrigação em situações em que ele evidentemente tem o dever jurídico de atuar. Agora, afastada essa incidência ilegítima da reserva do possível, ela tem um papel importante numa democracia por duas razões: primeiro, a reserva do possível traz em si o respeito a princípios orçamentários mínimos de quem decide fazer as alocações de recursos, além da lógica elementar de que "dinheiro não nasce em árvores" – para utilizar uma expressão do Cass Sunstein –, e, portanto, é preciso saber como acudir a todas essas demandas sociais que existem. Até porque – eu penso isso, e o Ministro Gilmar já manifestou essa posição – a ideia de responsabilidade fiscal é uma conquista importante da vivência brasileira, e responsabilidade fiscal não tem ideologia: não gastar mais do que se arrecada não é uma posição nem de esquerda, nem de direita; é uma posição que apenas atende à natureza das coisas. E acho que uma revolução progressista que nós faríamos no Brasil seria vivermos sob responsabilidade fiscal, porque o déficit público e as consequências que ele traz penalizam sobretudo as pessoas mais pobres, que dependem da atuação do Estado. Progressista é utilizar o superávit para fins socialmente legítimos; e não gastar o dinheiro que não se tem, gerando consequências extremamente negativas. Portanto, eu gostaria de dizer que a ideia de reserva do possível não é uma maldição que permite o Estado não cumprir direitos fundamentais; é um elemento importante de autocontenção nas matérias em que estejamos lidando com escolhas legítimas de alocação de recursos⁷⁰.

Ao discorrer a respeito da teoria da reserva do possível, Ingo Wolfgang Sarlet atribui-lhe uma tríplice dimensão, abrangendo:

⁶⁹ SARMENTO, Daniel. A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 572.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 592.581**. Sessão Plenária, 13/08/2015. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2016. O caso versou sobre o papel do Poder Judiciário na implantação de políticas públicas, reputando-se possível a determinação para que o Estado-membro fosse compelido a reformar o Albergue Estadual de Uruguaiana, que se encontrava em situação atentatória à integridade física e moral dos detentos, sem a existência de qualquer política pública visando a garantia do mínimo existencial.

[...] a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade⁷¹.

A teoria da reserva do possível, no entanto, não pode ser utilizada pelo Estado como esQUIVA para deixar de proteger as necessidades básicas dos cidadãos, abstendo-se de dar efetividade aos direitos fundamentais sociais. Isso significa que a mera alegação de ausência de disponibilidade financeira não pode servir de argumento para que o Estado deixe de implementar direitos fundamentais.

Ao Estado, é certo, cabe implementar políticas públicas, protegendo os direitos fundamentais de forma efetiva, e não apenas limitar-se a proclamá-los⁷². A alegação da teoria da reserva do possível, por sua vez, com o objetivo de esquivar-se da implementação ou da progressão da implementação de direitos fundamentais, só é possível quando comprovada, objetivamente, a inexistência de recursos orçamentários ou a impossibilidade de remanejamento de verbas para tal escopo.

Esse é o entendimento compartilhado pelo Ministro Celso de Mello quando do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.45-9/DF, julgada em 29/04/2004:

[...] a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 287.

⁷² BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier: 2004. p.22.

existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade⁷³.

Assim, sob o raciocínio de que a implementação de políticas públicas envolve opções políticas que privilegiam a proteção de determinados direitos fundamentais em detrimento de outros, a ausência de recursos públicos para atendimento integral de tais direitos deve ser cabalmente justificada no caso concreto⁷⁴, sob pena de ser tachada de ilegal e ensejar a ingerência do Poder Judiciário para deslinde da questão, o que vem sendo denominado de judicialização da política pública⁷⁵.

No entanto, o controle judicial de políticas públicas só pode ser realizado de modo excepcional, de modo que o Poder Judiciário está autorizado a intervir apenas nas situações em que há omissão ou desvio do poder público a acarretar riscos iminentes aos direitos fundamentais dos cidadãos.

O que não pode ocorrer, segundo Andreas Joachim Krell, é a negativa categórica da competência do Poder Judiciário para implementar políticas sociais em substituição ao Administrador, ao simples argumento da reserva do possível, o que significaria adotar de forma equivocada a teoria alemã, oriunda do Primeiro Mundo, com realidades culturais, históricas e socioeconômicas completamente diferentes da realidade brasileira⁷⁶, especialmente com relação à garantia do mínimo existencial. Isso sucede porque

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45 MC/DF**. Relator Ministro Celso de Mello. DJU de 4.5.2004

⁷⁴ Neste sentido, Daniel Sarmento. A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. *In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 572.

⁷⁵ Sobre o assunto, ver FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Segundo o autor, "não é tarefa simples a de precisar um conceito de políticas públicas, mas, de modo geral, a expressão pretende significar um conjunto ou uma medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito" (Ibidem, p. 21).

⁷⁶ Para Daniel Sarmento, embora Andreas Joachim Krell afirme que a recepção, no Brasil, do princípio da reserva do possível, decorra de um equivocado Direito Constitucional Comparado, tal "argumento é contraditório, já que a maior carência econômica, presente em países do Terceiro Mundo, torna ainda mais evidente a impossibilidade de realização ótima e concomitante de todos os direitos sociais. Por isso, o índice maior de pobreza não afasta a incidência da reserva do possível, mas antes acentua a sua importância". (SARMENTO, Daniel. A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. *In: SOUZA*

No Brasil, como em outros países periféricos, é justamente a questão analisar quem possui a legitimidade para definir o que seja “o possível” na área das prestações sociais básicas face à composição distorcida dos orçamentos dos diferentes entes federativos. Os problemas de exclusão social no Brasil de hoje se apresentam numa intensidade tão grande que não podem ser comparados à situação social dos países-membros da União Europeia. Pensando bem, o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de “caixas cheias” do Estado significa reduzir a sua eficácia a *zero*; a subordinação aos “condicionantes econômicos” relativiza sua universalidade, condenando-os a serem considerados “direitos de segunda categoria”. Num país com um dos piores quadros de distribuição de renda do mundo, o conceito da “redistribuição” (*Umverteilung*) de recursos ganha uma dimensão completamente diferente⁷⁷.

A análise refere-se ao julgamento proferido pela Corte Constitucional Alemã que em apreciação pioneira da teoria da reserva do possível, no emblemático caso denominado “*numerus clausus*” (BVerfGE n° 33, S.333⁷⁸), concluiu que a reserva do possível “impossibilita exigências acima de um certo limite básico social”⁷⁹.

Acionou-se a referida Corte Constitucional para apreciar e julgar demanda de estudantes que desejavam ingressar nos cursos de medicina das Universidades de Hamburgo e Munique, sem vagas disponíveis o suficiente para todos os pretendentes. Os demandantes fundamentaram sua pretensão no art.12 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, que estipula a liberdade de escolha da profissão, do local de trabalho e da aprendizagem.

No entanto, a Corte Alemã afastou a pretensão autoral, recusando “a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a *todos* os candidatos”⁸⁰, sob o fundamento de que

[...] a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado

NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 570).

⁷⁷ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 53-54.

⁷⁸ Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html>>. Acesso em: 02 mar. 2016.

⁷⁹ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 52.

⁸⁰ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 52.

dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça *jus* ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento⁸¹.

Portanto, no julgamento da Corte Alemã, o argumento da reserva do possível foi aceito não como argumento puro e simples do Estado para afastar a interferência do Poder Judiciário no controle da política pública, mas pelo fato de o Estado ter demonstrado que já atendia a um limite razoável de oferta de vagas nas universidades.

No Brasil, portanto, país com realidade social distinta da Alemanha, a justificativa da reserva do possível também pode ser oponível à intervenção do Judiciário em política pública social, mas desde que demonstrado o atendimento ao “básico social”. O que é inaceitável é a alegação da reserva do possível pura e simples, como mero argumento de defesa.

Nessa esteira, o controle judicial das políticas públicas é possível, mas como mecanismo excepcional e sob o prisma de se imprimir efeitos aos direitos fundamentais, já que, em regra, não é competência do Poder Judiciário a implementação de políticas públicas, esfera de atribuição dos Poderes Legislativo e Executivo⁸², ante o princípio da separação de poderes. Veja-se, neste aspecto, o entendimento do Ministro Celso de Mello, adotado na ADPF n.45-9/DF:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático⁸³.

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 287.

⁸² “Resta evidente que o juízo de valor político e econômico para a delimitação dos direitos sociais fica afeto aos Poderes Legislativo e Executivo. Tanto que os princípios da seletividade e da distributividade são dirigidos a eles e não ao intérprete/aplicador” (MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. **O benefício assistencial de prestação continuada**: reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à seguridade social. São Paulo: LTr, 2009. p. 133).

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45 MC/DF**. Relator Ministro Celso de Mello. DJU de 4.5.2004

Por outro giro, não se reputa razoável o argumento de que haveria direitos sociais que, por sua natureza adstrita ao padrão da vida digna, seriam direitos *absolutos*, direitos *superiores*, subjetivamente inalienáveis, cuja proteção não se pode ater a “meras” questões orçamentárias, como se o orçamento fosse uma questão menor em relação à efetivação dos direitos fundamentais⁸⁴.

O Estado necessita ser eficiente, pois do contrário haverá desperdício de recursos públicos, que devem ser maximizados quanto à sua utilização social. Esta é a razão pela qual se entende que o Direito deve dialogar com a Economia:

[...] em primeiro lugar, porque a Economia é a ciência que descreve de maneira suficientemente adequada o comportamento dos seres humanos em interação no mercado, que é tão importante para a vida real em sociedade. Em segundo lugar, porque a Economia é uma ciência comportamental que atingiu respeitável e considerável padrão científico, sendo hoje uma das grandes estrelas dentre as ciências sociais aplicadas pelo grau de comprovação matemático e econométrico dos seus modelos. Em terceiro lugar, a Ciência Econômica preocupa-se com a eficiência no manejo dos recursos sociais escassos para atender ilimitadas necessidades humanas – que é um problema-chave quando se falam de direitos sociais ou mais genericamente fundamentais⁸⁵.

Isso não quer dizer, utilizando-se dos ensinamentos de Gustavo Amaral e Danielle Melo, que “a partir de um patamar monetário o direito mude, mas que necessidades e possibilidades devem ser ponderadas e que essa ponderação deve ocorrer preferencialmente no campo do controle das escolhas públicas, na atividade orçamentária”⁸⁶.

A teoria da reserva do possível, portanto, já não é aceita quando usada pelo Estado como justificativa exclusiva e categórica para se omitir na efetivação de um direito. Consequentemente, essa omissão poderá resultar na atuação do Poder Judiciário, que adotará

⁸⁴ AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti(Org.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 79

⁸⁵ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) et. al. **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 53.

⁸⁶ AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti(Org.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 98.

uma postura ativa visando à concretização de direitos que não foram implementados pelos Poderes Legislativo e Executivo, embora estes detenham a concorrência prioritária à execução das políticas públicas⁸⁷.

É importante ressaltar, no entanto, que, embora não se apresentem maiores controvérsias acerca da necessidade de atuação do Poder Judiciário, ainda que de modo excepcional, para sanar a omissão dos Poderes Legislativo e Executivo na consecução do direito social, a satisfação deste direito àquele que se socorreu da demanda judicial está longe de resolver a falta da política pública, que deve ser implementada de forma igualitária, e não apenas em favor do autor da demanda, pois esta situação de aparente privilégio deste indivíduo, em detrimento do todo, subverte a finalidade dos direitos sociais e o princípio da igualdade⁸⁸.

Assim, é de se lembrar por todos os Poderes Públicos, dentre estes também o Poder Judiciário quando do exercício do controle judicial dos outros Poderes, que, por ocasião da implementação de políticas públicas, devem considerar, seriamente, que os recursos públicos são escassos e que possuem a difícil missão de equilibrar a fonte de custeio com a necessidade de proteger os direitos fundamentais sociais de forma justa e igualitária entre todos os beneficiários desses direitos.

2.3 A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

O mínimo existencial constitui-se em núcleo fundamental de direitos sociais, de reconhecida estatura constitucional, que os indivíduos necessitam para que lhes sejam atendidas as suas necessidades básicas, visando ao desenvolvimento físico e psíquico, garantindo-se, assim, a

⁸⁷ MORETTI, Deborah Aline Antonucci; FLAVIO DA COSTA, Yvete. A importância do ativismo judicial na implementação dos direitos sociais não implementados pelo poder público. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais** (FDV), v. 17, p. 111-134, 2016, p. 128. Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/download/750/279>>. Acesso em: 18 mar. 2016.

⁸⁸ LUNA, Ana Claudia Vergamini. **Direitos sociais**: controle jurisdicional de políticas públicas, limites e possibilidades. 2012. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 91-92. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-05082013-162741/pt-br.php>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

dignidade humana, que é subjacente aos direitos sociais materialmente fundamentais⁸⁹.

A teoria do mínimo existencial foi instituída, no Brasil, por Ricardo Lobo Torres⁹⁰, como sendo o “direito às condições mínimas de existência humana digna”, que demanda uma prestação estatal positiva. Segundo o referido autor,

O problema do mínimo existencial confunde-se com a própria questão da pobreza. Aqui também há que se distinguir entre a pobreza absoluta, que deve ser obrigatoriamente combatida pelo Estado, e a pobreza relativa, ligada a causas de produção econômica ou de redistribuição de bens, que será minorada de acordo com as possibilidades sociais e orçamentárias⁹¹.

Ao Estado, portanto, cumpre o papel de assegurar a dignidade humana, por meio da garantia de um mínimo de proteção à pessoa que se encontra em situação de vulnerabilidade. Embora seja de difícil conceituação, sobre o que se entende por mínimo existencial⁹², consente-se que tal critério deverá ser analisado caso a caso, de acordo com a situação concreta e o direito social cuja proteção se vislumbra.

Em relação ao mínimo assistencial e sua aplicação à assistência social, Marcelo Tavares afirma que:

Em relação ao direito à assistência social, os direitos humanos manifestam-se através do conceito de mínimo existencial - ou mínimo social - e envolvem o conjunto de ações do Estado destinadas a garantir a dignidade da pessoa humana a partir dos valores da liberdade, da igualdade de chances e da solidariedade gerenciada. O conteúdo do mínimo existencial resguarda a natureza de direitos humanos das prestações assistenciais positivas do Estado caráter preexistente,

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

⁹⁰ Cf. SARMENTO, Daniel. A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 577.

⁹¹ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, n.177:29-48, 1989. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113/44271>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

⁹² Andreas Joachim Krell afirma que “a teoria do ‘mínimo existencial’, que tem a função de atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público em casos de diminuição da prestação dos serviços sociais básicos que garantem a sua existência digna, até hoje foi pouco discutida na doutrina constitucional brasileira e ainda não foi adotada com as suas consequências na jurisprudência do país” (KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 62).

inalienável e universal, e é devido a todos os homens que se encontrem em situação de necessidade⁹³.

Diante da escassez de recursos, o Estado deve efetuar escolhas a respeito dos direitos a serem protegidos, dando-se prioridade às situações nas quais é possível vislumbrar um menor nível de dignidade da pessoa humana. Reputa-se, portanto, correto o entendimento de Daniel Sarmiento quando afirma que o fundamento normativo do mínimo existencial deve ser localizado no princípio da dignidade da pessoa humana, “uma vez que tal princípio apela tanto à liberdade material, como à democracia e ao atendimento de necessidades básicas das pessoas”⁹⁴.

Trata-se de situação que enseja uma criteriosa análise quando se pensa em implementação de políticas públicas, afinal, é impossível ao Estado atender todos os pleitos sociais, o que significa que a escolha de uma determinada esfera de proteção significará uma “escolha trágica”⁹⁵, pois deixará, em alguma medida, alguns direitos desprovidos de proteção.

A impossibilidade de atendimento de forma plena aos pleitos sociais decorre, também, do fato de que é impossível delimitar com precisão quais são os anseios de proteção pretendidos pelos governados. Ao Estado caberá a proteção do que se demonstra razoável, e não do que os cidadãos entendem como dever estatal, dado o subjetivismo que isso implica.

Conforme entendimento de Julio Pinheiro Faro,

O mínimo *existencial* constitui-se no bloco de oportunidade mínimas devidas a todo e qualquer ser humano, para o seu adequado desenvolvimento e para que possa ter uma vida minimamente digna. [...] Entretanto, não é obrigação estatal concretizar as preferências dos indivíduos, ou, por outra, o Estado não tem o dever de utilizar recursos para realizar aquilo que as pessoas *preferem*⁹⁶ (grifos no original).

⁹³ TAVARES, Marcelo Leonardo. Assistência Social. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1138.

⁹⁴ Cf. SARMENTO, Daniel. A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 576.

⁹⁵ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos não Nascem em Árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 159.

⁹⁶ SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Deveres como condição para a concretização de direitos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 79. p. 167-209. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2012.

A proteção dos direitos sociais, portanto, não é alcançada a contento, seja em razão da enorme variedade de direitos não alcançáveis pelos braços econômicos do Estado, seja porque, em uma “Era de Direitos”, é difícil abarcar todas as vontades dos seres humanos. A este respeito, Norberto Bobbio ensina que,

Nem tudo o que é desejável e merecedor de ser perseguido é realizável. Para a realização dos direitos do homem, são frequentemente necessárias condições objetivas que não dependem da boa vontade dos que os proclamam, nem das boas disposições dos que possuem os meios para protegê-los. Mesmo o mais liberal dos Estados se encontra na necessidade de suspender alguns direitos de liberdade em tempos de guerra; do mesmo modo, o mais socialista dos Estados não terá condições de garantir o direito a uma retribuição justa em épocas de carestia. Sabe-se que o tremendo problema diante do qual estão hoje os países em desenvolvimento é o de se encontrarem em condições econômicas que, apesar dos programas ideais, não permitem desenvolver a proteção da maioria dos direitos sociais⁹⁷.

Portanto, ao Estado, especialmente por intermédio dos Poderes Legislativo e Executivo, cabe estipular as políticas públicas visando especialmente ao atingimento dos objetivos da República Federativa do Brasil, previstos no art.3º da Constituição Federal. Ora, são os referidos Poderes que detêm, em regra, por sua vocação constitucional, os conhecimentos técnicos necessários para alocar os recursos públicos de acordo com as prioridades necessárias ao atingimento do bem comum, especialmente quando se busca assegurar o mínimo existencial à maior gama de cidadãos possível, atendendo, dentre outros, ao princípio da eficiência (art.37 e art.74, II, da CF/88).

O Poder Judiciário, de modo excepcional, atua quando se verifica a omissão dos demais Poderes na proteção de determinados direitos fundamentais sociais, e não detém legitimidade para se insurgir face às escolhas administrativas visando à proteção de direitos, quando estas se apresentarem razoáveis.

Por ausência de vocação técnica, o Poder Judiciário, ao promover a tutela dos direitos fundamentais, pode acabar por se intrometer, por vezes até de maneira inconveniente, na implementação das políticas públicas pelos demais Poderes, ferindo-se a separação destes e interferindo nos gastos públicos, especialmente quando não há omissão do Poder Público em assegurar o mínimo existencial, hipótese em que não se justificaria a postura judicial ativa,

⁹⁷ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier: 2004. p. 25.

salvo de modo bastante peculiar, quando constatada a necessidade de ampliação do âmbito de proteção de determinado direito fundamental social já não atendido de maneira satisfatória⁹⁸.

Reputa-se aqui, inclusive, que até mesmo o direito ao mínimo existencial não é absoluto, pois se sujeita ao princípio da reserva do possível, ou seja, não se crê que o mínimo existencial possa ser assegurado incondicionalmente, isto é, sem que se leve em consideração os custos quanto à universalização das prestações pleiteadas e as escolhas (ainda que trágicas) a respeito de direitos fundamentais. Não obstante, vale o alerta de Daniel Sarmento, para quem

[...] quanto mais indispensável se afigurar uma determinada prestação estatal para a garantia da vida digna do jurisdicionado, maior deve ser o ônus argumentativo imposto ao Estado para superar o direito *prima facie* garantido. Será praticamente impossível, por exemplo, justificar a não extensão do saneamento básico para uma determinada comunidade carente, quando o Poder Público estiver gastando maciçamente com publicidade ou obras faraônicas. Em outras palavras, a inserção de determinada prestação no âmbito do mínimo existencial tende a desequilibrar a ponderação de interesses para favorecer a concessão de direito vindicado. Mas não existe um direito definitivo à garantia do mínimo existencial, imune a ponderações e à reserva do possível⁹⁹.

Assim, o mínimo assistencial, em análise correlata à reserva do possível e aos custos dos direitos, deve ser objeto de atenção na implementação de políticas públicas, pelo Executivo, pelo Legislativo, e também pelo Poder Judiciário, quando atuar positivamente, na falta ou na insuficiente proteção de direitos sociais.

⁹⁸ Tendo em vista o caráter universal dos direitos sociais, de modo que seja assegurado o mínimo existencial a todos que se encontrem na mesma situação fática, Luciano Benetti Tim chama a atenção para o fato de que “[...] a análise econômica do Direito, além de recomendar que as políticas públicas governamentais tendem a ser mais eficientes do que aquelas concedidas casuisticamente pelo Poder Judiciário, ela também aponta para o caminho das ações coletivas, se eventualmente o objetivo for a garantia de direitos sociais via atuação da magistratura em situações excepcionais de correção do processo democrático [...]. Isto porque esta é a ação apropriada para a defesa de direitos coletivos e transindividuais, como devem prioritariamente ser entendidos os direitos sociais, onde justamente os direitos não deve ser apropriados por um indivíduo em prejuízo de toda a sociedade [...]”. Cf. TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) et. al. **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 61.

⁹⁹ Cf. SARMENTO, Daniel. A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 578-579. Entendimento oposto é adotado por Ingo Wolfgang Sarlet, para quem o argumento orçamentário não pode ser alegado quando se trata de mínimo existencial, sob “pena de esvaziamento completo da eficácia dos direitos sociais” (SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: Centro de Atualização Jurídica (CAJ), v. 1, n. 1, 2001, p. 36. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2016).

Para Ana Cláudia Vergamini Luna, no entanto, parece ser impróprio, ao Poder Judiciário, invocar o mínimo existencial visando analisar uma política pública já existente. Segundo a autora, o posicionamento do Judiciário

[...] não tem se limitado a assegurar o mínimo existencial, mesmo que indefinido seu conceito, pois são várias as hipóteses em que são concedidos direitos sociais que vão além do mínimo relacionado à existência digna, e mais, ainda vão além do que é assegurado a todos os usuários do serviço público existente [...]¹⁰⁰.

Se os direitos não nascem em árvores, é necessário que, não somente os Poderes Executivo e Legislativo, mas também o Poder Judiciário atentem para os custos dos direitos ao tutelarem os direitos fundamentais.

Nessa esteira, também se faz necessário atentar para a esfera de responsabilidade de todos os atores sociais na consecução dos direitos fundamentais, para além do poder público, efetuando-se análise do papel de cada um e sua ordem de prioridade, quando da proteção de um direito fundamental.

Deve-se, então, romper com o paradigma da concepção que almeja um Estado paternalista, impossível de subsistir nos dias atuais, face à constatação de que não se pode contar com o poder público como o único provedor dos direitos fundamentais sociais, voltando-se o olhar para a construção de um raciocínio em que a atuação estatal deve ocorrer de forma compartilhada, inclusive subsidiária, redefinindo-se, sob o enfoque deste trabalho, os papéis assistenciais da família, da sociedade e do Estado.

2.4 O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE ESTATAL NA ASSISTÊNCIA SOCIAL

Nos termos do que preceitua a Constituição Federal, a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinadas a

¹⁰⁰ LUNA, Ana Claudia Vergamini. **Direitos sociais**: controle jurisdicional de políticas públicas, limites e possibilidades. 2012. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 80. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-05082013-162741/pt-br.php>>. Acesso em 21 mar. 2016.

assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, e será financiada por toda a sociedade.

Em relação à assistência social, a Constituição Federal Brasileira dispõe que ela será prestada pelo Estado a quem dela necessitar, o que dá os primeiros contornos do princípio da subsidiariedade a ser estudado neste campo, referindo-se às relações entre o Estado e os corpos intermediários, de modo a fundamentar o papel subsidiário do Estado face à sociedade, em reavaliação da configuração Estado de Bem-Estar Social ou Providencial.

Revela-se, nesse sentido, a necessidade de se reconhecer o momento adequado para a intervenção estatal, por exemplo, na proteção das pessoas com deficiência e dos idosos ou dos demais destinatários dos direitos insertos no art.203 da CF/88. Sob este prisma, é de se perguntar se existem atores sociais cuja análise das suas responsabilidades (deveres) deve ser precedida à análise da intervenção do Estado na prestação do direito. É neste contexto que se insere o princípio da subsidiariedade, que, segundo Luis Sanches Agesta, procura analisar como se deve conceber a relação entre o Estado e os grupos que o compreendem¹⁰¹.

O princípio da subsidiariedade é subdividido, segundo a doutrina, em vertical e horizontal, sendo a primeira divisão correlata ao diálogo entre os Municípios, Estados-membros e a União, incluindo as respectivas relações no plano internacional. A subsidiariedade horizontal, por sua vez, refere-se à relação entre Estado, iniciativa privada e pessoas¹⁰², embora seja importante esclarecer que

[...] para o equilíbrio da boa governança, a subsidiariedade vertical não pode existir sem a horizontal, que deverá favorecer o relacionamento entre o Estado, a iniciativa privada e a pessoa. O princípio da subsidiariedade não pode ser reduzido apenas a aspectos do federalismo, como a descentralização e autonomia dos entes públicos. É necessário criar políticas de participação da iniciativa privada e da sociedade¹⁰³.

¹⁰¹ AGESTA, Luiz Sanchez. El principio de funcion subsidiaria. **Revista de Estudos Políticos**, n.121, 1962, p. 5-22.

¹⁰² Há também quem o divida em “subsidiariedade estatal” e “subsidiariedade institucional”. A primeira “compreende a relação entre Estado, os grupos intermédios e o indivíduo”. A segunda “identifica a repartição de competências entre os diversos órgãos, entidades e instituições que integram o Estado”. Cf. SAMPAIO, Gustavo José Marrone de Castro. **O princípio da subsidiariedade como critério de delimitação de competências na regulação bancária**. São Paulo, 2011. p. 118. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

¹⁰³ CAVALCANTI, Thais Novaes. O princípio da subsidiariedade e a dignidade da pessoa: bases para um novo federalismo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol.67, p. 258-277, abr.-jun./2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 263.

Os contornos conceituais do princípio da função subsidiária, ou da subsidiariedade estatal, são tangenciados pelo princípio da dignidade da pessoa humana¹⁰⁴, pois ambos condicionam que o ser humano “tem o direito de desenvolver-se segundo a sua própria natureza e a responsabilidade moral primária na realização de seus encargos vitais”¹⁰⁵.

[...] a articulação das medidas assistenciais a cargo do Estado, no ambiente da subsidiariedade, deve procurar o meio-caminho entre a proteção ao indivíduo exposto a risco inescapável e a recusa à perpetuação da dependência em relação aos recursos públicos oferecidos, ou seja, o delicado equilíbrio entre o respeito à dignidade humana e o estímulo à iniciativa individual e das redes primárias de proteção e desenvolvimento humano¹⁰⁶.

Em outras palavras, isso significa que o princípio da subsidiariedade incorpora um modelo em que a responsabilidade pelo provimento material das pessoas que não possuem o condão de fazê-lo por si compete primeiramente à família, cabendo à seguridade social como um todo apenas uma função residual, subsidiária¹⁰⁷.

O surgimento do princípio da subsidiariedade como teoria autônoma deu-se, segundo a doutrina, no Direito Canônico, com as Cartas Encíclicas, especialmente a *Immortale Dei*¹⁰⁸, de 1885, e *Rerum Novarum*¹⁰⁹, de 1891, do Papa Leão XIII, em que o assunto foi

¹⁰⁴ Thais Novaes Cavalcante, neste aspecto, afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana “é a base principal do conceito do princípio de subsidiariedade, que quando considerado pelo Estado e estabelecido em sua Constituição, estabelece novas bases para o crescimento econômico e a estabilidade social [sic]”. Cf. CAVALCANTI, Thais Novaes. O princípio da subsidiariedade e a dignidade da pessoa: bases para um novo federalismo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol.67, p. 258-277, abr.-jun./2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 271.

¹⁰⁵ TORRES, Silvia Faber. **O princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 73-92. A autora insere a dignidade da pessoa humana como princípio fundante do princípio da subsidiariedade, ao lado do “bem comum”, do “pluralismo social” e da “solidariedade”

¹⁰⁶ AJOUZ, Igor. **O direito fundamental à assistência social, e a distribuição de deveres entre o estado e a família**. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 96.

¹⁰⁷ Neste sentido: SILVA, Denis Franco. Da fraternidade à solidariedade: políticas públicas de seguridade social e deveres familiares de assistência diante de um novo paradigma constitucional. **Revista Trimestral de Direito Civil**. vol. 24, p.173-182, 2005, p. 177-178.

¹⁰⁸ PAPA LEÃO XIII. **Encíclica Immortale Dei**. 1 de Novembro de 1885. Disponível em: <https://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_01111885_immortale-dei.html>. Acesso em: 11 abr. 2016.

¹⁰⁹ PAPA LEÃO XIII. **Encíclica Rerum Novarum**. 15 de Maio de 1891. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em: 11 abr. 2016.

superficialmente tratado, bem como a Encíclica *Quadragesimo Anno*¹¹⁰, de 1931, do Papa Pio XI, na qual houve anúncio expresso de tal teoria, conforme se vê no trecho transcrito abaixo:

Verdade é, e a história o demonstra abundantemente, que, devido à mudança de condições, só as grandes sociedades podem hoje levar a efeito o que antes podiam até mesmo as pequenas; permanece contudo imutável aquele solene princípio da filosofia social : assim como é injusto subtrair aos indivíduos o que eles podem efectuar com a própria iniciativa e indústria, para o confiar à colectividade, do mesmo modo passar para uma sociedade maior e mais elevada o que sociedades menores e inferiores podiam conseguir, é uma injustiça, um grave dano e perturbação da boa ordem social. O fim natural da sociedade e da sua acção é coadjuvar os seus membros, não destruí-los nem absorvê-los.

Nesse contexto, a referida encíclica passou a recomendar uma reforma no tocante ao modelo de atuação do Estado na esfera social. Isso teria ocorrido porque “a hipertrofia do Estado, vergando-o ao peso de excessivos encargos, teria apagado uma concepção de sociedade que prima pela ação solidária de seus membros, absorvendo-a”¹¹¹.

A respeito da hipertrofia do Estado intervencionista, especialmente diante do crescimento da oferta, à sociedade, de bens e serviços estatais, Silvia Faber Torres ensina que tal situação

[...] acabou por gerar um espetacular aumento do gasto público, que afinal depauperou-o. Com isso, colocou-se em xeque o desenvolvimento sem precedentes da dimensão centralizadora e intervencionista do Estado, que tem hoje o seu ciclo encerrado, ensejando, então, a modificação e o reexame de determinados aspectos daquele poder. Com efeito, a debilidade econômica do setor público e a sua notória incapacidade de satisfazer as demandas sociais denotam ser imprescindível a devolução à sociedade do seu papel principal, da sua iniciativa e da sua liberdade¹¹².

No Século XX, especialmente no período pós-guerra, houve uma evidente evolução do assistencialismo por parte do Estado, visando assegurar o bem-estar da sociedade¹¹³. No

¹¹⁰ PAPA PIO XI. **Encíclica Quadragesimo Anno**. 15 de Maio de 1931. Disponível em: <https://w2.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html>. Acesso em: 11 abr. 2016. A subsidiariedade também é considerada como um princípio jurídico de direito natural, sendo que a sua violação representa uma injustiça (TORRES, Silvia Faber. **O princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 29-31).

¹¹¹ AJOUZ, Igor. **O direito fundamental à assistência social, e a distribuição de deveres entre o estado e a família**. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 86-87.

¹¹² TORRES, Silvia Faber. **O princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 2.

¹¹³ “A revelação de que o mercado e a livre iniciativa não contribuam à estabilização das relações sociais deixou o Estado moderno diante de severas pressões, especialmente nos períodos de crise econômica e nos períodos pós-guerras. Contra elas, progressivamente, respondeu com a assunção de responsabilidades relacionadas à

entanto, com a garantia de que o Estado abarcaria a oferta de bens e serviços com o intuito de reduzir as desigualdades sociais, tal situação ensejou uma diminuição da rede primária de solidariedade, a exemplo da família e da comunidade, bem como um esquecimento do princípio da subsidiariedade.

A solidariedade consiste em princípio que, no plano horizontal, manifesta-se primariamente na fraternidade, que tem a reciprocidade como a sua nota característica. Implica, assim, a participação dos cidadãos, ensejando, na temática dos direitos fundamentais, a imposição de deveres cívicos à sociedade.

[...] No moderno Estado social, não se tem a mera pretensão de se garantir a liberdade, mas também de estimular a atuação de toda a sociedade em prol da igualdade. Daí a intenção de que a solidariedade deixe de ser apenas algo “desejável” para se tornar atuação obrigatória de toda a sociedade [...] ¹¹⁴.

Quando há uma diminuição desta solidariedade, aumentam-se as demandas em face do Estado, afastando-se da noção de que este deveria atuar apenas de forma subsidiária, pois não pode concentrar em suas mãos o dever de proteção social, que também envolve deveres da sociedade e da família. A análise de tal solidariedade, na relação entre os seres sociais, evidencia que

[...] o exercício da cidadania não se esgota na formulação de demandas assistenciais em face do Estado, unindo responsabilidades por toda a sociedade, em busca da concretização dos direitos e projetos constitucionais – ainda que, para tanto, se possa recorrer à força coercitiva monopolizada pelo Estado. [...] não devem ser catalogadas como manifestações da solidariedade horizontal (fraternidade) somente as iniciativas genuinamente espontâneas de socorro recíproco entre os próprios cidadãos, mas também as relações estabelecidas sob o impulso jurídico de obrigações (como a obrigação civil de prestar alimentos) ou incentivos (como os benefícios fiscais decorrentes da manutenção de dependentes) ¹¹⁵.

welfare function [...]”. Cf. AJOUZ, Igor. **O direito fundamental à assistência social, e a distribuição de deveres entre o estado e a família**. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 69.

¹¹⁴ ROSSO, Paulo Sergio. Solidariedade e Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 3, p. 11-30, jul./dez. 2008, p. 14. Disponível em: <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n3/1.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2016. De acordo com o autor, “[...] não é pelo fato de inexistir a palavra ‘solidariedade’ no texto constitucional que se poderia deduzir que o Estado não tivesse nenhuma intenção solidarística. Desde a Constituição de 1934 as preocupações sociais estavam claramente presentes, em especial pelo advento do Estado social. Entretanto, considerando-se o tema como princípio e objetivo central do ordenamento, constata-se que o assunto é relativamente recente, dizendo respeito à Constituição de 1988 que, ao alçar o princípio à categoria de fundamental, inova em relação às constituições antecessoras” (Ibidem, p. 17).

¹¹⁵ AJOUZ, Igor. **O direito fundamental à assistência social, e a distribuição de deveres entre o estado e a família**. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 99-106.

A exigência social de direitos, por meio da crescente avocação da atividade provedora pelo Estado Social, sem atentar para a sua função subsidiária, acarretou a “fragilização dos sistemas primários de solidariedade”, de forma que

Os laços de entreajuda, verificados nos agrupamentos humanos por toda sua evolução histórica, marcada pelo impulso gregário, restaram descartados. A nota distintiva da vanguarda protecionista estatal foi o estímulo à sub-rogação das redes primárias de solidariedade – inicialmente corporificadas na família e nas comunidades e fundações religiosas locais e, após o advento da Revolução Industrial, nas corporações de ofícios, confrarias e instituições mutualista congêneres – por um ente público unitário que concentrou o desempenho das funções de proteção social¹¹⁶.

Nesse contexto, verifica-se atualmente, e de modo especial no Brasil, uma crise de legitimidade, pois constata-se que o Estado, com base no modelo do *Welfare State*, é ineficiente para dar respostas a todos os conflitos sociais, especialmente quanto à redução das desigualdades em sua integralidade, independente do projeto de governo adotado pelo partido político detentor do Poder.

Disso decorre a necessidade de se redefinir o modo centralizador com que o Estado lida com as tensões sociais, a fim de que a sua própria existência se legitime, pois é

[...] justamente no aspecto da reformulação dos poderes e competências do Estado e da sociedade e, conseqüentemente, a partir de uma nova relação entre Estado e sociedade, que se vislumbra a importância do princípio da subsidiariedade, no seu mister de balizar novas fronteiras de atribuições no trato dos interesses públicos [...]. Nessa perspectiva dos novos rumos, à luz do princípio da subsidiariedade encontra-se fincada a ideia da cidadania ativa, como elemento indispensável à consecução de uma nova relação entre Estado e Sociedade¹¹⁷.

O art.194 da Constituição Federal Brasileira, ao estipular que a assistência social compreende um conjunto integrado de ações entre Estado e sociedade, idealiza uma atuação em conjunto para a promoção de políticas públicas visando ao alcance de uma justiça distributiva que rompa com o paradigma estatocêntrico quanto à proteção dos direitos sociais, “em prol de

¹¹⁶ AJOUZ, Igor. **O direito fundamental à assistência social, e a distribuição de deveres entre o estado e a família**. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 68.

¹¹⁷ MARTINS, Vinícius Malta. Princípio da subsidiariedade no âmbito das políticas públicas tributárias. *In*: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta; COSTA, Marli Marlene Moraes da (orgs.). **As políticas públicas no constitucionalismo contemporâneo – tomo I**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009. p. 92-93.

aproximações antropocêntricas que, longe de resgatar o individualismo liberal, prestigiem a sociabilidade inata à condição humana”¹¹⁸.

Disso decorre a importância de, no contexto da subsidiariedade, enaltecer o resgate do valor da solidariedade, sobretudo a familiar, no sentido de ajuda mútua entre os seus membros, ou seja, “o amparo, a assistência material e moral recíproca, entre todos os familiares, em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana”¹¹⁹. Considera-se, pois, que

Uma sociedade chamada a cumprir, de modo solidário, os deveres cooperativos entabulados nas normas estipuladas nos artigos 3º, 194, 227 e 230 da Carta de 1988 não pode projetar uma realização dos direitos sociais confinada às relações verticais travadas entre os indivíduos e os poderes públicos. [...] Assume relevo, destarte, o reconhecimento de uma eficácia horizontal na aplicação concreta dos direitos sociais, jungindo atores particulares entre si, sob auspícios meramente mediatos do Estado, que garante coercitivamente sua implementação. Noutras palavras, a incidência dos direitos fundamentais sociais ostenta, mesmo nas relações entre particulares, uma exigibilidade que, por força da normatividade constitucional, qualifica os partícipes como corresponsáveis pela sua realização¹²⁰.

O princípio da função subsidiária estatal passa a constituir, pois, quanto à sua natureza, um verdadeiro princípio que “ordena todo um âmbito da filosofia e da teoria política”¹²¹, e que vem se destacando no estudo da filosofia política nas últimas seis décadas, ao veicular uma nova ponderação da natureza complexa da estrutura social e como esta estrutura se define dentro de uma comunidade política, referindo-se à ordenação e à função recíproca dos grupos entre si e com a comunidade política que os compreende, devendo-se enfatizar a sua atualidade histórica e o seu valor de orientação para a ciência política, em um momento em que muitos dos seus problemas surgem a partir do campo da sociologia¹²².

¹¹⁸ AJOUZ, Igor. **O direito fundamental à assistência social, e a distribuição de deveres entre o estado e a família**. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 74.

¹¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil – Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 95.

¹²⁰ AJOUZ, Igor. **O direito fundamental à assistência social, e a distribuição de deveres entre o estado e a família**. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 74-75.

¹²¹ AGESTA, Luiz Sanchez. El principio de función subsidiaria. **Revista de Estudios Políticos**, n.121, 1962, p.5-22. p. 18.

¹²² AGESTA, Luiz Sanchez. El principio de función subsidiaria. **Revista de Estudios Políticos**, n.121, 1962, p. 5-22. p.5-6.

Em razão dos limites orçamentários a que o Estado se submete, ainda que seja para efetivar a proteção dos direitos fundamentais, é inafastável a conclusão de que ele não pode ser onipotente¹²³, sendo imprescindível, para a consecução destes mesmos direitos, a participação de outros atores sociais que também atuem na esfera de sua proteção¹²⁴. Aparece, então, o princípio da subsidiariedade que, segundo Gustavo José Marrone de Castro Sampaio,

[...] é um Princípio que regula as relações de poder e finalidade, ou seja, diz respeito à relação entre níveis de concentração de poder e respectivos níveis de interesses a serem satisfeitos. Escalona atribuições em função do atendimento dos interesses da sociedade, obriga a repassar e a redefinir racionalmente os níveis de atuação individual, social e estatal. Segue um processo onde cabe primeiramente ao indivíduo decidir e atuar para satisfazer por seus próprios meios seus interesses. Em seguida, cabe aos grupos sociais decidirem e atuarem para a satisfação dos interesses coletivos. O Estado só atuará subsidiariamente nas demandas, que, por sua própria natureza e complexidade, a sociedade não conseguir satisfazer eficientemente¹²⁵.

Nessa seara, ensina José Alfredo de Oliveira Baracho que:

Todas as motivações constitucionais e políticas que deram origem a múltiplos questionamentos sobre a atuação do Estado na Ordem Econômica, e o constitucionalismo decorrente das transformações que ocorreram no mundo a partir do início do século XX, devem ser reexaminadas, para que possamos indicar os novos paradigmas para o relacionamento entre sociedade e Estado, em nível internacional e comunitário¹²⁶.

Na esfera dos direitos sociais, especificamente da seguridade social, Igor Ajouz, com relação ao referido princípio, assevera que:

A juridicização do princípio – a despeito da resistência que decerto enfrenta – já alcançou, em perfeita consonância com o regime constitucional da matéria, a efetivação dos direitos sociais e, em peculiar, a regulação de direitos localizados na engrenagem da seguridade social. Na seara da teoria dos direitos fundamentais, é possível estabelecer uma conexão direta entre o princípio da subsidiariedade e a aposição de limites aos direitos sociais. [...] O princípio da subsidiariedade, portanto, possui estreita ligação com os domínios da seguridade social. O Plano delineado por Beveridge, nesta linha, já assinalava o caráter subsidiário das ações nacionais de

¹²³ AJOUZ, Igor. **O direito fundamental à assistência social, e a distribuição de deveres entre o estado e a família**. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 97.

¹²⁴ TORRES, Silvia Faber. **O princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 34-37.

¹²⁵ SAMPAIO, Gustavo José Marrone de Castro. **O princípio da subsidiariedade como critério de delimitação de competências na regulação bancária**. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. p. 118.

¹²⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 4.

assistência e previdência social, como métodos de oferta de rendimentos substitutivos ao trabalho dos beneficiários, bem assim a subsidiariedade da assistência em relação à previdência social¹²⁷.

Assim, pelo princípio da subsidiariedade, que se vincula diretamente à organização da sociedade¹²⁸, o Estado será o provedor de direitos de forma suplementar ou complementar¹²⁹, isto é, apenas na medida em que os mesmos não possam ser realizados pelo próprio cidadão, por sua família ou pela sociedade¹³⁰, o que não significa, no entanto, o retorno ao Estado mínimo¹³¹, próprio do liberalismo. Longe disso.

O Estado, em sua concepção atual, já não pode declinar do seu dever de promover o bem comum, sob pena de perder a sua legitimidade. O que se faz relevante, no entanto, é a reformulação do papel do Estado na proteção de direitos fundamentais sociais em relação às atribuições dos demais atores sociais, entendimento este que é compartilhado por José Alfredo de Oliveira Baracho, para quem

¹²⁷ AJOUZ, Igor. **O direito fundamental à assistência social, e a distribuição de deveres entre o estado e a família**. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 93-94.

¹²⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 26.

¹²⁹ O princípio da subsidiariedade, no entanto, não significa “a definição de um limite, senão a especificação de uma natureza. A intervenção do Estado é um *subsidium*, isto é, uma ajuda que promove, coordena, controla, vigia e em determinados supostos de fato, quando assim o exige o bem comum ou a justiça distributiva, supre” (AGESTA, Luiz Sanchez. El principio de función subsidiaria. **Revista de Estudos Políticos**, n.121, 1962, p. 15 - tradução nossa). No original: “El principio de subsidiaridad no es, pues, la definición de un límite, sino la especificación de una naturaleza. La intervención del Estado es un *subsidium*, esto es, una ayuda que promueve, coordina, controla, vigila y en determinados supuestos de hecho, cuando así lo exige el bien común o la justicia distributiva, suple”.

¹³⁰ Assim também entende Carlos Gustavo Moimaz Marques, para quem “o ser humano é autossuficiente para prover a sua própria subsistência: esta é a regra. Somente no surgimento de circunstâncias internas ou externas que retiram essa capacidade é que entram os sistemas externos de proteção, observando-se sempre a ordem do menor para o maior (família, sociedade, Estado)”. Cf. MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. **O benefício assistencial de prestação continuada: reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à seguridade social**. São Paulo: LTr, 2009. p. 27.

¹³¹ “[...] o princípio da subsidiariedade não pode ser resumido a um irresponsável apelo ao absentismo do Estado. Ainda que sob regime de suplência, quanto às intervenções diretas, aos órgãos públicos cabe desenvolver e manter políticas de fomento, orientação e vigilâncias sobre os agrupamentos intermediários” (AJOUZ, Igor. **O direito fundamental à assistência social, e a distribuição de deveres entre o estado e a família**. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 91). No mesmo sentido: “A restituição de atividades à iniciativa privada, contudo, não pode conduzir ao total afastamento do Estado ou à retomada do Estado mínimo nos moldes do liberalismo clássico, que impunha incondicionalmente o dever de abstenção do poder público sob um discurso superado de neutralidade estatal, senão que há de orientar o novo paradigma de legitimidade do papel do Estado, mantendo coordenadas as relações entre o setor público e a sociedade” (TORRES, Sílvia Faber. **O princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 2-3).

A subsidiariedade não deve ser interpretada como um princípio que propõe o Estado mínimo e débil, que se retrai a simples funções de vigilância, resguardo ou arbitragem. Com isto estaria declinando de toda promoção do bem-estar, de toda presença ativa para orientar e articular as atividades humanas. Não objetiva destruir as competências estatais, mas reordená-las, de maneira idônea e responsável¹³².

De acordo com Baracho, “o princípio participa da função reguladora do Direito, desde que comunica a certos destinatários, isto é, ao legislador, ao julgador e ao administrador, um programa possível, ao dar forma a uma regra ou a um sistema”¹³³.

Trata-se de “princípio recente na gestão de políticas públicas”, e já previsto em Constituições de outros países, a exemplo do art.118 da Constituição da República Italiana¹³⁴. No entanto, tal princípio, por questões históricas, ainda encontra resistências na América Latina, pois, conforme ensina Thais Novaes Cavalcanti:

A tradição política da América Latina apresenta governos centralizadores, cuja ascensão ao poder é marcada por revoluções e lutas. O Estado habituado a lidar com impasses políticos encontrou como forma de defesa de sua ideologia, a assunção de competências e funções sociais a máquina pública. A crítica é válida também em razão do inchaço dos órgãos administrativos e da falta de participação da população nas ações sociais, modelo de gestão ultrapassado para os tempos atuais¹³⁵.

A respeito do estudo do princípio da subsidiariedade no constitucionalismo ocidental, Igor Ajouz afirma que:

O processo de incorporação do princípio da subsidiariedade às discussões travadas na seara do constitucionalismo ocidental pós-moderno espelha uma notável evolução político-semântica do princípio da subsidiariedade, conservada sempre a ideia da preservação da autonomia dos indivíduos e dos menores agrupamentos sociais, no âmbito das atividades que por si mesmo possam desenvolver¹³⁶.

¹³² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 48.

¹³³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 26.

¹³⁴ "Estado, Região, cidades metropolitanas, províncias e municípios, reconhecem e favorecem a autônoma iniciativa dos cidadãos, individualmente e associados, para o desenvolvimento de atividades de interesse geral, com base no princípio da subsidiariedade”. Cf. CAVALCANTI, Thais Novaes. O princípio da subsidiariedade e a dignidade da pessoa: bases para um novo federalismo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol.67, p. 258-277, abr.-jun./2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 263-264.

¹³⁵ CAVALCANTI, Thais Novaes O princípio da subsidiariedade e a dignidade da pessoa: bases para um novo federalismo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol.67, p. 258-277, abr.-jun./2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 6.

¹³⁶ AJOUZ, Igor. **O direito fundamental à assistência social, e a distribuição de deveres entre o estado e a família**. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 88.

O Estado, portanto, embora não deva criar embaraços às ações dos cidadãos que visam a traçar o seu próprio destino, não pode ser o único ator na concretização do interesse geral, necessitando, pois, da contribuição da sociedade, o que denota a separação da ideia entre Estado-providência¹³⁷ e Estado Subsidiário, sendo a cidadania o pressuposto básico para a efetivação do princípio da subsidiariedade e, por consequência, da solidariedade social.

A cidadania deve ser concebida como um direito, sendo que, simultânea e paralelamente, a noção de dever deve ser inserida no seu conteúdo, já que não existem direitos sem seus correlatos deveres. [...] A visão estática e individualista de cidadania deve ser superada, na medida em que a experiência histórica mundial de violência, injustiça e desigualdade tem comprovado a necessidade de uma participação mais ativa dos cidadãos na construção de uma sociedade justa, com base no valor da solidariedade, essencial à sobrevivência de qualquer comunidade¹³⁸.

Nesse contexto, Baracho expõe que:

Dentre os diversos problemas, de difícil transposição, para uma sociedade justa, pressupõe-se que a realização das liberdades recusa a intervenção estatal, enquanto a efetivação de certa igualdade implica intervenção estatal. A ideia de subsidiariedade seria a recusa radical das duas teorias opostas, com a aceitação de formas dotadas de solidariedade, sendo que a ideia de subsidiariedade seria o eixo central, que permitiria ultrapassar a dicotomia e efetuar a passagem para nova forma de existência política, social, econômica e jurídica. A questão política está vinculada à definição do perfil do Estado, desde que a não-ingerência ou a ingerência por instâncias públicas são igualmente indispensáveis, pelo que se impõe traçar a fronteira, com a definição de critérios e as justificações necessárias. O princípio da subsidiariedade pressupõe a sociedade civil assentada em certos parâmetros, voltados para o interesse geral, sendo que esse efetiva-se através de ações livres, em parte pela ação pública¹³⁹.

¹³⁷ Segundo Igor Ajouz, “a principal repercussão da proposta familista sobre o desenho e a aplicação das políticas públicas de assistência social é o rearranjo de forças entre as atribuições do Estado e da família, no que tange ao suporte aos indivíduos vulneráveis. O paradigma do Estado-providência cede espaço à versão da sociedade-providência” (AJOUZ, Igor. **O direito fundamental à assistência social, e a distribuição de deveres entre o estado e a família**. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 127). O termo “sociedade-providência” foi formulado em meados da década de 1980, por Boaventura de Sousa Santos. Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Sociedade-Providência ou Autoritarismo Social?*. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n.42, 1995, p. 1-7.

¹³⁸ LOPES, Ana Maria D’Ávila. A participação política das minorias no Estado democrático de direito brasileiro. *In*: LIMA, Martonio Mont’Alverne; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (org.). **Democracia, direito e política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito, 2006. p. 87.

¹³⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio da Subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro. Forense, 2000. p. 60-63.

Em vista do princípio da subsidiariedade, o suprimento do Estado aos cidadãos, em suas demandas fundamentais, deve ocorrer quando se demonstra situação de risco social que não pode ser suprida com recursos próprios ou pelo apoio de familiares¹⁴⁰. Afinal,

[...] aquele que pode se alimentar utilizando recursos próprios ou de sua família não pode reivindicar do Estado prestações materiais ou em dinheiro para tanto. Ele tem, obviamente, a necessidade real de se alimentar, mas não o direito social à alimentação. Temos aqui uma restrição teoricamente simples, mas que, na prática, gera problemas porque não é evidente em quais condições a pessoa necessita da prestação estatal¹⁴¹.

Diante do caso concreto, a aplicação do princípio da subsidiariedade pode ensejar flexibilização a respeito do conceito do que seja a autossuficiência do indivíduo ou do grupo social em que se encontra inserido, o que se implicará em avaliações subjetivas e políticas a respeito da necessidade de atuação estatal¹⁴². O que importa, no entanto, é que o princípio da subsidiariedade enseja uma consciência social não somente de direitos, mas também de solidariedade a respeito dos deveres, especialmente os sociais.

A tarefa principal do Estado consiste em estabelecer, como garantia final, o cumprimento do bem comum e da solidariedade. O Estado só deve agir, por ele próprio, quando existe necessidade real, que não tenha sido atendida por qualquer coletividade ou grupo de cidadãos. O Estado não é o substituto eventual dos atores omissos, pelo que deve velar pela garantia do bem comum, sem substituir as ações possíveis dos cidadãos, capazes de corresponder ao interesse geral¹⁴³.

Nessa seara, é importante destacar que o princípio da subsidiariedade não deve ser entendido como um princípio técnico, visando a uma maior eficácia ou um melhor rendimento econômico, mas um princípio de justiça¹⁴⁴. Isso ocorre porque a subsidiariedade exige a

¹⁴⁰ “O princípio da subsidiariedade, assim, ressurgue como justificativa de um Estado ‘subsidiário’, em alternativa ao Estado de Bem Estar Social ou Providencial, e restringe a atuação do setor público, de um lado, ao incentivo e ao fomento da atividade individual e dos pequenos grupos, criando condições propícias à ação social, e, de outro, quando a sociedade mostrar-se incapaz de satisfazer seus próprios interesses, à ajuda ou auxílio material, sem que a intervenção, contudo, estenda-se além da necessidade averiguada”. TORRES, Silvia Faber. **O princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 14.

¹⁴¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 79.

¹⁴² AJOUZ, Igor. **O direito fundamental à assistência social, e a distribuição de deveres entre o estado e a família**. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 91.

¹⁴³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 65.

¹⁴⁴ TORRES, Silvia Faber. **O princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 21.

“*reforma da sociedade*” que, “a par de pluralista, seja organizada, forte, autônoma, livre e aberta”¹⁴⁵, “demanda um nível de conscientização coletiva de custoso atingimento”¹⁴⁶ não apenas dos direitos, mas também dos deveres fundamentais a ela correlatos.

¹⁴⁵ TORRES, Silvia Faber. **O princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 124.

¹⁴⁶ AJOUZ, Igor. **O direito fundamental à assistência social, e a distribuição de deveres entre o estado e a família**. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 97.

3 DEVERES FUNDAMENTAIS E A ASSISTÊNCIA SOCIAL

Em razão da importância da assistência social como forma de garantir uma vida digna às pessoas que dela necessitarem, atendendo especialmente aos objetivos da universalidade da cobertura e do atendimento, da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços (art.194, I e III, CF/88)¹⁴⁷, demonstrou-se a necessidade de se atentar aos custos dos direitos sociais, em uma visão macroeconômica, e ao princípio da subsidiariedade no tocante à reformulação da visão do Estado para intervir na assistência social, aos “influxos de uma sociedade mais coordenada e participativa¹⁴⁸”.

Nesse contexto, insere-se o estudo dos deveres fundamentais que também são atribuídos à sociedade como forma de fomentar a sua participação na assistência social, cuja restrição ao mero financiamento da seguridade social, por meio das contribuições sociais previstas no art.195 da Constituição, não encontra guarida no ordenamento jurídico atual.

Em que pese o Capítulo I do Título II da Constituição de 1988 ser intitulado “dos direitos e deveres individuais e coletivos”, a Constituição Federal imprimiu enfoque maior aos direitos fundamentais em detrimento dos deveres fundamentais, cuja previsão apresentou-se menos expressiva.

A doutrina, por sua vez, ao que parece, acompanhou esse desinteresse constitucional e manteve, até o momento, postura mais inerte quanto ao estudo dos deveres fundamentais¹⁴⁹, levando à compreensão de que a ênfase do estudo dos direitos fundamentais deixou à sombra a problemática dos deveres¹⁵⁰.

¹⁴⁷ “A promulgação da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS é o cume do processo de sedimentação de um sistema assistencial caracterizado pela universalização e diversificação de prestações, que seriam posteriormente complementadas pela instituição de programas de largo alcance, como o Programa Bolsa-Família e o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil”. Cf. AJOUZ, Igor. **O dever fundamental à Assistência Social e a distribuição de deveres entre o Estado e a família**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 47.

¹⁴⁸ TORRES, Silvia Faber. **O princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 148.

¹⁴⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 60.

¹⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Das constituições dos direitos à crítica dos direitos. **Direito Público**, Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 2, n. 7, 2005, DOI: 10.11117/22361766.07.01.05, p. 80.

No âmbito assistencial, Constituição Federal, no art.203, estabelece que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, estipulando, em seu inciso V, a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa com 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, no caso, a Lei Orgânica da Assistência Social, n. 8.742/93.

Correlato a tal direito assistencial, a Constituição Brasileira dispõe a respeito de deveres coletivos, de natureza difusa, atribuíveis à família, à sociedade e ao Estado, fazendo-se necessária a regulamentação constitucional das formas de cumprimento destes deveres¹⁵¹, seja por parte dos cidadãos, seja por parte do poder público¹⁵². Isso decorre do fato de que a instauração do Estado Social fez surgir “os deveres económicos, sociais e culturais, os quais, por via de regra, se apresentam associados ou conexos com os direitos sociais¹⁵³”

Portanto, no contexto do surgimento dos chamados direitos de segunda dimensão (econômicos, sociais e culturais), previu-se em favor dos cidadãos direitos aptos a lhes proporcionar vida digna, em igualdade material, ensejando obrigações positivas imputáveis ao Estado. Por outro lado, verifica-se uma correlação de tais direitos com deveres atribuíveis aos cidadãos, uma vez que, ao se remeter a cada dever um direito que envolve custo para proteção, houve a necessidade de se redefinir o papel dos atores sociais na sua tutela, ante a impossibilidade de que tais custos sejam suportados unicamente pelo Estado.

Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/direitopublico/article/view/462/859>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

¹⁵¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 65.

¹⁵² De acordo com Gregorio Peces-Barba Martínez (**Los deberes fundamentales**. Doxa, n. 4, 1987, p.332.), com a superação do princípio “princeps a legibus solutus”, oriundo do Estado absolutista, aos poderes públicos é reconhecida a titularidade de deveres jurídicos fundamentais. Segundo o autor, “[...] el paso del Estado liberal al Estado social de Derecho atribuirá unas funciones positivas al poder público para la satisfacción igual de las necesidades humanas básicas. Es conocido este proceso y sólo se debe consignar que una serie de deberes de prestación de servicios son consecuencia de esas funciones que se asumen por las instituciones y que a veces esos deberes son consecuencia de derechos de crédito de los ciudadanos cuyo ejercicio desencadena el deber de la prestación”. Tradução nossa: “a passagem do Estado liberal ao Estado social de Direito atribuirá umas funções positivas ao poder públicos para a igual satisfação das necessidades humanas básicas. É conhecido este processo e só se deve consignar que uma série de deveres de prestação de serviços são consequência dessas funções que se assumem pelas instituições e que às vezes esses deveres são consequência de direitos de crédito dos cidadãos cujo exercício desencadeia o dever de prestação”.

¹⁵³ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 51.

Essa redefinição encontra-se em sintonia com o princípio da subsidiariedade, como fundamento do Estado Subsidiário em alternativa ao Estado do Bem-Estar Social¹⁵⁴, fazendo-se necessário o estudo dos deveres dos atores sociais, a fim de se reestruturar a responsabilidade de cada um para a proteção dos direitos fundamentais sociais.

3.1 A TEORIA DOS DEVERES FUNDAMENTAIS: CONSIDERAÇÕES

Foi no âmbito ético e religioso que o conceito de dever apareceu na história. No campo jurídico, a sua origem remonta desde os primeiros tempos do Direito, inseparável da dimensão religiosa, se bem que a sua influência decisiva tenha ocorrido a partir da modernidade, tendo sido o tratado sobre os deveres (*De Officiis*), de Cícero¹⁵⁵, a chave para a recepção do conceito de dever no Direito Moderno¹⁵⁶, embora os deveres, para Cícero, fossem apenas os morais, dependendo da consciência de cada cidadão, sem conteúdo de obrigatoriedade¹⁵⁷.

No Estado Democrático de Direito, muito se debruçou sobre o estudo da exigência e concretização de direitos, especialmente dos direitos fundamentais, como forma de contribuir para a observância dos princípios e preceitos constitucionais e legais, como a dignidade da pessoa humana, e a liberdade.

No entanto, o tema dos deveres fundamentais, que no âmbito da Constituição Brasileira é tratado em mesmo patamar de igualdade dos direitos fundamentais, no Capítulo I do Título

¹⁵⁴ TORRES, Sílvia Faber. **O princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 14.

¹⁵⁵ CÍCERO, Marco Túlio. **Dos Deveres** (*De Officiis*). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

¹⁵⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Los deberes fundamentales**. *Doxa*, n. 4, 1987. p. 329.

¹⁵⁷ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 41. No mesmo sentido: ALCÂNTARA, Michele Alencar da Cruz. **A face oculta dos direitos humanos: os deveres fundamentais**. Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI, Fortaleza, 2006. p. 3.

II¹⁵⁸, foi doutrinariamente esquecido¹⁵⁹, provavelmente como herança do liberalismo estatal, pois por longo tempo prevaleceu o entendimento de não intervenção do Estado na esfera privada, voltando-se o olhar prioritariamente para a exigência dos direitos subjetivos, em detrimento dos deveres, vinculados tanto ao Estado quanto aos particulares¹⁶⁰.

Para Michele Alencar da Cruz Alcântara, o fato de o período pós-guerra se evidenciar, após longo período de vigência de regimes totalitários, como uma “era dos direitos”, visando à proteção dos cidadãos, além do fato de ser mais cômodo à sociedade reconhecer direitos, mas negar deveres, são os dois principais motivos a justificar o esquecimento do instituto dos deveres fundamentais, o que acabou por acarretar duas graves consequências para a cidadania:

[...] A primeira delas é o cidadão tornar-se apático e pouco interessado na vida coletiva em todos seus aspectos, social, econômico, jurídico. A outra consequência é a extrema dependência do cidadão em relação ao Estado. O cidadão fica na expectativa de tudo receber do Estado¹⁶¹.

¹⁵⁸ De acordo com José Casalta Nabais, “com efeito estes [os textos constitucionais] não obstante referirem os deveres ao lado dos direitos fundamentais na própria epígrafe a que subordinam a parte, título ou capítulo relativo ao que podemos designar por ‘(sub)constituição do indivíduo’, de conterem numerosos e diversos deveres fundamentais, ou de proverem mesmo um dever genérico dos cidadãos à solidariedade política, económica e social (art. 2º da Constituição Italiana) ou ao respeito da constituição e do ordenamento jurídico (art.9º, n.1º, da Constituição Espanhola), estão longe de dedicarem aos deveres fundamentais um tratamento minimamente comparável ao dispensado aos direitos fundamentais” (NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 22-23). No âmbito internacional, vide as seguintes previsões: I) o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos - 1969), promulgada no Brasil pelo Decreto n.678, de 06 de novembro de 1992, e que dispõe que “toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade” (art.32, item 1.); II) a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Carta de Banjul), que no art.27 dispõe que “Cada indivíduo tem deveres para com a família e a sociedade, para com o Estado e outras coletividades legalmente reconhecidas, e para com a comunidade internacional”.

¹⁵⁹ José Casalta Nabais diz que “o tema dos deveres fundamentais é reconhecidamente considerado dos mais esquecidos da doutrina constitucional contemporânea” (NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 15). No mesmo sentido: ALCÂNTARA, Michele Alencar da Cruz. **A face oculta dos direitos humanos: os deveres fundamentais**. Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI, Fortaleza, 2006. p. 5.

¹⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 226.

¹⁶¹ ALCÂNTARA, Michele Alencar da Cruz. **A face oculta dos direitos humanos: os deveres fundamentais**. Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI, Fortaleza, 2006. p. 5.

O preâmbulo¹⁶² da Constituição Brasileira, ao instituir o Estado Democrático, estabeleceu, dentre os seus objetivos, assegurar o exercício dos direitos sociais, ao tempo em que reconheceu o valor da fraternidade para a sociedade que pretende ver fundada, ao lado de valores como a harmonia social e o comprometimento dos cidadãos que a compõem, o que conduz ao entendimento de que, para se verem atendidos os direitos sociais de modo satisfatório, demanda-se a mobilização de toda a sociedade para além da atuação estatal, respeitando-se e atentando-se, portanto, para a existência de deveres fundamentais a serem compartilhados entre todos os cidadãos, a par daqueles deveres atribuíveis ao Estado¹⁶³.

A doutrina do constitucionalista português José Casalta Nabais que, a respeito dos deveres fundamentais, adota-se como suporte teórico neste trabalho, dispõe que

[...] os deveres fundamentais constituem uma categoria jurídica constitucional própria. Uma categoria que, apesar disso, integra o domínio ou a matéria dos direitos fundamentais, na medida em que este domínio ou esta matéria polariza todo o estatuto (activo e passivo, os direitos e os deveres) do indivíduo. Indivíduo que não pode deixar de ser entendido como um ser simultaneamente livre e responsável, ou seja, como uma pessoa. Uma ideia que bem precisa de ser reforçada na época actual, em que a afirmação do individualismo possessivo, apresentado aliás como um dos *apports* da pós-modernidade, é cada vez mais omnipresente¹⁶⁴.

Dessa feita, e conforme nos alerta Nabais¹⁶⁵, os deveres fundamentais repercutem tema que não está na moda, embora nos remeta necessariamente à abordagem da responsabilidade e dos custos que os materializam, sendo, ainda, uma face oculta ao estudo da liberdade e dos direitos.

¹⁶² “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

¹⁶³ GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti ; FABRIZ, Daury César. Dever Fundamental: a construção de um conceito. *In*: DE MARCO, Cristhian Magnus; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; STEINMETZ, Wilson. (Orgs.). **Série Direitos Fundamentais Cívicos**: teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha - Tomo I. 1. ed. Joaçaba. Unoesc, 2013, v. 1, p. 88-89.

¹⁶⁴ NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais**: Os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015, p. 5.

¹⁶⁵ NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais**: Os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015, p. 1.

Para o referido autor português, no entanto, falar em deveres é de extrema relevância, tanto quanto abordar sobre os direitos fundamentais. A necessidade do estudo dos deveres fundamentais, ao lado dos direitos, é, portanto, uma

[...] face oculta que, como a face oculta da lua, não obstante não se ver, é absolutamente necessária para a compreensão correcta do lugar do indivíduo e, por conseguinte, da pessoa humana em sede dos direitos fundamentais ou dos direitos do homem”¹⁶⁶.

Nessa seara, direitos e deveres fundamentais devem ser colocados em mesmo plano de abordagem. É este, por exemplo, o entendimento defendido pelo Conselho de Interação¹⁶⁷, organização internacional independente, que propôs, em 1997, a criação de uma Declaração Universal dos *Deveres* Humanos¹⁶⁸, quarenta e nove anos após a edição da conhecida Declaração Universal dos *Direitos* Humanos¹⁶⁹, da Organização das Nações Unidas. De acordo com o preâmbulo da referida declaração de deveres:

[...] o reconhecimento da dignidade inerente e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo e implica obrigações ou responsabilidades.
[...] a insistência exclusiva nos direitos pode resultar em conflito, divisão e disputa interminável, e a negligência das responsabilidades humanas pode levar à anarquia e do caos.

No mesmo sentido – de que o estudo dos direitos fundamentais deve estar correlacionado à abordagem dos deveres fundamentais –, são as pertinentes considerações da professora portuguesa da Escola de Direito da Universidade do Minho, Andreia Sofia Pinto de Oliveira:

¹⁶⁶ NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais**: Os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015, p. 1.

¹⁶⁷ O Conselho de Interação foi criado em 1983 e reúne dezenas de ex-chefes de Estado ou de Governo. Para maiores informações, consultar www.interactioncouncil.org.

¹⁶⁸ ONU – Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Deveres Humanos**. Disponível em: <<http://www.interactioncouncil.org/universal-declaration-human-responsibilities>>. Acesso em: 8 jun. 2015 - tradução nossa. No original: “[...] recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world and implies obligations or responsibilities; [...] the exclusive insistence on rights can result in conflict, division, and endless dispute, and the neglect of human responsibilities can lead to lawlessness and chaos”.

¹⁶⁹ ONU - Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2015. De acordo com José Casalta Nabais, tal declaração “enumera e sistematiza os direitos sem fazer o mesmo com os deveres, os quais apenas são genericamente referidos no seu art.29^o, n^o 1, que dispõe ‘toda a pessoa tem deveres para com a comunidade, pois só nela pode desenvolver livre e plenamente a sua personalidade’” (NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 23).

A cidadania reforça-se por um estatuto activo do cidadão que cumpre deveres e exige respeito pelos seus direitos. Uma cidadania da qual só resultam direitos individuais accionáveis, exigíveis perante o outro e perante o todo, o Estado, é uma cidadania incompleta. Uma Constituição que contemple apenas direitos e retire dignidade constitucional aos deveres, relegando-os para o plano legal, é uma Constituição que transmite uma imagem desequilibrada do que significa ser cidadão, do feixe de direitos e de deveres em que se analisa o estatuto constitucional dos membros de uma dada comunidade política. [...] Um discurso claro sobre os deveres pode ainda ser uma ferramenta útil para combater a “anemia cívica” hoje constatada e afirmada por todos e que tem como sintomas o abstencionismo elevado, a fuga ao fisco, estratégias individuais de minimização de deveres e de maximização dos direitos¹⁷⁰.

Percebe-se, pois, que são reconhecidos, além dos direitos, deveres fundamentais cuja observância é relevante para uma melhor convivência da sociedade no Estado Democrático de Direito.

Quanto à eficácia dos deveres fundamentais, são bem vindos os ensinamentos de Fábio Konder Comparato¹⁷¹ que, ao abordar o tema, afirmou com propriedade que:

[...] quando a Constituição reconhece que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata, ela está implicitamente reconhecendo a situação inversa; vale dizer, a exigibilidade dos deveres fundamentais é também imediata, dispensando a intervenção legislativa.

O Grupo de Pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais”, do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* (mestrado e doutorado) da Faculdade de Direito de Vitória, no Estado do Espírito Santo, debruça-se há alguns anos no estudo dos deveres fundamentais, especialmente sob a ótica do professor português José Casalta Nabais. Como forma de fomentar o debate, o referido grupo de pesquisa se incumbiu da difícil tarefa de formular o conceito de dever fundamental, que acabou por ser elaborado nos seguintes termos:

Dever fundamental é uma categoria jurídico-constitucional, fundada na solidariedade, que impõe condutas ponderadas àqueles submetidos a uma

¹⁷⁰ OLIVEIRA, Andreia Sofia Pinto. Responsabilidade e cidadania, in AAVV, *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho*, tomo I, Responsabilidade e Cidadania, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, Departamento de Ciências Jurídicas Públicas, 2012, p. 13-14. Disponível em: <http://www.direito.uminho.pt/Uploads/FINAL_Responsabilidade%20e%20Cidadania.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2015.

¹⁷¹ COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**. Disponível em: <<http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/5/55/Comparato.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015, p. 6.

determinada ordem política, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de assegurar direitos fundamentais a ele correlacionados¹⁷².

No entanto, muito embora a conclusão em referido conceito não tenha a pretensão de esgotar o estudo do tema e, menos ainda, de considerar que tal conceituação estaria pronta e acabada, tem-se como relevante a abordagem dos deveres fundamentais, ainda incipiente no Brasil, apesar de, como dito, a Constituição reservar capítulo intitulado “dos direitos e deveres individuais e coletivos”.

Com base no conceito acima, defende-se, ao contrário de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins¹⁷³, que inexistem os chamados deveres autônomos, mas apenas aqueles deveres correlatos (conexos) aos direitos, ainda que expressos ou implícitos na Constituição¹⁷⁴.

A respeito do assunto, Tavares e Pedra nos alertam que:

Os deveres se parecem com os direitos fundamentais prestacionais na medida em que, via de regra, exigem posturas positivas dos seus obrigados. Contudo, deles se diferenciam na medida em que os deveres são geralmente veiculados a toda sociedade, não somente ao Estado, posto tratarem-se de deveres fundados na solidariedade e derivados da própria ideia de contrato social. Já os direitos fundamentais prestacionais, a despeito da discussão de sua eficácia horizontal, têm como principal obrigado o Estado. De outro ponto, deve-se observar que os deveres fundamentais geram em regra obrigações aos particulares que poderão ser exigidas pelos próprios particulares, como é o caso do dever de sustentar a família, mas também, e principalmente, pelo Estado, como é o caso do dever fundamental de contribuir com os gastos públicos, de preservar o meio ambiente, de votar, etc¹⁷⁵.

¹⁷² Conceito construído coletivamente pelos membros do Grupo de Pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais” (2014), coordenado pelos professores Adriano Sant’Ana Pedra e Dauri Cesar Fabriz, da Faculdade de Direito de Vitória. (www.fdv.br) - Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* (mestrado e doutorado) em Direitos e Garantias Fundamentais. A respeito da construção do conceito de deveres fundamentais, vide: GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti ; FABRIZ, Dauri César . Dever Fundamental: a construção de um conceito. *In*: DE MARCO, Cristhian Magnus; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; STEINMETZ, Wilson. (Orgs.). **Série Direitos Fundamentais Civis**: teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha - Tomo I. 1. ed. Joaçaba. Unoesc, 2013, v. 1, p. 87-96.

¹⁷³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 62.

¹⁷⁴ “[...] a nosso ver, o fundamento de cada dever fundamental não se baseia numa cláusula de deverosidade social, devendo, pois, ter na constituição um suporte expresso ou implícito” (NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 62). No mesmo sentido: SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Deveres fundamentais e a constituição brasileira. **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade - FIDES**, Natal, v.1, n. 2, ago/dez, 2010, p. 216-220. Disponível em: <<http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br/article/view/47/426>>. Acesso em: 08 mar 2016.

¹⁷⁵ PEDRA, Adriano Sant’Ana. TAVARES, Henrique da Cunha. A eficácia dos deveres fundamentais. **Revista Derecho y Cambio Social**. Publicação: 01/07/2014. Disponível em: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista037/A_EFICACIA_DOS_DEVERES_FUNDAMENTAIS.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2015.

Resulta-se, portanto, que é possível extrair da Constituição Brasileira deveres fundamentais, implícitos e explícitos, de observância obrigatória e exigíveis de particulares e do Estado, cuja abordagem se revela tão importante quanto o estudo que envolve os direitos fundamentais.

3.2 O DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PARA O FINANCIAMENTO DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

Para a manutenção da esfera pública, entendida como organização institucional com objetivos gerais, sempre haverá a necessidade de cobrança de tributos¹⁷⁶, pois a tributação é parte inerente e de vital importância em uma sociedade, de modo que “a Constituição é o lar por excelência da cidadania, e a cidadania é a questão fundamental da tributação”¹⁷⁷. Assim, o financiamento dos gastos públicos depende do pagamento de tributos, o que não é diferente em relação à seguridade social e, conseqüentemente, ao seu subsistema da assistência social.

No Estado do Bem-Estar, que se filia ao compromisso de promover a igualdade substantiva, através de investimentos em educação, saúde, previdência e assistência, os novos direitos são garantidos financeiramente pela comunidade, que se solidariza na cobertura dos riscos sociais, de forma que o dever de contribuir se transforma em referência à democracia substantiva, que se realiza na medida em que o individual se agrega ao coletivo na dialética da alteridade. Assim, o dever de pagar tributo se refere a um *dare* ou *facere*, que visa ao ideal de universalização do bem a todos¹⁷⁸.
(grifos no original)

¹⁷⁶ De acordo com Ademilson Lima de Souza e Daury Cesar Fabríz, “[...] é importante antecipar a faceta econômica dos direitos humanos fundamentais, ou seja, mesmo os direitos civis e políticos, tidos como negativos relativos à autonomia privada, possuem custos para sua fruição, daí ser importante a formação da cultura tributária a ser infundida na consciência dos contribuintes, através do papel ativo das instituições em despertar o rigor com que deve ser encarada a corporeidade, ao ter em conta a ética da vida boa, tarefa não apenas de governos, mas dos atores da pólis, no respeitante à responsabilidade partilhada pela sociedade como *pathos* ligado à alteridade a à consciência do supremo bem” (SOUZA, Ademilson Lima de.; FABRIZ, Daury Cesar. O Dever fundamental de Promover Sustentação dos Gastos Públicos e a Solidariedade Social Tributária: a cidadania contributiva como forma de realização dos Direitos Sociais. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 108, p. 59-85, 2013).

¹⁷⁷ CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) et. al. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 183.

¹⁷⁸ SOUZA, Ademilson Lima de.; FABRIZ, Daury Cesar. O Dever fundamental de Promover Sustentação dos Gastos Públicos e a Solidariedade Social Tributária: a cidadania contributiva como forma de realização dos Direitos Sociais. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 108, p. 59-85, 2013.

O art. 195 da Constituição Federal prevê que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, por meio do recolhimento de contribuições sociais que incidirão sobre a folha de salários, a receita, o faturamento e o lucro dos empregadores, sobre a remuneração do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, sobre a receita de concursos de prognósticos e sobre a importação de bens ou serviços do exterior.

No âmbito da assistência social, ramo da seguridade social, as ações governamentais dependem, pois, para a sua realização, dos recursos do orçamento da seguridade social. Isso significa que a proteção dos direitos fundamentais sociais depende do cumprimento, pela sociedade, do dever fundamental de pagar as contribuições sociais indicadas no art. 195 da Constituição Federal. Nessa hipótese, Ivan Kertzman define os deveres fundamentais como “deveres jurídicos dos homens que podem ser exigidos pela comunidade, por ter grande relevância para a efetivação de direitos fundamentais”. Para esse autor,

[...] o direito fundamental à seguridade social, englobando os subsistemas de saúde, assistência social e previdência social, é dependente do dever fundamental de recolhimento das contribuições sociais destinadas ao financiamento das áreas securitárias. É o artigo 195 da Constituição Federal Brasileira que define a forma de financiamento da seguridade social, impondo à sociedade o dever fundamental de recolher as contribuições sociais incidentes sobre a receita ou faturamento, sobre o lucro, sobre a folha de pagamento, sobre a remuneração dos trabalhadores e demais segurados da previdência social, sobre os concursos de prognósticos e, finalmente, sobre a importação de bens ou serviços¹⁷⁹.

Considerando que os deveres fundamentais visam a assegurar os direitos a eles correlacionados, o pagamento de tributos é exemplo de importante dever na concretização de direitos sociais, correlacionado ao dever de solidariedade¹⁸⁰. Nota-se, assim, que “[...] a concretização de direitos fundamentais tem um custo que é coberto pelo dever de pagar tributos”¹⁸¹, sendo a tributação mecanismo de justiça social¹⁸².

¹⁷⁹ KERTZMAN, Ivan. O Dever Fundamental de Pagar Contribuições Previdenciárias. **Revista de Previdência Social**, v. 360. p. 966-972, 2010.

¹⁸⁰ SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Deveres fundamentais e a constituição brasileira. **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade - FIDES**, Natal, v.1, n. 2, ago/dez, 2010, p. 216. Disponível em: <<http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br/article/view/47/426>>. Acesso em: 08 mar. 2016, p.218.

¹⁸¹ PINHEIRO FARO, Julio. Deveres como condição para a concretização de direitos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 79. p. 167-209. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2012.

A Constituição acolhe a constante axiológica da solidariedade social no art.3º, I, da CF/1988 [...], quando afirma que o objetivo fundamental da República de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o que imprime o compromisso da ordem econômica programática com a utopia transformadora do Estado Democrático de Direito, projeto que depende de deveres recíprocos, ou seja, dos particulares em contribuir para a manutenção dos gastos públicos e do Estado em promover adequada destinação das receitas orçamentárias, conforme a regra da transparência e de submissão ao escrutínio da sociedade¹⁸³.

Com efeito, à sociedade cabe o pagamento de tributos como forma de abastecer economicamente o Estado de meios aptos à proteção dos direitos sociais, inserindo-se no contexto de gestão pública pela via da implementação de políticas públicas eficientes, que visam a assegurar os fundamentos e os objetivos da República Federativa (art.1º e art.3º da CF/88).

Na medida em que os indivíduos não atingem, *per se*, ou para si, o nível de realização destes direitos na dinâmica das relações econômicas, cabe ao Estado, por exigência constitucional, assumir a tarefa de garantir o mínimo vital de cada um e de todos ao mesmo tempo. Estas tarefas estatais são suportadas pela arrecadação de impostos, pois todos os direitos têm os respectivos custos; n'outras palavras, a conta dos direitos fundamentais, com ênfase nos direitos sociais – ainda que submetidos à “Espada de Dâmocles” da “reserva do possível” (possibilidade financeira) e do poder de disposição (capacidade de dispor sobre o objeto da prestação)-, é paga pela arrecadação dos impostos: “os direitos não nascem em árvores”¹⁸⁴. (grifos no original)

Entretanto, a participação da sociedade na assistência social – e na seguridade social como um todo – não se exaure aí. Outros deveres há, para além do pagamento das contribuições sociais. São atribuíveis ao cidadão, com vistas à proteção do direito fundamental à assistência social, outros deveres, a exemplo do dever de amparo material aos seus respectivos familiares que não podem prover por si seu próprio sustento, dever este cujo respeito e atendimento afasta, *a priori*, a necessidade de se recorrer à assistência social estatal, por quem realmente dela não necessita.

¹⁸² TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) et. al. **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 58.

¹⁸³ SOUZA, Ademilson Lima de.; FABRIZ, Daurly Cesar. O Dever fundamental de Promover Sustentação dos Gastos Públicos e a Solidariedade Social Tributária: a cidadania contributiva como forma de realização dos Direitos Sociais. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 108, p. 59-85, 2013.

¹⁸⁴ DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Estado social e princípio da solidariedade. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 3, p. 31-48, jul./dez. 2008, p. 36. Disponível em: <www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n3/2.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2016.

3.3 O DEVER FUNDAMENTAL DE AMPARO FAMILIAR

A Constituição Brasileira previu expressamente deveres fundamentais de grande relevância para se impor responsabilidades no âmbito familiar e propiciar uma convivência harmônica entre os seus membros, a fim de preservar o próprio instituto da família, que foi alçada à base da sociedade pelo Constituinte ao conferir-lhe, inclusive, a sua proteção como um dos objetivos da assistência social¹⁸⁵.

O dever de amparo material representa uma obrigação solidária e fraternal da família, previsto constitucionalmente, a exemplo dos art. 229 e art. 230 da CF/88¹⁸⁶ e disciplinado na esfera infraconstitucional pelo Código Civil (artigos 1.694 a 1.710), representando uma manifestação do mínimo existencial, correlacionado à dignidade da pessoa humana. Assim é o entendimento de Igor Ajouz, para quem é possível

[...] identificar o dever de amparo familiar como uma manifestação explícita da garantia constitucional no mínimo existencial, atrelado à dignidade da pessoa humana. O exercício da função assistencial, pela família, já não se reduz às dimensões cultural ou moral, tendo assumido uma juridicidade consuetudinária, em especial, do princípio constitucional da solidariedade¹⁸⁷.

Não obstante a previsão constitucional de que a família é a base da nossa sociedade atual, percebe-se a existência de conflitos que envolvem a desestruturação das relações familiares, que se encontram com laços afetivos corroídos, em que pais abandonam afetiva e patrimonialmente os filhos (e vice-versa); companheiros se agridem; jovens desrespeitam o

¹⁸⁵ 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;

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

¹⁸⁶ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

¹⁸⁷ AJOUZ, Igor. **O dever fundamental à Assistência Social e a distribuição de deveres entre o Estado e a família**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 132-133.

papel dos idosos nos contextos familiares. Tudo isso segue na contramão do cumprimento de um dos objetivos da República Federativa do Brasil, que é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Crê-se que, embora os indivíduos estejam mais atentos à exigência de seus direitos, pouco lhes afeta a necessidade de obediência aos deveres fundamentais no seio familiar, fazendo-se necessário, assim, assegurar que a família cumpra a sua função social, com plena observância dos deveres fundamentais que lhes são correlatos visando à boa convivência entre seus membros, e destes para com a sociedade, uma vez que a desestruturação do meio ambiente familiar implica desestruturar a base mais sólida em que repousa toda a organização social¹⁸⁸. Na concepção de Igor Ajouz, em relação às dificuldades quanto ao cumprimento da obrigação de alimentos,

[...] pode-se citar a falta de conscientização da juridicidade da pretensão alimentícia, os obstáculos de acesso à justiça e a fuga da litigiosidade contra parentes, dado o constrangimento e a potencialização de conflitos intrafamiliares que a situação envolve¹⁸⁹.

Desse modo, e sob a análise a respeito dos custos dos direitos e da aplicação do princípio da subsidiariedade à assistência social, vê-se que é necessário verificar a possibilidade do cumprimento, pela família, dos seus deveres fundamentais, antes de se exigir uma postura ativa estatal sem restar verdadeiramente comprovada a necessidade da prestação assistencial ao caso concreto.

O Estado, apenas será chamado a intervir, através da realização de prestações sociais (monetárias ou em espécie), se e na medida em que o indivíduo, por quaisquer motivos, estruturais ou conjunturais, não esteja em condições de prover ao seu sustento. Dizendo de outra maneira, o Estado social apenas deve vir em auxílio dos indivíduos e suas famílias, assegurando-lhes aquele nível de estadualidade social – ou, o que é o mesmo, aquele nível de satisfação dos direitos sociais – que o grau de desenvolvimento económico e social da comunidade exige e o correspondente nível de recursos financeiros permite. O que significa que somente relativamente àqueles cidadãos que não consigam atingir os mínimos existenciais dos referidos direitos sociais, o Estado tem o dever de actuar¹⁹⁰.

¹⁸⁸ MONTEIRO, Washington de Barros Monteiro. TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Curso de direito civil** - vol. 2 - Direito de Família. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 21.

¹⁸⁹ AJOUZ, Igor. **O dever fundamental à Assistência Social e a distribuição de deveres entre o Estado e a família**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 132.

¹⁹⁰ NABAIS, José Casalta. **Direito Fiscal**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 461.

Há campo, portanto, para o reconhecimento do “dever primário de amparo familiar”¹⁹¹, cujo descumprimento, quanto ao dever de alimentos, pode ensejar, inclusive, a prisão do devedor ou a imputação da prática do crime de abandono material¹⁹².

A atuação primária da família e subsidiária do Estado, na seara do amparo material, não se trata de inovação, contando com previsão legal. É vislumbrada, por exemplo, no art.14 do Estatuto do Idoso, ao estipular que “se o idoso ou seus familiares não possuírem condições econômicas de prover o seu sustento, impõe-se ao Poder Público esse provimento, no âmbito da assistência social”.

No mesmo sentido é o que dispõe, no que tange às pessoas com deficiência, o art.10 do Estatuto da Pessoa com Deficiência¹⁹³, bem como o preâmbulo da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência¹⁹⁴, preceitos estes que vão certamente ao encontro do disposto no art.203 da Constituição Federal, quando dispõe que “a assistência social será prestada a quem dela necessitar”.

Quanto ao amparo familiar, os alimentos, segundo a legislação brasileira, são devidos a quem necessitar, de acordo com as condições do alimentante, na forma dos art. 1.694 e art. 1.695 do Código Civil brasileiro¹⁹⁵.

¹⁹¹ AJOUZ, Igor. **O dever fundamental à Assistência Social e a distribuição de deveres entre o Estado e a família**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 136.

¹⁹² O novo Código de Processo Civil trouxe novos regramentos quanto à ação e à execução de alimentos, conforme artigos 534 a 538 e artigos 911 a 913 da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, em vigor a partir de 18 de março de 2016. Quanto ao crime de abandono material, a sua tipificação encontra-se no art.244 do Código Penal ou, quanto ao idoso, no art.98 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

¹⁹³ Lei 13.146, de 6 de julho de 2015. Art. 10. Compete ao poder público garantir a dignidade da pessoa com deficiência ao longo de toda a vida. Parágrafo único. Em situações de risco, emergência ou estado de calamidade pública, a pessoa com deficiência será considerada vulnerável, devendo o poder público adotar medidas para sua proteção e segurança.

¹⁹⁴ “[...] a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem o direito de receber a proteção da sociedade e do Estado e de que as pessoas com deficiência e seus familiares devem receber a proteção e a assistência necessárias para tornar as famílias capazes de contribuir para o exercício pleno e equitativo dos direitos das pessoas com deficiência”. Trata-se do Item “x” do Preâmbulo da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada por meio do Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, após a aprovação, pelo Congresso Nacional, do Decreto Legislativo n.186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, que conferiu à Declaração o *status* de emenda constitucional.

¹⁹⁵ Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

À primeira vista, verifica-se que a lei não dispõe precisamente quais seriam os parentes obrigados a prestar alimentos, tampouco estipula parâmetros para que seja definido o critério da necessidade, o que ensejará a análise do caso concreto.

Assim, quanto à verificação dos parentes a quem caberia a obrigação alimentar, abalizada doutrina¹⁹⁶ defende que tal obrigação se estenderia de forma infinita aos ascendentes e aos descendentes¹⁹⁷. Em relação aos parentes colaterais¹⁹⁸, tal obrigação se estenderia até o quarto grau, ou seja, poderia ser exigida dos irmãos, tios, sobrinhos e primos, ao fundamento de que são estes os parentes habilitados ao possível recebimento de herança.

Esse é o entendimento de Maria Berenice Dias, no sentido de que a obrigação de prestar alimentos caberia aos parentes em linha reta, de forma ilimitada, e aos colaterais até o quarto grau.

Tal direito [alimentos] repousa no princípio da solidariedade familiar. Pressupondo a presença de vínculos afetivos entre os parentes, impõe-lhes a lei recíproca obrigação alimentar (CC, art.1.694). Sendo o credor casado ou vivendo ele em união estável, o dever de fornecer alimentos é imposto inicialmente ao cônjuge ou companheiro. Não havendo cônjuge ou companheiro a quem se socorrer, cabe conclamar os parentes. Parentes (CC, art. 1.591) são os ascendentes e os descendentes. Os chamados parentes em linha reta têm vinculação infinita. Pais, filhos, avós, netos, bisavós, etc. todos são parentes. Também são parentes irmãos, tios, sobrinhos, primos, sobrinhos-netos e tios-avós. Estes são parentes em linha colateral ou transversal. Mas, quanto a eles, há uma limitação: ao menos para efeitos jurídicos são reconhecidos como parentes somente até o quarto grau (CC, art. 1.592)¹⁹⁹.

§ 1o Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2o Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

¹⁹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Direito das Famílias. vol.6. 4. ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2012. p. 818-820.

¹⁹⁷ Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.

¹⁹⁸ Art. 1.592. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.

¹⁹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Os Alimentos Após o Estatuto do Idoso**. Disponível em: <http://www.mpggo.mp.br/porta1web/hp/41/docs/os_alimentos_apos_o_estatuto_do_idoso_-_maria_berenice.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2015.

Entretanto, e conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça²⁰⁰, baseado no que dispõem os art. 1.694 e art. 1.697 do Código Civil, o dever de prestar alimentos, em linha colateral, se estende apenas até o segundo grau, e não até o quarto grau. Isto significa que a obrigação alimentar abrange os ascendentes e os descendentes em qualquer grau, mas abarcaria os parentes colaterais somente até o segundo grau (irmãos).

Vê-se, portanto, que o dever fundamental de a família amparar seus membros, conforme prescrevem os preceitos constitucionais e legais que versam sobre o tema, encontra razão de ser no princípio da solidariedade familiar, para além, inclusive, da repercussão material, para refletir também nas esferas afetivas e psicológicas.

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo art. 3º, inc. I, da Constituição Federal de 1988, no sentido de buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, já que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais. Isso justifica, entre outros, o pagamento dos alimentos no caso de sua necessidade, nos termos do art. 1.694 do atual Código Civil²⁰¹.

A prestação de alimentos, justificada pelo princípio da solidariedade familiar, possui a finalidade de suprir as necessidades de uma pessoa que não pode prover a sua própria subsistência, por variadas causas. Neste sentido são os ensinamentos de Yussef Cahali:

A impossibilidade de prover o alimentado a sua própria manutenção pode advir da incapacidade física ou mental para o trabalho; doença, inadaptação ou imaturidade para o exercício de qualquer atividade laborativa; idade avançada; calamidade pública ou crise econômica de que resulte absoluta falta de trabalho²⁰².

Desse modo, e conforme entendimento majoritário, os alimentos são exigíveis em face de quaisquer parentes até segundo grau, quando o pretense alimentando não consiga prover-se

²⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.032.846-RS**. Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 18/12/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

²⁰¹ TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8468/novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

²⁰² CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.501.

por seus próprios meios. Neste sentido, Gonçalves e Fabríz²⁰³ afirmam que

[...] o Direito não pretende proteger quem poderia manter-se por meios próprios; ao contrário, o Direito procura, com base na dignidade da pessoa humana e no princípio da solidariedade, prover aqueles que não contam – e nem tem meios para contar – com recursos próprios de subsistência.

Contudo, além de ser necessária a comprovação da necessidade daquele que pleiteia alimentos, é preciso também demonstrar a possibilidade do obrigado fornecê-los sem prejuízo ao próprio sustento. Trata-se de dever fundamental que, no entanto, não pode ser exigido quando se impõe um sacrifício desarrazoado. Cabe destacar aqui os ensinamentos de Adriano Sant’Ana Pedra²⁰⁴, para quem

[...] O dever imposto a alguém não pode ser um esforço excessivo. Ainda que em razão da ideia de solidariedade, não se pode impor ao sujeito do dever um sacrifício extraordinário – ou desproporcional – para salvaguardar certo direito. Só se pode exigir desse sujeito um “sacrifício trivial”²⁰⁵. [...] Portanto, a trivialidade do esforço dependerá não só do sujeito do dever senão também do direito fundamental correlacionado que se intenta proteger [...].

Havendo, assim, previsão constitucional e legal que atribui à família o dever de amparar seus membros, exsurge do ordenamento jurídico um dever fundamental exigível em face dos familiares, especificamente dos ascendentes, dos descendentes e dos colaterais até segundo grau (irmãos). Destaca-se, neste aspecto, que

[...] a extensão da incidência direta dos direitos sociais às relações entre particulares aflora como uma decorrência inarredável dos programas, dos axiomas e da própria linguagem incorporados à Constituição Federal de 1988. Disso se pode depreender a sujeição passiva, direta e horizontal, de todos os cidadãos à efetivação do direito

²⁰³ GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; FABRIZ, Daury César. A medida do binômio necessidade-possibilidade no dever fundamental dos descendentes de proverem os ascendentes. *In*: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. (Org.). **Direitos e Deveres Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. v. 1. p. 111-120.

²⁰⁴ PEDRA, Adriano Sant’Ana. Los deberes de las personas y la realización de los derechos fundamentales. **Estudios Constitucionales**, Santiago, a. 12, n. 2, p. 13-28, jul./dez. 2014, p. 19 - Tradução nossa. No original: “[...] el deber impuesto a alguien no puede ser un esfuerzo excesivo para él. Aunque en razón de la idea de solidaridad, no se puede imponer al sujeto del deber un sacrificio extraordinario -o desproporcional- para salvaguardar cierto derecho. Sólo se puede exigir de ese sujeto un ‘sacrificio trivial’. [...] Por lo tanto, la trivialidad del esfuerzo dependerá no sólo del sujeto del deber sino también del derecho fundamental correlacionado que se intenta proteger [...]”.

²⁰⁵ GARZÓN VALDÉS, Ernesto. (1986). Los deberes positivos generales y su fundamentación. **Doxa**. N° 3, p. 17-33. Disponível em: <<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10966>>. Acesso em: 8 ago. 2015.

fundamental à assistência, nomeadamente em relação aos parentes com os quais mantém relações obrigacionais alimentares²⁰⁶.

Entretanto, nada impede que o cidadão, embora não esteja em condições de prover-se ou de ser provido por sua família, aqui entendida na forma do regramento de parentesco estabelecido pelo Código Civil, receba amparo material e afetivo por outros meios, garantindo-se assim uma vida digna. Isso pode ser visualizado, por exemplo, quando se verifica contextos de relações familiares por afetividade, uma vez que a restrição do conceito de família à mera relação de parentesco não tem o condão de abranger todas as relações sociais estabelecidas com tal objetivo, razão pela qual não podem ser ignoradas pelo direito na atualidade.

Mudanças das relações sociais e culturais aos longos dos anos tornaram imprescindível revisitar o conceito de família, que deixou de ser vinculada necessariamente ao aspecto matrimonial ou de parentesco, podendo ser constituída em razão dos nobres laços de afeto, de ordem moral, sem sequer tangenciar a questão da diversidade sexual ou da existência de prole.

Dessa maneira concebemos a família como uma instituição social, historicamente condicionada, dialeticamente articulada com a sociedade, tendo como tarefas primordiais o cuidado, a proteção e a garantia da sobrevivência dos seus membros, independentemente do arranjo familiar ou da forma como esteja estruturada e se definindo de acordo com a classe social na qual esteja inserida²⁰⁷.

A esse respeito, Rodrigo da Cunha Pereira ensina que

É interessante observar que o estudo da família, em Direito, esteve sempre estritamente ligado ao casamento, que a tornava legítima ou ilegítima, segundo os vínculos da oficialidade dados pelo Estado, ou mesmo pela religião. Grande parte dos juristas confundiu o conceito de família com o de casamento. E por incrível que isso possa parecer, em nossa sociedade, mesmo no terceiro milênio, quando se fala em formar uma família, pensa-se primeiro em sua constituição por meio do casamento. Mas como a realidade aponta para outra direção, somos obrigados a vê-la, sob o ponto de vista da ciência, como algo mais abrangente²⁰⁸.

²⁰⁶ AJOUZ, Igor. **O dever fundamental à Assistência Social e a distribuição de deveres entre o Estado e a família**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 76.

²⁰⁷ REZENDE, Cristiane Barboza. **A velhice na família: estratégias de sobrevivência**. Dissertação de Mestrado. Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Faculdade de História, Direito e Serviço social. São Paulo, 2008. p. 52. Disponível em: <http://www.franca.unesp.br/Home/Pos-graduacao/ServicoSocial/Dissertacoes/Cristiane_Barboza.pdf>. Acesso em: 15 mar 2016.

²⁰⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: Uma abordagem psicanalítica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 2.

Portanto, atualmente, inexistente uma única e absoluta conceituação de família, que abarca uma ampla diversidade de relações socioafetivas. Nota-se, por exemplo, que não há qualquer vinculação de gênero atribuída ao conceito de família, quando se diz que é integrada por pessoas unidas por vínculo socioafetivo. Tanto é verdade que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo, interpretando-se a Constituição Federal, a fim de excluir qualquer significado do art. 1.723²⁰⁹ do Código Civil que impedisse o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar²¹⁰.

Vê-se, pois, que o conceito de família não se engessa por previsões normativas, já que envolve relações de afeto, que há muito suplantaram a padronização de entidade composta por homem, mulher e seus descendentes. Nesse diapasão, Rodrigo da Cunha Pereira afirma que a família

[...] é antes uma estruturação psíquica, onde cada um de seus membros ocupa um lugar, uma função. Lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos, sem entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. Tanto é assim, uma questão de lugar, que um indivíduo pode ocupar o lugar de pai sem que seja o pai biológico. Exatamente por ser uma questão de lugar e de função, que é possível, no Direito, que se faça e que exista o instituto da adoção. Da mesma forma, o pai ou a mãe biológica podem ter dificuldades, ou até mesmo não ocupar o lugar, de pai de mãe, tão necessários (essenciais) à nossa estruturação psíquica e formação como seres humanos²¹¹.

O meio ambiente familiar, portanto, longe de se ater aos contornos do parentesco civil, pode ser entendido como aquele cuja finalidade é a de “concretizar as aspirações dos indivíduos, na perspectiva da função social”²¹², envolvendo a necessidade de convivência harmônica entre

²⁰⁹ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF**. Relator Ministro Ayres Britto. Julgada em 05/05/2011; **Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental (ADPF) n.132/RJ**. Relator Ministro Ayres Britto. Julgada em 05/05/2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 16 jun. 2015. Vide: “Notícias STF”, de 15 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em: 16 jun. 2015.

²¹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. 4. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 10.

²¹² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil – Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 59.

os seus membros, baseada em princípios morais, o que gera, por conseguinte, deveres morais correlatos, sempre com fundamento no princípio da solidariedade familiar.

Vê-se, portanto, que o conceito de família é aberto, absorvendo diversos modos de convivência entre pessoas que, mesmo não detendo relações de parentesco, possuem o intuito de conviverem como família, com afeto, com respeito e com solidariedade que lhe são inerentes²¹³.

Assim, considerando os deveres atinentes à família e à sociedade (art.227 e 230 da CF), e o caráter subsidiário da assistência social, que apenas será prestada a quem dela necessitar (art.203 da CF/88), ao Estado, a princípio, não serão impostas obrigações assistenciais, a exemplo daquela prevista no art.203, V, da CF/88 (benefício assistencial de prestação continuada), quando restar constatado que o pretense beneficiário tem suas necessidades supridas por si, por sua família ou pela comunidade na qual se insere, e que não vive em situação de aviltamento de sua dignidade.

²¹³ Destaca-se, neste sentido, o conceito de família previsto na Lei Maria da Penha, Lei 11.340/2007, como sendo a “comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”.

4 O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

No campo da assistência social, a Constituição Brasileira, em seu art.203, inciso V, garante o pagamento de um benefício mensal, no valor de um salário mínimo, à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Trata-se de norma de eficácia limitada, eis que dependente da edição de lei ordinária para regulamentar a implementação de um dos direitos sociais previstos no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, que é o de assistência aos desamparados, especificamente quanto aos idosos e às pessoas com deficiência.

Com a edição da Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS) - Lei n. 8.742/93, o benefício assistencial encontra-se atualmente previsto em seus arts. 20 a 21-A, e consiste na concessão estatal de um salário mínimo mensal ao idoso acima de 65 anos²¹⁴ e à pessoa com deficiência física, mental, intelectual ou sensorial de longo prazo, que o impossibilite de participar de forma plena e efetiva na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas, após a comprovação de que os mesmos não conseguem prover a própria manutenção, tampouco tê-la provida por sua família.

Destaque-se que o benefício é devido somente ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais²¹⁵, conforme dispõe a Lei n. 8.742/93 e o art.34 do Estatuto do Idoso, não obstante essa última legislação classifique, para seus outros fins, que idoso é todo aquele cidadão com idade igual ou superior a 60 anos (art.1º, Lei n. 10.741/2003).

O benefício assistencial foi regulamentado pelo Decreto n.6.214/2007, sendo denominado de “benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao

²¹⁴ A idade mínima, inicialmente prevista na Lei n.8.742/03, para a concessão do benefício assistencial ao idoso, foi 70 anos. Em 01/01/1998, foi reduzida para 67 anos, e a partir de 01/01/2000, para 65 anos, conforme previsão do art.44 do Decreto n.1.744/95, que regulamentava o benefício assistencial, revogado pelo Decreto n.6.214/2007. Com o advento do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), art.34, manteve-se a idade de 65 anos.

²¹⁵ A idade inicialmente prevista na Lei 8.742/93 era de 70 anos, o que posteriormente foi alterado para 65 anos, como expansão da política pública referente à assistência social em favor do idoso.

idoso²¹⁶”, cujo custeio é oriundo do Fundo Nacional de Assistência Social²¹⁷, integrando a rede de proteção social básica no âmbito do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), de responsabilidade do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), à qual compete sua gestão, acompanhamento e avaliação. O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), por sua vez, é responsável por sua operacionalização.

Em se tratando de benefício assistencial, por sua própria natureza jurídica, não se exige, dentre os requisitos a sua percepção, o prévio pagamento de contribuição à seguridade social, entretanto, e por tal fundamento, não enseja o pagamento de 13º salário ao beneficiário e não gera o direito ao pagamento de pensão por morte na hipótese de seu falecimento.

Vê-se, pois, que o benefício assistencial destina-se a evitar o aviltamento da dignidade humana do idoso e da pessoa com deficiência, face ao risco social no qual se encontram. Será prestado, portanto, a quem dele necessitar, ou seja, o Estado terá o dever de prestá-lo quando o idoso ou a pessoa com deficiência demonstrarem situação de miserabilidade, sem possuir condições de prover o próprio sustento ou tê-lo provido por sua família.

Nesse aspecto, a LOAS considerou que a família é “incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa” quando a sua renda mensal *per capita* for inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo, de modo que se estipulou, em regra, a observância de um critério objetivo para se aferir a (in)capacidade da família em prover a manutenção da pessoa com deficiência ou do idoso.

Além disso, a lei estabeleceu um conceito próprio de família, por ela definida como o núcleo composto “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

²¹⁶ Denominação constante no Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007. Há várias denominações na doutrina: “Benefício de Prestação Continuada (LOAS)”, “Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC)”, “Benefício do amparo assistencial do idoso ou deficiente”, “Benefício assistencial ao idoso e à pessoa com deficiência (BPC/LOAS)”, “Benefício da Prestação Continuada da Lei Orgânica da Assistência Social (BPC/LOAS)”, ou simplesmente “LOAS”, popularmente conhecida no meio forense, em uma referência à Lei Orgânica da Assistência Social, Lei n.8.742/93. A sigla BPC não parecer ser a melhor opção, já que os benefícios da previdência social (Lei 8.213/91) também são benefícios de prestação continuada.

²¹⁷ **LOAS - Comentários à Lei Orgânica da Assistência Social** – Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano VII, n. 36. (jan./fev. 2015), p. 141.

tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto”. Essas previsões legais, no entanto, não permaneceram imunes a críticas.

A primeira discussão travou-se no sentido de avaliar a razoabilidade da fixação legal, pela Lei n. 8.742/93, de um conceito fechado, restritivo, de família, no que tange à composição do núcleo familiar responsável pelo amparo do idoso ou da pessoa com deficiência no caso concreto.

Outra problemática surge com a adoção de critério legal objetivo, para aferição da renda familiar *per capita*, de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do valor do salário mínimo, para fins de comprovação da efetiva falta de meios para que o idoso ou a pessoa com deficiência pudesse prover seu próprio sustento, ou tê-lo provido por sua família, e a sua possibilidade de flexibilização para a comprovação por outros meios da miserabilidade no caso concreto.

Para analisar esses questionamentos e buscar soluções compatíveis com o ordenamento jurídico, faz-se necessário verificar se os requisitos que envolvem o conceito de família e o valor da renda familiar *per capita* foram estabelecidos pela LOAS em harmonia com as teorias dos custos dos direitos e dos deveres fundamentais, bem como com o princípio da subsidiariedade entre família, sociedade e Estado.

4.1 A PROBLEMÁTICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA PREVISTO NA LEI 8.742/93

O art.194, parágrafo único, da Constituição Federal preceitua que compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base, dentre outros, nos princípios da universalidade de cobertura e atendimento, distributividade e seletividade na prestação de benefícios.

Esses princípios basilares da seguridade social norteiam o estabelecimento de critérios para a prestação da assistência social, ante a inequívoca constatação fática de que a sua cobertura não pode ser absoluta, “vez que inexistem recursos financeiros disponíveis para o

atendimento de todos os riscos sociais existentes, devendo se perpetrar a escolha dos mais relevantes, de acordo com o interesse público, observada a reserva do possível²¹⁸.

Por essa razão, o princípio da seletividade na prestação dos benefícios lastreia a escolha do legislador a respeito dos serviços e benefícios assistenciais a serem prestados, de modo a estabelecer requisitos prévios a sua concessão, de acordo com as necessidades sociais mais relevantes e a disponibilidade orçamentária do Estado, que deve ser otimizada, conforme o interesse público. Disso decorre a aplicação do valor da distributividade, pois a assistência social deve visar os mais necessitados²¹⁹.

Ora, a assistência social, ramo da seguridade social, será prestada a quem dela necessitar, o que denota o seu escopo subsidiário. Neste sentido, a Lei n. 8.742/93 disciplinou o benefício assistencial previsto no art.203, V, da CF/88, no valor de um salário mínimo, a ser pago pelo Estado aos idosos ou às pessoas com deficiência quando estes, por razões das mais diversas, não tiverem condições de prover o próprio sustento ou tê-lo provido por sua família.

Fala-se, portanto, do dever fundamental do Estado em implementar o dispositivo constitucional de proteção aos idosos e às pessoas com deficiência em situação de vulnerabilidade.

Assim, caso não disponham de condições de prover a própria manutenção e tampouco tê-la provida por sua família, cabe ao Estado conceder o benefício assistencial, no valor de um salário mínimo, com o intuito de assegurar-lhes uma vida minimamente digna.

Surge para o Estado a obrigação, subsidiária, de intervir quando comprovada a impossibilidade da família de o fazer. O papel da família em relação ao amparo de seus membros enseja importante contribuição para a sociedade, tendo em vista que, quando a família deixa de cumprir as suas responsabilidades essenciais, os custos sociais e financeiros para substituí-la por outras instituições, públicas ou privadas, são bastante elevados²²⁰.

²¹⁸ AMADO, Frederico. **Direito e processo previdenciário**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 37.

²¹⁹ AMADO, Frederico. **Direito e processo previdenciário**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 39.

²²⁰ REZENDE, Cristiane Barboza. **A velhice na família: estratégias de sobrevivência**. Dissertação de Mestrado. Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Faculdade de História, Direito e Serviço social. São

Nesse sentido, é preciso retornar ao conceito de família, aberto, tal qual proposto no Capítulo 3, absorvendo os diversos modos de convivência entre pessoas que, mesmo não mantendo necessariamente relações de parentesco, na forma do Código Civil, possuem o inequívoco objetivo de conviverem como família, com afeto, com respeito e com solidariedade que lhe são inerentes.

Assim sendo, é de se questionar se o conceito de família apresentado pela Lei n.8.742/93, restritivo no tange à composição do núcleo familiar, estaria em consonância com a configuração atual da família no seio social²²¹, bem como em harmonia com as teorias dos custos dos direitos, dos deveres fundamentais e da função subsidiária do Estado.

Conforme já exposto, o conceito de família que corresponde verdadeiramente à configuração atual de nossa sociedade não se limita ao critério de parentesco adotado pelo Código Civil, envolvendo outras formações a partir da construção de verdadeiros laços afetivos, sem correlação necessária aos laços matrimoniais, à diversidade sexual, à monogamia ou à existência de prole comum.

Ainda que o Código Civil estipule o dever fundamental de prestar alimentos entre os parentes²²², com o intuito de garantir vida digna ao alimentando, a subsistência deste pode decorrer da prestação por pessoas sem parentesco legal algum, em conceito aberto de família, ou mesmo pela comunidade na qual esteja inserido, via instituições sociais que lhe promovam vida digna.

Paulo, 2008. p. 52. Disponível em: <http://www.franca.unesp.br/Home/Pos-graduacao/ServicoSocial/Dissertacoes/Cristiane_Barbosa.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2016.

²²¹ Esta foi a conclusão a que chegou o Tribunal de Contas da União (TCU), em 2009, como consta item 186 do Relatório de Auditoria Operacional a respeito do Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC). De acordo com o referido Tribunal, “[...] é preciso avaliar se o conceito de família atualmente empregado no benefício está de acordo com o objetivo do texto constitucional, verificando se está aderente aos princípios assistenciais, em especial, garantindo que o recurso chegue aos mais vulneráveis e que os efeitos distributivos sejam otimizados”. Cf. Brasil. Tribunal de Contas da União. **Relatório de auditoria operacional: Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC)**. Relator Ministro Augusto Nardes. Brasília: TCU, 2009. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/comunidades/avaliacao-de-programas-de-governo/fiscalizacoes-recentes/fiscalizacoes-recentes.htm>>. Acesso em: 3 mar. 2016.

²²² Responsabilidade esta limitada aos parentes em linha reta e aos colaterais até o segundo grau (irmãos), conforme entendimento majoritário adotado no Superior Tribunal de Justiça.

Na prática, isso significa que, no campo da assistência social, ausente a situação de vulnerabilidade social, aos idosos ou às pessoas com deficiência não caberia a concessão do benefício de prestação continuada.

A Lei nº 8.742/93 pretendeu formular conceito fechado de família, vinculando-o à obrigação de amparo entre os seus membros, sem se atentar para o que, nesse aspecto, dispõem a Constituição Federal e o Código Civil.

Originalmente, o art. 20, §1º, da LOAS, conceituou família como “a unidade mononuclear, vivendo sob o mesmo teto, cuja economia é mantida pela contribuição de seus integrantes”. Em 1998, no entanto, tal dispositivo foi alterado para conceituar família como o conjunto das pessoas elencadas como dependentes na Lei 8.213/91 (art.16), desde que vivendo sob o mesmo teto. Desta feita, os familiares seriam o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; os pais; o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; além do enteado e do menor tutelado, que foram equiparados a filhos quando assim declarados pelo beneficiário e desde que comprovada a dependência econômica.

Com a edição da Lei nº 12.435/2011, o conceito de família adotado pela lei n.8.742/93 sofreu nova alteração, passando a ser previsto como o núcleo composto pelo requerente do benefício assistencial, 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.

Verifica-se que o conceito fechado de família, adotado pela LOAS, no que tange às pessoas que compõem o núcleo familiar, não contemplou situações vivenciadas em milhares de lares brasileiros, especialmente os mais carentes de satisfatórias condições econômicas²²³, nos quais a mútua colaboração para a subsistência dos seus membros independe da relação de parentesco.

²²³ “[...] nem mesmo o Código Civil teve a ousadia de definir a família, não podendo o legislador desconsiderar a realidade brasileira dos mais pobres” (AMADO, Frederico. **Direito e processo previdenciário**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 59).

Para evidenciar que o conceito de família previsto pela Lei 8.742/93 não é satisfatório para contemplar as relações sociais existentes em sua integralidade, verifica-se que ele não se harmoniza com o Código Civil, ao tratar das relações de parentesco (artigos 1.591 a 1.638, CC), pois enseja a exclusão de parentes, para fins de prestar alimentos, do dever de sustento aos idosos ou às pessoas com deficiência (art.229 e 230, CF/88) pelo simples fato de não residirem sob o mesmo teto, embora, sob o ponto de vista econômico, pudesse ser viável a obrigação de amparo (art.1.694, CC), independentemente da coabitação.

Ao compartilhar o mesmo entendimento, Igor Ajouz informa que:

A concepção adotada pela Lei ainda destoa da abertura semântica que se é de conferir à referência da família, estando a variedade formativa protegida pelo disposto no art.226 da Constituição Federal de 1988. Assim, restaram ignoradas, por exemplo, configurações familiares que ponham sob convívio avós e netos, sendo certo que entre estes, sem qualquer restrição etária, existe permanentemente um estado de sujeição às obrigações alimentares, explícito tanto no texto constitucional (arts.227 e 230) como na legislação ordinária (art.1696 do Código Civil). Quanto aos irmãos e filhos do requerente assistido, embora o novel preceito do art.20, §1º, da LOAS, tenha eliminado a restrição etária para a inclusão no grupo familiar, segue a norma condicionando a inserção à efetiva coabitação, em flagrante descompasso com o regime jurídico civil da obrigação alimentar. [...] Percebe-se, assim, uma quebra na harmonia sistêmica entre a regulação assistencial pública-estatal e a civil-familiar²²⁴.

Sobre o convívio entre avós e netos, por exemplo, raciocínio simples evidencia a incompletude do conceito legal de família para fins da Lei n.8.742/93. Tal qual previsto, pode-se verificar situações de não pagamento de benefício assistencial a integrante da família que faria *jus*, sob o ponto de vista da miserabilidade, ou a situação inversa, isto é, conceder-se o indevido pagamento de benefício em situações nas quais existiriam familiares aptos a suprir materialmente o familiar idoso ou com deficiência.

Imagine-se, por hipótese, uma família em que haja coabitação de pessoa com deficiência, seus pais e uma avó não idosa, todos a expensas do genitor que percebe renda comprovada de um salário mínimo. Pelo critério legal de família da LOAS, atrelado à renda familiar *per capita* de ¼ (um quarto) do salário mínimo para fins de aferição da miserabilidade, o núcleo familiar seria composto por apenas três pessoas, excluindo-se a avó, razão pela qual não seria devido o

²²⁴ AJOUZ, Igor. **O dever fundamental à Assistência Social e a distribuição de deveres entre o Estado e a família**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 143-144.

benefício assistencial em favor desse núcleo familiar, ainda que seja integrado por pessoa com deficiência.

Verifica-se tratar-se de hipótese de não pagamento de benefício assistencial a integrante da família que faria *jus*, sob o ponto de vista da miserabilidade, mas que será prejudicado em razão da conceituação legal restritiva de família pela LOAS.

Trata-se de equívoco que prejudica especialmente os mais pobres e necessitados, desconsiderando a realidade de indivíduos que mantêm núcleos familiares compostos até mesmo por pessoas sem qualquer laço de parentesco civil, mas que estão inseridos no contexto de respeito, afeto e ajuda mútua, como reflexo da solidariedade familiar.

Não há razão plausível para deixar de conceder o benefício assistencial à pessoa com deficiência, ao não computar a avó não idosa, sem renda, como integrante do núcleo familiar. Doutro plano, não se reputa devido o benefício assistencial em favor de contextos familiares em que se reconhece a figura de avós, com rendas aptas a amparar seus netos com deficiência, ou quando, noutra hipótese, para exemplificar, identifiquem-se irmãos que possuam rendimentos aptos a tal amparo, ainda que não vivam sob o mesmo teto.

Afere-se, então, que a previsão da LOAS a respeito do conceito de família não observou a melhor técnica, não considerando, por exemplo, como família, “a relação entre tios e sobrinhos, primos e primas ou netos e avós que vivam sob o mesmo teto, embora essas uniões afetivas sejam estáveis e públicas”²²⁵. De outro plano, a coabitação para caracterizar a composição do núcleo familiar também padece de críticas, uma vez que acaba por excluir, do dever de amparo, integrantes da família que possuem condições de fazê-lo sob o ponto de vista afetivo e econômico.

A legislação não pode desconsiderar, portanto, que

[...] a proteção jurídica aos desamparados não pode ignorar que, nas classes populares, a realidade familiar é culturalmente distinta dos padrões da classe média tidos, na prática, como parâmetros para a elaboração da legislação ordinária. Nesse

²²⁵ NOBRE, Edna Luiza. **A Assistência Social como instrumento de inclusão social**: Benefício de Prestação Continuada e Bolsa Família. Dissertação de Mestrado. Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2011. p. 129.

ambiente sociocultural, a família é vivida e compreendida de modo mais extenso e dinâmico, possibilitando os mais diversos arranjos a partir da consangüinidade, que vai além do núcleo formado pela conjugalidade e os filhos daí diretamente decorrentes [sic]²²⁶.

A esse respeito, assim concluiu o Tribunal de Contas da União, em auditoria realizada em 2009²²⁷, que

386 A partir de estimativas baseadas no Censo, foi observado também que o conceito de família BPC, utilizado para o cálculo da renda *per capita* para fins de elegibilidade ao benefício, representa fonte de risco para sua efetividade, na medida em que pode excluir familiares que possuem renda e que deveriam compor o cálculo da renda familiar, principalmente, nos percentis mais altos de renda. Além disso, o conceito atual potencialmente retira a possibilidade de inclusão de parentes que habitam no mesmo domicílio e não têm renda (seção “Relevância do Conceito de Família”, p. 48).

387 Os principais efeitos relacionados ao emprego do atual conceito de família são: i) não alinhamento do conceito com os preceitos constitucionais de que cabe a famílias prósperas sustentar o idoso ou a pessoa com deficiência, quando possível; ii) limitação dos efeitos redistributivos do BPC, pois a alteração para um conceito de família mais próximo da unidade de consumo e do núcleo protetivo permitiria a inclusão de pessoas extremamente pobres e a exclusão de pessoas não pobres; iii) a falta de homogeneidade dos conceitos de família entre o BPC e o PBF dificulta a integração dessa ação com as demais políticas de assistência social e o acompanhamento das famílias nesses programas.

Portanto, é corolário lógico o entendimento de que o benefício assistencial deve ser pago ao idoso ou à pessoa com deficiência que comprovarem não dispor de meios para proverem o próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família, seja considerando-a como a reunião das pessoas que mantêm entre si o dever de prestar alimentos, seja considerando-a como tal a reunião das pessoas com quem o sujeito beneficiário conviva com o objetivo de compor família, independente de coabitação, e, por questões morais de solidariedade e afeto, tenham a possibilidade de lhe oferecer um padrão de vida digno.

²²⁶ PICARELLI, Eduardo Tonetto. **O Conceito de Família na Assistência Social**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.21, dez. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Eduardo_Picarelli.htm> Acesso em: 03 mar. 2016. Deixa-se, no entanto, de concordar com o autor quando este afirma que “o conceito de família previsto no § 1º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, foi revogado tacitamente pelo conceito de família instituído para o bolsa-família, vigorando hoje o conceito único de família para assistência social, previsto na Lei nº 10.836/2004, que instituiu o bolsa-família”. Embora se acredite que o conceito de família da Lei 8.742/93 não seja o mais adequado, não se pode dizer que foi revogado pelo conceito de família previsto na legislação do bolsa família, pois são leis diversas que tratam de créditos assistenciais para situações diferentes.

²²⁷ Cf. Brasil. Tribunal de Contas da União. **Relatório de auditoria operacional: Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC)**. Relator Ministro Augusto Nardes. Brasília: TCU, 2009. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/comunidades/avaliacao-de-programas-de-governo/fiscalizacoes-recentes/fiscalizacoes-recentes.htm>>. Acesso em: 3 mar. 2016.

Esse conceito aberto de família é o mais adequado ao atendimento do princípio da função subsidiária do Estado, de modo a prestigiar o dever fundamental da família, unida pela solidariedade, em assistir seus idosos ou pessoas com deficiência, e os princípios da universalidade da cobertura e do atendimento, da seletividade e da distributividade na prestação dos benefícios.

A necessidade sempre premente de ampliação da cobertura do benefício assistencial, os custos financeiros que envolvem a implementação de políticas públicas, nesse tocante, e a necessidade de se atentar para a correta distribuição dos deveres fundamentais entre os atores sociais – família, sociedade e Estado – conduzem à conclusão de que o conceito de família, adotado para o fim da assistência social, deve ser compatível com a prescrição constitucional de que ela só será prestada a quem verdadeiramente necessitar, em perspectiva real de subsidiariedade.

4.2 A PROBLEMÁTICA DA FLEXIBILIZAÇÃO DO CRITÉRIO DA RENDA FAMILIAR *PER CAPITA*

O princípio da seletividade na prestação dos benefícios figura dentre aqueles que regem a seguridade social (art. 194, parágrafo único, inciso III, da CF/88). A aplicação deste mandamento conduz o legislador à necessidade de eleger as prestações a serem oferecidas, seja pela saúde, seja pela previdência, seja pela assistência social, face à gama de riscos sociais a que se sujeitam os cidadãos. Isso se deve, especialmente, ao fato de que os recursos financeiros do Estado não são ilimitados, muito ao contrário, uma vez que “a escassez, em maior ou menor grau, não é um *acidente* ou um *defeito*, mas uma *característica implacável*”²²⁸ dos recursos públicos.

²²⁸ AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 91.

Nesse sentido, portanto, a implementação das políticas públicas deve guardar respeito a outro princípio que rege a seguridade social, qual seja, o princípio da prévia fonte de custeio, que está inserido no art. 195, §5º, da Constituição Federal²²⁹.

Com o advento da LOAS, o art.20, §3º dispôs que é considerado “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”. O referido dispositivo legal, no entanto, não permaneceu imune a críticas, pois se passou a argumentar que o critério objetivo legalmente estabelecido não alcançaria o escopo de proteção do direito social, conforme fixado no art.203, V, da Constituição, ensejando alegações de inconstitucionalidade, perante o Poder Judiciário. Desse modo, torna-se relevante analisar os fundamentos da referida opção legislativa e o posicionamento do Poder Judiciário a respeito do critério objetivo fixado na lei em comento.

4.2.1 A opção legislativa pelo critério objetivo de 1/4 (um quarto) do salário mínimo

O benefício assistencial, inserido como direito fundamental social na Constituição Brasileira, veio a se consubstanciar em verdadeiro direito subjetivo exigível em face do Estado, que o prestará, a quem necessitar, de acordo com os critérios fixados na lei, conforme as escolhas do legislador, visando cobrir as necessidades sociais mais prementes, de acordo com a disponibilidade orçamentária²³⁰.

Assim, ainda que a percepção do benefício assistencial não dependa de prévia contribuição à seguridade social pelo beneficiário, tal qual ocorre com os benefícios previdenciários, para a

²²⁹ Art. 195, § 5º - “Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.”

²³⁰ Daniel Sarmento não considera viável conceber os direitos sociais como direitos subjetivos definitivos, ao argumento de que “esta possibilidade deve ser afastada diante do reconhecimento da escassez de recursos e da existência de diferentes formas de realização dos direitos sociais, bem como da primazia do legislador para adoção das decisões competentes sobre o que deve ser priorizado e sobre como deve ser concretizado cada direito” (SARMENTO, Daniel. A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 567).

sua regulamentação, implementação e consequente disponibilização à população, utilizam-se os recursos previstos no orçamento da seguridade social (art.204 da CF/88), atendendo-se ao princípio orçamentário do equilíbrio financeiro, entre receita e despesa, e à previsão constitucional de que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total (art.195, §5º).

Esses recursos orçamentários devem ser otimizados em razão da necessidade de se observar os princípios da universalidade da cobertura e do atendimento, da seletividade e distributividade dos recursos²³¹.

Com o advento da Lei 8.742/93, sanou-se a omissão da regulamentação prevista no art.203, V, da CF/88, estipulando-se o pagamento de benefício assistencial segundo requisitos fixados na lei, de acordo com as possibilidades orçamentárias do erário²³².

O benefício assistencial foi constitucionalmente fixado em um salário mínimo. Esse montante representa o maior valor de benefício pago dentre os programas de transferência de renda existentes atualmente, independente de contribuição à seguridade social.

Ressalte-se que o valor percebido a título de benefício assistencial, no montante de um salário mínimo devido a cada beneficiário, corresponde à quantia recebida por 28,2% (vinte e oito vírgula dois pontos percentuais) dos trabalhadores brasileiros²³³, que desenvolvem as suas

²³¹ “Assim, a concretização da Justiça Social, conforme a exata medida de direitos inerentes aos indivíduos em sua respectiva época (conforme o momento histórico), deve-se dar com observância da regra constitucional da seletividade e distributividade, as quais tornam legítima a escolha do legislador sobre prestações e beneficiários, que da melhor forma possível atendam ao Mínimo Social. É justamente por isto que o art.203, inciso V, da Constituição Federal, foi claro em estabelecer que o benefício assistencial se dará *conforme dispuser a lei*” (MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. **O benefício assistencial de prestação continuada**: reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à seguridade social. São Paulo: LTr, 2009. p. 38 - grifo no original). Referindo-se ao princípio da subsidiariedade, o autor atesta que “a subsidiariedade induz a um refinamento do princípio da seletividade, já que em função dele o acesso às prestações providas pelo Estado sucede uma apreciação mais sofisticada em torno da possibilidade de obtenção de meios de subsistência por iniciativa própria e nas relações familiar e comunitária, que há de ser estimulada pelo Estado” (Ibidem, p. 95).

²³² Nesse sentido, verifica-se que houve a ampliação de concessão do referido benefício ao idoso, pois a idade mínima inicialmente prevista na Lei n.8.742/03 foi de 70 anos, reduzida para 67 anos em 01/01/1998, e para 65 anos a partir de 01/01/2000, conforme previsão do art.44 do Decreto n.1.744/95, que regulamentava o benefício assistencial, revogado pelo Decreto n.6.214/2007. Como o advento do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), art.34, manteve-se a idade de 65 anos.

²³³ Cf. **Salário mínimo atinge maior poder de compra em 50 anos, diz Banco Central**. EBC Agência Brasil. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2015-02/salario-minimo-atinge-maior-poder-de-compra-em-50-anos-informa-bc>>. Acesso em: 05 mar 2016.

atividades laborativas diariamente e buscam promover, com tal rendimento, o sustento de suas famílias.

Não se encontra dentre os objetivos deste trabalho adentrar a discussão sobre se o valor do salário mínimo atual seria ou não capaz de atender às necessidades vitais básicas do cidadão e de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, conforme dispõe o art.7º, IV, da Constituição Federal.

O que se pretende destacar é que, se o valor que compreende o salário mínimo se destina a prover as necessidades básicas do trabalhador brasileiro e da sua família (art.7º, CF/88), tal situação serviu como parâmetro para aferição do critério da miserabilidade, que foi fixado abaixo do valor que compreende o salário mínimo²³⁴.

Dessa feita, optou-se pelo critério legal de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do valor salário mínimo, *per capita*, após análise quanto à possibilidade de custear este tipo de política pública em detrimento de outras também importantes políticas no campo assistencial.

Por ocasião da análise do projeto de lei n.3.077/2008, de autoria do Poder Executivo, transformado na Lei Ordinária 12435/2011, que alterou diversos dispositivos da Lei Orgânica da Assistência Social, houve a intenção de se modificar o critério legal de renda familiar *per capita* para fins de concessão do benefício assistencial, elevando-o para $\frac{1}{2}$ (meio) salário mínimo, em pretensa substituição do critério de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo.

Entretanto, a Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados deixou de acolher o projeto substitutivo apresentado pela Comissão de Seguridade Social e Família – CSSF, explicitando as razões pelas quais o critério de renda familiar *per capita* não poderia ser ampliado para metade do salário mínimo.

A proposta de alteração objetiva elevar de $\frac{1}{4}$ para $\frac{1}{2}$ salário mínimo o teto da renda familiar *per capita* para acesso ao benefício de prestação continuada – BPC - destinado às pessoas portadoras de deficiência ou idosas. Segundo o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, em resposta ao Requerimento de Informação nº 4472/2009, em que solicitamos a estimativa do aumento da despesa

²³⁴ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. **O benefício assistencial de prestação continuada**: reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à seguridade social. São Paulo: LTr, 2009. p. 122.

decorrente da eventual aprovação do Projeto, a alteração desse teto faria com que o dispêndio, de um total estimado de R\$ 20,2 bilhões para 2010, saltasse para R\$ 46,4 bilhões. Para se ter uma ideia do que tal impacto representa, o BPC atualmente atende 3,3 milhões de pessoas, com um gasto anual de R\$ 20,20 bilhões. Paralelamente, o Bolsa-família atende 12,1 milhões de famílias, com um gasto estimado, para 2010, de R\$ 13 bilhões. Como se percebe, o acréscimo nos gastos com o BPC, no montante informado pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome – para a ampliação da renda *per capita* familiar – possibilitaria praticamente triplicar a capacidade de atendimento do Programa Bolsa-família, cuja capilaridade, em termos pessoais e regionais, é reconhecidamente superior ao BPC. Tendo em vista, por conseguinte, o significativo impacto financeiro que a aprovação do Substitutivo acarretaria, não temos outra alternativa senão manter a renda familiar *per capita* do BPC no mesmo valor previsto na Lei nº 8.742/93, evitando-se fulminar tão relevante projeto por inadequação financeira e orçamentária²³⁵.

Quanto aos requisitos previstos na LOAS, o patamar de 1/4 (um quarto) do salário mínimo, como critério objetivo de renda familiar *per capita*, foi fixado em seu art.20, §3º e vigora até o momento como regra geral, uma vez que, após análise do poder público²³⁶, por questões políticas, optou-se por não aumentá-lo para 1/2 (meio) salário mínimo, entendendo-se prioritário que o custo dessa possível ampliação passasse a fomentar outra área de maior interesse, no caso, a ampliação do programa Bolsa Família, com a possibilidade de se atender a maior número de pessoas em situação de elevado risco social, em pobreza e extrema pobreza, com um custo público inferior ao custo do benefício assistencial.

Essas razões demonstraram que o poder público elegeu prioridades quanto à implementação de políticas públicas e, especificamente quanto à manutenção do critério de renda familiar *per capita* previsto no art.20, §3º, da Lei n. 8.742/93, atentou para o equilíbrio orçamentário, afinal:

[...] as políticas públicas retratam escolhas que são feitas em determinado momento histórico e que acabam por favorecer um determinado grupo social e deixam de favorecer outro. Essas escolhas de prioridades, desde que não violado o mínimo existencial ou o princípio da isonomia, não resultam em violação à Constituição, pois é da própria essência dos direitos sociais e de sua implementação pelo Poder

²³⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Finanças e Tributação. **Relatório no Projeto de Lei n. 3.077/2008**. 2010. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3073B7F92BB318E36B0A9EC7C0929223.proposicoesWeb1?codteor=780268&filename=Tramitacao-PL+3077/2008>. Acesso em: 19 mar. 2016.

²³⁶ Conforme já mencionado neste trabalho, na análise do Projeto de lei n.3.077/2008 a Câmara dos Deputados deixou de acolher o projeto substitutivo apresentado pela Comissão de Seguridade Social e Família – CSSF, explicitando as razões pelas quais o critério de renda *per capita* de 1/4 do salário mínimo não foi ampliado para 1/2 do salário mínimo.

Público, que não há como se implementar todos, em sua maior amplitude possível, de uma única vez, para todas as pessoas²³⁷.

Assim sendo, a Lei 8.742/93 dispôs, como regra geral, que a renda *per capita* do grupo familiar do idoso ou da pessoa com deficiência, para fazer jus ao benefício, deveria ser menor do que 1/4 (um quarto) do valor do salário mínimo.

4.2.2 A flexibilização, pelo Judiciário, do critério legal de renda familiar *per capita*

É certo que o benefício assistencial figura como importante instrumento de política pública, visando à emancipação daqueles que se encontram inseridos em situação de miserabilidade²³⁸.

Não se pode olvidar, contudo, que, em respeito ao princípio da separação de Poderes, cabe prioritariamente aos Poderes Executivo e Legislativo, e não ao Judiciário, estabelecerem os requisitos da sua concessão, especialmente em razão de serem aqueles os Poderes, por sua vocação e competência, que detêm a possibilidade de realizar a análise técnica, com abrangência macroeconômica, no tocante às repercussões orçamentárias, atentos aos custos dos mais diversos direitos fundamentais sociais, cuja proteção cabe ao Estado²³⁹.

Hodiernamente, muito se fala da judicialização da política, ou seja, da implementação de políticas públicas por parte do Poder Judiciário, quando os poderes Legislativo e Executivo se mostrarem omissos em seu mister, não olvidando que, como dito, são eles que, em regra,

²³⁷ LUNA, Ana Claudia Vergamini. **Direitos sociais**: controle jurisdicional de políticas públicas, limites e possibilidades. 2012. Dissertação (Mestrado em Diretos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p.89. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-05082013-162741/pt-br.php>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

²³⁸ AJOUZ, Igor. **O dever fundamental à Assistência Social e a distribuição de deveres entre o Estado e a família**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 27.

²³⁹ “[...] o problema da substituição do juízo político-social pelo Poder Judicial coloca-se nem tanto na separação de poderes, mas principalmente no sentido da adequação funcional da decisão, conferindo atribuição (tarefa/decisão) para a qual o Poder Judiciário evidentemente não está aparelhado ou preparado (desadequação orgânico-funcional)”. MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. **O benefício assistencial de prestação continuada**: reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à seguridade social. São Paulo: LTr, 2009. p. 127.

detêm a competência técnica para tanto.

É a omissão ou a insuficiência do Legislativo em prever e do Executivo em implementar que, segundo a doutrina, torna viável a ingerência do Poder Judiciário no campo das políticas públicas, com o intuito de impor aos poderes públicos a implantação das políticas públicas necessárias à efetivação de direitos de natureza fundamental, sem que, a princípio, isto implique violação à separação de poderes em razão de uma suposta invasão do Poder Judiciário no campo decisório reservado àqueles Poderes.

Desse modo, a doutrina entende possível uma releitura do princípio da separação de poderes quando o assunto envolve, por exemplo, a prestação da assistência social no Brasil, em situações em que o Poder Judiciário estaria autorizado a atuar diante da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, para a proteção de preceitos constitucionais atinentes aos direitos fundamentais sociais²⁴⁰.

Sabe-se que a norma constitucional não garante, na esfera jurídica do titular real ou potencial do direito fundamental, uma quantidade juridicamente determinada ou determinável de acesso ao bem protegido. Isto se dá pelo fato de os direitos sociais carregarem a especial característica de condicionamento material e financeiro por uma reserva do possível, obrigando os poderes públicos, em especial o legislador, a conformar a garantia do direito às disponibilidades do Estado. A função de conformar e densificar o conteúdo dos direitos sociais caberá então ao legislador ordinário, que não está vinculado a um modo específico de tornar efetivo o direito à prestação, havendo para o mesmo uma certa discricionariedade na escolha do meio a empregar, apesar de haver certos determinantes constitucionais que o vinculam. Esta ausência de delimitação do conteúdo do direito social é que torna delicada a questão de saber até que ponto pode o Judiciário intervir na efetivação dos direitos sociais²⁴¹.

A doutrina é pacífica a respeito da atuação do Poder Judiciário no terreno das políticas públicas quando estas não são implantadas pelo poder público competente, ou seja, quando há omissão que viole a dignidade da pessoa humana, não se assegurando determinado direito em seu mínimo existencial, pois “a centralidade do valor da dignidade da pessoa humana em nosso sistema constitucional permite a intervenção judicial para que seu conteúdo mínimo

²⁴⁰ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 22.

²⁴¹ SILVA, Virgínia Xavier Borges. A dimensão prestacional social do mínimo de existência e a responsabilidade pelo provimento das prestações fáticas dos direitos sociais. Uma Análise do Acórdão 509/02 (Tribunal Constitucional Português) e do Caso Hartz IV (Tribunal Constitucional Alemão). **Observatório da Jurisdição Constitucional**, v. ANO 5, p. 01-17, 2011. p.10.

seja assegurado aos jurisdicionados em qualquer situação em que estes se encontrem”²⁴².

Nesse contexto de omissão do poder público, vale o alerta do ministro Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal, para quem:

[...] cumpre esclarecer que, não se está a afirmar que é dado ao Judiciário intervir, de ofício, em todas as situações em que direitos fundamentais se vejam em perigo. Dito de outro modo, não cabe aos magistrados agir sem que haja adequada provocação ou fundados apenas em um juízo puramente discricionário, transmudando-se em verdadeiros administradores públicos. Aos juízes só é lícito intervir naquelas situações em que se evidencie um “não fazer” comissivo ou omissivo por parte das autoridades estatais que coloque em risco, de maneira grave e iminente, os direitos dos jurisdicionados. Em nenhum momento aqui se afirma que é lícito ao Judiciário implementar políticas públicas de forma ampla, muito menos que lhe compete impor sua própria convicção política, quando há várias possíveis e a maioria escolheu uma determinada²⁴³.

É inegável que, no atual momento do constitucionalismo brasileiro, o Poder Judiciário tem a responsabilidade de assegurar o cumprimento do escopo constitucional, tanto em sua dimensão formal, quanto em sua dimensão material. A força normativa da Constituição vigente dá sustentabilidade a esta atuação do Judiciário²⁴⁴.

²⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 592.581**. Sessão Plenária, 13/08/2015. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2016. O caso versou sobre o papel do Poder Judiciário na implantação de políticas públicas, reputando-se possível a determinação para que o Estado-membro fosse compelido a reformar o Albergue Estadual de Uruguaiana, que se encontrava em situação atentatória à integridade física e moral dos detentos, sem a existência de qualquer política pública visando a garantia do mínimo existencial.

²⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 592.581**. Sessão Plenária, 13/08/2015. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

²⁴⁴ Daniel Sarmento afirma que a força normativa da Constituição é uma importante conquista do constitucionalismo brasileiro contemporâneo. Para este constitucionalista, em virtude da natureza normativa da Constituição, é dever do Poder Judiciário “aplicar as normas jurídicas vigentes em situações de litígio, mesmo quando isto implique em controlar o exercício do poder estatal”. O autor alerta, no entanto, que “tais argumentos não devem nos levar ao ponto de negligenciar os riscos para a democracia representados por um ativismo judicial excessivo em matéria de direitos sociais, que transforme o Poder Judiciário na principal agência de decisão sobre as políticas públicas e escolhas alocativas realizadas nesta seara. Todos eles comportam temperamentos, que nos conduzem a preferir um regime que se, por um lado, não nega ao Poder Judiciário um papel relevante na proteção dos direitos sociais, por outro, também não o converte à condição de protagonista neste campo. Com efeito, não é um bom lenitivo para a crise – real e grave – das instituições da democracia representativa, a transferência de poder para uma instância não-responsiva perante a vontade popular, como o Judiciário. As crônicas patologias do processo político brasileiro justificam correções de rumo na nossa incipiente democracia, mas entre elas não está o esvaziamento das instâncias de representação democrática. Não se trata da doença matando o doente. Na verdade, o mais eficiente remédio para a correção dos desvios da democracia brasileira – mais importante até do que uma necessária reforma do sistema político – é o maior envolvimento do próprio cidadão na esfera pública” (SARMENTO, Daniel. A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel.

Quanto aos direitos sociais, especialmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, evidencia-se que o papel do Poder Judiciário vem se demonstrando essencial com vistas a assegurar a sua proteção, quando evidenciada a omissão dos demais poderes.

Em relação ao benefício assistencial, após a publicação da Lei 8.742/93, o critério legal e objetivo da renda familiar *per capita* no valor de ¼ (um quarto) do salário mínimo, fixado no seu art.20, §3º, foi objeto de questionamento em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.1.232-1/DF, ajuizada em 24.02.1995, pelo então Procurador-Geral da República, sob o argumento de que o dispositivo limitava o direito garantido por norma constitucional (art.203, V), pois não possibilitaria a comprovação, pelo idoso ou pessoa com deficiência, da falta de meios para garantir a sua subsistência, ainda que a renda *per capita* fosse superior valor fixado na norma.

A tese defendida pelo autor da referida ação era a de que o §3º do art. 20, da Lei 8.742/93, teria estabelecido uma presunção absoluta (*juris et de jure*), que dispensaria qualquer tipo de comprovação da necessidade assistencial, nas hipóteses em que a renda familiar *per capita* fosse inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo, todavia tal interpretação não poderia afastar a possibilidade de comprovação, no caso concreto, da efetiva falta de meios para que o idoso ou pessoa com deficiência pudesse prover seu próprio sustento, ou tê-lo provido por sua família, ainda que a renda familiar *per capita* superasse o patamar legal mínimo.

A ação, entretanto, na relatoria do Ministro Ilmar Galvão, foi julgada improcedente²⁴⁵, prevalecendo, à época, o entendimento do Ministro Nelson Jobim, seguido pelos Ministros Maurício Corrêa e Sepúlveda Pertence, no sentido de que compete à lei dispor sobre a

(Orgs.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 561-562).

²⁴⁵ 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 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1232, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Relator p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/1998, DJ 01-06-2001 PP-00075 EMENT VOL-02033-01 PP-00095).

comprovação da impossibilidade de o idoso ou a pessoa com deficiência prover o seu próprio sustento ou tê-lo provido por sua família²⁴⁶.

Tratou-se de decisão aparentemente acertada aos olhos da reserva do possível e da teoria dos custos dos direitos. Isso ocorre porque, além de inexistir omissão do poder público quanto à regulamentação legal da previsão constitucional do art.203, V, da CF/88, não teria sido demonstrada a insuficiência *a priori* do critério objetivo fixado no art.20, §3º da LOAS, afastando a ingerência do Poder Judiciário, consoante entendimento de Ana Cláudia Vergamini Luna, para quem

[...] a transparência na atuação da Administração, com o fornecimento de todas as informações que possam demonstrar a adequação da escolha feita e sua pertinência em relação ao grau de efetivação do direito social envolvido, acaba por limitar a possibilidade de ingerência do Poder Judiciário sobre as políticas públicas estabelecidas, pois, uma vez demonstrada, não só a legalidade da escolha feita, mas sua necessidade, adequação e razoabilidade, não poderia o Judiciário modificá-la, por entender que outra seria melhor²⁴⁷.

Entretanto, muito embora o critério legal e objetivo de renda familiar *per capita*, previsto no art.20, §3º, da Lei 8.742/93, não tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232/DF, o Superior Tribunal de Justiça²⁴⁸ e as demais instâncias inferiores do Poder Judiciário, quando do julgamento dos casos concretos submetidos à sua apreciação, prosseguiram em flexibilizar a concessão de benefício assistencial a idosos ou pessoas com deficiência cujas famílias possuíam renda *per capita* superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo, com o fundamento de que o critério objetivo fixado em lei, ainda que entendido como constitucional à luz da decisão da Corte Maior, não seria o único meio de se comprovar a miserabilidade exigida para a concessão do benefício.

²⁴⁶ De acordo com o voto vencedor, proferido pela Ministro Nelson Jobim, “[...] compete à lei dispor sobre a forma de 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 [1/4 do salário mínimo *per capita*]. 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”.

²⁴⁷ LUNA, Ana Claudia Vergamini. **Direitos sociais**: controle jurisdicional de políticas públicas, limites e possibilidades. 2012. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p.51. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-05082013-162741/pt-br.php>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

²⁴⁸ Como exemplo, vide: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1267161/PR**. Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 28/09/2011.

Nesse contexto, a questão, anos mais tarde, acabou por ser novamente submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal, em controle de caso concreto, quando do julgamento, em 2013, do Recurso Extraordinário n. 567.985/MT²⁴⁹, com repercussão geral reconhecida. Ocorre que, dessa vez, a Corte Superior, sob nova composição, flexibilizou o entendimento adotado a princípio no julgamento da ADI 1.232-1/DF, declarando a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do critério objetivo fixado no art.20, §3º, da Lei 8.742/93.

A fundamentação, para se decidir de modo diverso do entendimento antes albergado pelo julgamento da ADI 1.232-1/DF, foi no sentido de que teria se desenvolvido um

[...] processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, essa situação decorreria da edição de leis

[...] que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas²⁵⁰.

A nova postura do Supremo Tribunal Federal no enfrentamento da questão, todavia, não permaneceu imune a críticas. A controvérsia no que tange à atuação do Poder Judiciário no campo das políticas públicas concentra-se justamente na busca de fixação de limites para tal intervenção, a fim de se prevenir uma interferência desarrazoada do referido Poder na implantação de políticas públicas pelo Legislativo e Executivo, buscando-se evitar uma aparente violação da separação de Poderes e a ingerência incondicionada, que refoge à compreensão macroeconômica, nos gastos públicos.

²⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 567.985/MT**. Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 18/04/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>>. Acesso em: 18 mar. 2016.

²⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 567.985/MT**. Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 18/04/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>>. Acesso em: 18 mar. 2016.

4.2.3 Críticas à flexibilização incondicionada do critério da renda familiar *per capita*

Conforme já exposto, embora o critério objetivo fixado no art.20, §3º da Lei 8.742/93 tenha sido declarado constitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI 1.232/DF, em 1998, o Superior Tribunal de Justiça²⁵¹ e as instâncias inferiores do Poder Judiciário, quando do julgamento dos casos concretos submetidos a sua apreciação, flexibilizaram a concessão de benefício assistencial a idosos ou pessoas com deficiência cujas famílias possuíam renda *per capita* superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo, ao fundamento de que o critério objetivo fixado em lei, ainda que entendido como constitucional à luz da decisão da Corte Maior, não seria o único meio de se comprovar a miserabilidade exigida para a concessão do benefício.

Essa interpretação jurisprudencial ensejou crítica no sentido de que as decisões judiciais proferidas, a partir da intervenção ativa no Judiciário no tema, estariam a par da teoria dos custos dos direitos, promovendo-se desmensurada judicialização da política pública, em possível afronta à separação dos Poderes.

Nesse sentido, ao se afastar o critério objetivo de renda previsto na LOAS, para a concessão de benefício assistencial a partir da análise da miserabilidade em cada caso concreto, o Judiciário poderia fomentar subjetivismos e deixar margem para que se imperasse posições ideológicas dos julgadores, desprovida da ponderação a respeito da aplicação racional dos recursos públicos.

Assim, ainda que o direito à assistência social ostente caráter *jus* fundamental – e justamente porque tem natureza fundamental – não se pode ignorar a necessidade da seleção racional dos recursos públicos a aplicar nesta seara, o que se materializa, por excelência, no plano da legislação infraconstitucional e das dotações orçamentárias, estando seu controle judicial ainda a suscitar acirrada polêmica²⁵².

²⁵¹ Como exemplo, vide: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1267161/PR**. Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 28/09/2011.

²⁵² AJOUZ, Igor. **O dever fundamental à Assistência Social e a distribuição de deveres entre o Estado e a família**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 53.

Por outro lado, não se pode desmerecer a importância do controle judicial das políticas públicas, com o objetivo de imprimir a eficácia da Constituição como expressão do dever ser, em virtude da sua força normativa, tão bem explorada por Konrad Hesse²⁵³.

A intervenção ativa do Poder Judiciário, apesar de essencial e necessária para a implementação mais expressiva dos direitos sociais²⁵⁴, deve guardar consonância com seu caráter excepcional, quando forem omissas ou insuficientes as posturas dos Poderes Legislativo e Executivo, e deve se revelar compromissada com a análise da questão que lhe foi submetida sob a ótica dos custos dos direitos²⁵⁵, ainda que em contexto da defesa da dignidade da pessoa humana²⁵⁶ ou da proporcionalidade. Isso acontece porque, conforme esclarece Daniel Sarmiento,

[...] a cada vez que uma decisão judicial concede alguma prestação material a alguém, ela retira recursos do bolo destinado ao atendimento de todos os outros direitos fundamentais e demandas sociais. Cada decisão explicitamente alocativa de recursos envolve também, necessariamente, uma dimensão implicitamente desalocativa. Em palavras mais toscas, sendo curto o cobertor, cobrir o nariz implica deixar os pés de fora. Adicione-se a este panorama a constatação de que o acesso à justiça no Brasil está longe de ser igualitário. Por diversas razões, os segmentos mais excluídos da população dificilmente recorrem ao Judiciário para proteger os seus direitos. Daí resulta um delicado paradoxo, uma vez que, quando não pautado por certos parâmetros, o ativismo judicial em matérias de direitos sociais – que deveriam ser voltados à promoção da igualdade material – pode contribuir para a concentração da riqueza, com a canalização de recursos públicos escassos para os

²⁵³ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 15.

²⁵⁴ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 75.

²⁵⁵ “De um lado, a doutrina constitucional define o custo dos direitos como um elemento a ser considerado na teoria dos direitos fundamentais; de outro, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) descarta-o como elemento relevante para a decisão que venha a adotar. O descompasso entre doutrina e jurisprudência implica o prejuízo de uma interpretação constitucionalmente adequada dos direitos sociais prestacionais”. Cf. SOARES, Hector Cury. **Não levando os custos dos direitos a sério: o direito prestacional à saúde pelo Supremo Tribunal Federal**. Revista de Direito Sanitário, v. 16, p. 29-51, jul./out. 2015, p.30. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/106882>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

²⁵⁶ Carlos Gustavo Moimaz Marques chama a atenção para “[...] o subjetivismo excessivo dado ao princípio da dignidade da pessoa humana, muitas vezes empregado como verdadeiro ‘abracadabra’ para se deferir ou negar direito [...]”. Cf. MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. **O benefício assistencial de prestação continuada: reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à seguridade social**. São Paulo: LTr, 2009. p. 18. A esse respeito, afirma Hector Cury Soares que, “[...] na prática, o princípio da dignidade da pessoa humana assume caráter totêmico e insuperável por quaisquer argumentos que porventura possam ser adotados no sentido de realizar uma ponderação [dos custos]”. Cf. SOARES, Hector Cury. **Não levando os custos dos direitos a sério: o direito prestacional à saúde pelo Supremo Tribunal Federal**. Revista de Direito Sanitário, v. 16, p. 29-51, jul./out. 2015, p. 37. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/106882>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

setores da população mais bem aquinhoados²⁵⁷.

Ao Poder Judiciário, portanto, é vedada a ingerência em políticas públicas sem se atentar para os preceitos acima indicados. A motivação das decisões judiciais voltadas a tutelar direitos fundamentais, com base em princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, não pode ser indiscriminada, incondicionada em relação aos custos dos direitos, para valer-se de tais princípios como coringas argumentativos. É desarrazoado o exercício de “ponderações *em tese*, ponderações de direitos *em abstrato* e soluções a partir de modelos apriorísticos, transformando o que talvez pudesse ser *prima facie* em ‘fase única’”²⁵⁸.

Assim, se não houve omissão ou insuficiência dos poderes públicos competentes na implantação da política pública em questão, a princípio não estaria autorizada a intervenção do Judiciário, porque a política pública, entendida como dever do Estado para "remediar, ainda que minimamente, a situação de miséria daqueles que infelizmente acabaram relegados a essa condição²⁵⁹”, foi implantada de modo satisfatório.

Quanto à flexibilização da concessão de benefício assistencial a idosos ou a pessoas com deficiência cujas famílias possuem renda *per capita* superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo, a teor da decisão proferida no julgamento do Recurso Extraordinário 567.985/MT, fundamentou-se existir um processo de inconstitucionalização do art.20, §3º da LOAS, em razão de “notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro)”.

²⁵⁷ SARMENTO, Daniel. A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 556.

²⁵⁸ AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti(Org.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 85. No mesmo sentido: JORIO, Israel Domingos. **Presunção e normatização do dolo e sua incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito de Vitória. Vitória, 2014. p. 246-247. Disponível em: <<http://www.fdv.br/mestrado/teses-defesas/defesas-aprovadas/>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

²⁵⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. RE 567.985/MT**. Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 18/04/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>>. Acesso em: 18 mar. 2016.

Não se teceu, entretanto, maiores considerações a respeito de quais teriam sido as mudanças fáticas no plano econômico, político ou social. Não houve, tampouco, demonstrações pelas quais os critérios econômicos utilizados nos diferentes benefícios sociais previstos por outras legislações justificaria, sob a ótica da análise orçamentária, o processo de inconstitucionalização do art.20, §3º, da Lei 8.742/93, limitando-se a Corte julgadora, em síntese global, à fundamentação de que o princípio da dignidade da pessoa humana estaria sendo concretizado aquém do comando constitucional inserto no art.203, V, e que haveria uma insuficiência do dever do Estado de prestar assistência aos desamparados.

Não se desconhece a existência de outras legislações que cuidam de tratar da concessão de outros benefícios sociais que, por sua vez, fixaram como critério objetivo de renda familiar *per capita*, para fins de percepção do benefício, o valor de 1/2 (meio) salário mínimo, o que poderia aparentar serem mais benéficas.

Contudo, os direitos sociais não integram grupo homogêneo na Constituição Federal, quanto aos requisitos de concessão e meios de implementação²⁶⁰, razão pela qual se mostra incoerente a pretensão de se mesclar os regramentos a respeito dos benefícios sociais que buscam atender a situações diversas.

Veja-se, por exemplo, a Lei 10.689/2003²⁶¹, que cria o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA. Nesse caso, embora a renda mensal *per capita* tenha sido fixada no patamar de 1/2 (meio) salário mínimo, o valor do benefício, em espécie, corresponde a R\$ 50,00 (cinquenta reais), quantia bastante inferior ao valor do benefício assistencial da Lei 8.742/93, de 1 (um) salário mínimo. De comparação superficial sobre o valor dos benefícios, é possível antever que, sob o prisma do impacto orçamentário, a questão comporta abordagens diversas para cada benefício social a ser concedido.

Há benefícios sociais que buscam promover a proteção de outros tipos riscos sociais, cujos valores concedidos são bastante inferiores ao valor estabelecido para a concessão do benefício assistencial de prestação continuada, razão pela qual a pretensão de se mesclar os regramentos

²⁶⁰ Cf. KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 21.

²⁶¹ BRASIL. Lei n. 10.689, 13 jun. 2003. **Cria o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.689.htm>. Acesso em: 12 abr. 2016.

a respeito de sua concessão, em especial o critério de renda familiar *per capita*, pode ser nocivo à previsão orçamentária para o seu custeio.

Assim, salvo melhor juízo, entende-se que os critérios objetivos de renda familiar *per capita*, dos mais diversos benefícios sociais contemplados pelo Legislador, são distintos porque não possuem identidade comum de requisitos, salvo o fato de estarem inseridos no contexto de programas sociais²⁶².

Isso não significa dizer que haveria vedação absoluta ao aumento do percentual da renda familiar *per capita* fixado pela Lei n.8.742/93, para fins de se aferir a necessidade de percepção do benefício assistencial. Aliás, certamente seria bem vinda a sua ampliação para metade salário mínimo do referido valor de renda *per capita*, de modo a contemplar cada vez mais beneficiários, o que segue ao encontro dos princípios da seguridade social insculpidos no art.194 da CF/88, especialmente o da universalidade da cobertura e do atendimento, todavia, a alteração desse requisito necessita corresponder também à possibilidade orçamentária do erário.

O aumento do percentual da renda familiar *per capita* fixado pela Lei n.8.742/93, de 1/4 (um quarto) para metade do salário mínimo, como critério para a concessão do benefício assistencial, representaria, a título de exemplo, um aumento de 48% (quarenta e oito por cento) no gasto público, representando um aumento orçamentário de R\$ 8,9 bilhões²⁶³.

Além disso, a evolução do valor do salário mínimo, sobretudo na última década²⁶⁴, buscou superar os índices de inflação. Assim, teria havido uma melhoria no valor do salário

²⁶² De acordo com o entendimento do ministro Teori Zavascki adotado no Recurso Extraordinário n. 567.985/MT, o “benefício decorrente do art. 203, V da Constituição, de natureza individual, disciplinado no art. 20, § 3º da Lei 8.742/1993, tem configuração e pressupostos normativos próprios, insuscetíveis de equiparação com outros benefícios sociais, de natureza familiar, como o da Lei 10.689/2003, que cria o Programa Nacional de Acesso à Alimentação, ou o da Lei 9.533/1997, que incentiva a criação de programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. Por isso mesmo, não se pode supor que a mudança na legislação em relação aos requisitos ou pressupostos para a concessão de um desses benefícios, autorize a conclusão de que os mesmos pressupostos ou requisitos devam ser aplicados aos demais”.

²⁶³ PENALVA, Janaína; DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. O Benefício de Prestação Continuada no Supremo Tribunal Federal. **Revista Sociedade e Estado**. Volume 25. Número 1. Janeiro / Abril 2010. p. 63.

²⁶⁴ ETGES, Fernando Toding. A exclusão do benefício previdenciário de valor mínimo para efeito de concessão de benefício assistencial: necessidade de exame do caso concreto em detrimento da aplicação analógica da regra constante no Estatuto do Idoso. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 57, dez. 2013. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Fernando_Etges.html> Acesso em: 15 ago. 2015.

mínimo²⁶⁵, ainda que pouco significativa sob a ótica de quem o percebe, e não a sua piora. Essa abordagem, no entanto, não tem o condão de defender que o valor do salário mínimo atual atenda ao desiderato do art.7º, IV, da CF/88. O que se pretende demonstrar é que, bem ou mal, é este o valor recebido por grande parcela dos trabalhadores brasileiros para o seu sustento e da sua família, de modo que não se poderia admitir, em tese, que um programa de transferência de renda pudesse ser mais vantajoso do que o próprio trabalho, que é fundamento da ordem econômica (art.170, CF/88).

Nos termos do acórdão de julgamento do Recurso Extraordinário nº 567.985/MT, que declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/1993, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a necessidade de se contornar o critério objetivo a fim de que seja analisado, em concreto e caso a caso, o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou pessoas com deficiência.

Ocorre que, sendo o Brasil um país com enormes disparidades sócio-econômicas, a sensibilizar o julgador na apreciação dos casos submetidos à sua apreciação, pode-se ensejar que a intervenção ativa do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas decorra de um espírito “voluntarioso” de fazer “justiça direta”. As decisões judiciais que determinam a concessão de benefícios assistenciais por flexibilização de critérios legais, denominadas por Fernando Facury Scaff como “sentenças aditivas”, justamente por implicarem um aumento de custos ao erário, acabam por transformar o Judiciário em ordenador de despesas públicas e em legisladores positivos, “exercendo um papel que a Constituição não lhes atribuiu, nem mesmo para a implementação *direta* dos direitos sociais previstos na Carta”²⁶⁶.

²⁶⁵ A política de valorização do salário mínimo repercute in seu poder de compra, que em janeiro de 2015, p.ex., foi o maior desde 1965. Cf. BRASIL. Banco Central do Brasil. Impacto do Salário Mínimo sobre os Rendimentos do Trabalho: uma abordagem regional. **Boletim Regional do Banco Central do Brasil**. Janeiro 2015. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pec/boletimregional/port/2015/01/br201501b2p.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2016. Ver também: TELLES, Mário Sérgio Carraro. **Impactos fiscais do reajuste do salário mínimo**. Brasília: CNI, 2006. Disponível em: <<http://www.siamfesp.org.br/novo/downloads/NOTA10.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

²⁶⁶ SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) et. al. **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 134-135. Segundo o autor, “entende-se por ‘sentença aditiva’ aquela que implica aumento de custos para o Erário, obrigando-o ao reconhecimento de um direito social não previsto originalmente no orçamento do poder público demandado”. Diversos problemas, para o autor, decorrem dessa situação, pois “este tipo de decisão é pontual, atingindo um número restrito de pessoas, o que dificulta enormemente a atribuição de suas decisões à generalidade de quem se encontra na situação mencionada – o que só pode se dar através de uma *norma*, jamais através de uma *sentença*, por mais amplo que seja o efeito *erga omnes* e a força vinculante que venham a ser atribuídas a estas decisões. [...] Isso não quer dizer que o Judiciário não possa

Ao que parece, a postura do Poder Judiciário, de relativizar critérios de concessão de benefícios assistenciais conforme o entendimento sobre o caso concreto, segundo Flávio Galdino, pode conduzir a uma “indiscriminada aceitação teórica que logrou a atitude comum dos juízes de intervirem de modo aparentemente incondicionado nos gastos públicos – em última análise, alocando recursos, supostamente para tutelar direitos fundamentais²⁶⁷”.

Para Luiz Antonio Ribeiro da Cruz,

[...] o Poder Judiciário enxerga-se, aqui, aplicando uma interpretação superior da Constituição - por moralmente enriquecida – àquela praticada pelos demais poderes estatais, que se ocupariam unicamente de um direito ordinário, fruto de comezinhos acordos de interesses cotidianos [...]. A força hierárquica e a simplicidade argumentativa destes fundamentos que embasa o precedente do Supremo Tribunal Federal, cujo ponto de partida é a agradável ideia [...] de que a Corte simplesmente está cumprindo uma obrigação constitucional [...], dá suporte a uma crença cada vez mais insistente entre potenciais interessados na concessão do benefício, acadêmicos, advogados, e, principalmente, juízes de instâncias inferiores, que todos estarão mais bem protegidos se o Poder Judiciário tiver a última e amplamente benigna palavra sobre a definição de quem necessita da Assistência Social no Brasil. Em nosso entender, Poder Judiciário, Administração Pública e mesmo a sociedade brasileira voltam a trilhar o caminho que resultou na ampla judicialização do direito à saúde. E que certamente padecerá dos seus mesmos problemas [sic]²⁶⁸.

O entendimento jurisprudencial de se afastar o critério objetivo de renda familiar *per capita*, para fins de aferição de condição de miserabilidade do pretense beneficiário, sem atentar para os custos dos direitos no tocante aos limites dos gastos públicos, vai de encontro ao que já decidiu o Supremo Tribunal Federal em outras oportunidades, isto é, de que não compete ao

proferir ‘sentenças aditivas’. Pode e deve fazê-lo nos limites da lei. No Brasil, por exemplo, nos termos do que prescreve o Mandado de Injunção, ou seja, quando houver falta de norma regulamentadora que ‘torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania’” (Ibidem, p. 135 e 153).

²⁶⁷ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos não Nascerem em Árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. xvii.

²⁶⁸ CRUZ, Luiz Antonio Ribeiro da. Quem são os desamparados que necessitam da assistência social: os limites da administração pública e do poder judiciário na definição deste conceito fundamental. In: ALBUQUERQUE, Simone Aparecida; OLIVINDO, Karoline Aires Ferreira; ALVES, Sandra Mara Campos. (Org.). **Concurso de artigos jurídicos: direito à assistência social**. 1ed. Brasília: Fiocruz Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2015. p. 15-32. Disponível em: <<https://craspsicologia.files.wordpress.com/2015/06/publicacao-concurso-de-artigos-juridicos-2015.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

Poder Judiciário majorar benefício da seguridade social quando inexistente a indicação da fonte de custeio²⁶⁹.

Assim, entende-se que, quando uma decisão judicial, a pretexto de imprimir efeitos a direitos fundamentais sociais, enseja aumento orçamentário não previsto para a seguridade social, acaba por ferir de modo indireto outras normas constitucionais, a exemplo do princípio do equilíbrio orçamentário e o da prévia fonte de custeio, previsto no art. 195, §5º, da Constituição Federal, segundo o qual nenhum benefício ou serviço da seguridade social pode ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

Desse modo, é pertinente a crítica à decisão do Supremo no julgamento do RE 567.985/MT, no sentido de que haveria motivação do poder público para a escolha do critério objetivo de 1/4 do salário mínimo, para fins de comprovação de renda familiar *per capita*, conforme Lei n. 8.742/93, justificando, inclusive, a razão de não ter sido aprovado o substitutivo de projeto de lei que visava a aumentar o referido critério objetivo para metade do salário mínimo, pois o custo seria potencial para triplicar a cobertura do benefício do Bolsa Família, prioridade política do momento, por ser possível atender a gama maior de beneficiários em situação de risco social²⁷⁰.

Acredita-se, nesse sentido, que a fixação da renda familiar *per capita* em 1/2 (meio) salário mínimo não teria o condão de sanar as impugnações que hoje são levadas à apreciação do Judiciário, pois, provavelmente, surgiriam novas alegações no sentido de que o suposto novo critério não seria suficiente para comprovar a situação de vulnerabilidade no caso concreto, que também poderia ser provada por “outros meios”. A celeuma, por esta via, seria sem fim.

²⁶⁹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 567.360/MG**. Relator Min. Celso de Mello, julgado em 09.06.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 jun. 2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 416.827/SC**. Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 8.2.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

²⁷⁰ NERY, Pedro Fernando. Brasil, Economia e Governo. **Qual o programa assistencial mais caro do Brasil? (Não é o Bolsa Família)**. Publicação: 11/11/2014. Disponível em: <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2014/11/11/qual-o-programa-assistencial-mais-carro-do-brasil-nao-e-o-bolsa-familia/>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

O risco de relativização pelo Poder Judiciário, em cada caso concreto submetido a sua apreciação, do critério objetivo de renda familiar *per capita* para a constatação de risco social, visando à concessão dos benefícios de transferência de renda para além do referido patamar, tem o potencial de comprometer as contas públicas, porque não analisa a repercussão econômica sobre alocação de recursos anteriormente não previstos para este fim.

Para além da repercussão sobre os benefícios assistenciais, esse raciocínio se aplica a outros benefícios sociais, a ensejar, por exemplo, a flexibilização do critério de 1/2 (meio) salário mínimo fixado como renda *per capita* no Programa Nacional de Acesso Alimentação (Lei n. 10.689/03), cujo benefício em dinheiro é no valor de R\$ 50,00. O mesmo poderia ocorrer com a renda familiar *per capita* estabelecida entre R\$ 77,01 e R\$ 154,00, como critério objetivo fixado para o recebimento do Programa Bolsa Família (Lei n. 10.836/2004), para famílias em situação de “pobreza” e “extrema pobreza”, de valores de benefícios variáveis entre R\$ 35,00 e R\$ 77,00²⁷¹, visando a garantir às famílias “o direito à alimentação e o acesso à educação e à saúde”.

Evidentemente que, quanto maior o valor a ser pago a título de benefício social, o que ocorre com o benefício assistencial no valor de 1 (um) salário mínimo, mais interessante se revela recorrer ao Judiciário para a sua concessão, em hipótese de negativa administrativa.

No caso do art.20, §3º, da Lei n.8.742/93, embora o STF tenha reconhecido a insuficiência do critério da renda familiar *per capita* fixada em ¼ (um quarto) do salário mínimo, limitou-se a declarar a inconstitucionalidade parcial da regra, sem pronúncia de nulidade do texto.

Isso significa, em termos práticos, que, perante a Administração Pública, regida pelo princípio da legalidade estrita, o benefício assistencial continuará a ser indeferido quando for constatado, no processo administrativo, que a renda familiar *per capita* é superior ao limite previsto em lei, o que culminará na busca do Judiciário com vistas a garantir o direito ao benefício assistencial. Neste sentido é a constatação crítica de Daniel Wei Liang Wang:

Para uniformizar sua jurisprudência e sanar esta incerteza e dualidade, o STF declarou a repercussão geral no RE 567985, caso que assumiria então a função de

²⁷¹ CEF – Caixa Econômica Federal. **Bolsa Família**. Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br/programas-sociais/bolsa-familia/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

recurso paradigma ao problema. Na decisão deste recurso, ao tentar escapar da crítica de “abdicar” das suas funções de protetor de direitos constitucionais, decidiu pela inconstitucionalidade do critério de renda do BPC, o que a princípio permite que pessoas com renda acima de um quarto de salário mínimo *per capita* tornem-se elegíveis para receber o benefício. Ao mesmo tempo, para também esquivar-se da crítica de ter “usurpado” funções legislativas e executivas, decidiu pela não nulidade do art. 20, §3º da LOAS, sem estabelecer novos parâmetros à concessão do benefício e deixando a decisão para os juízes em cada caso²⁷².

E mais, prossegue a crítica ao Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, “ao desconsiderar o impacto orçamentário e distributivo de sua decisão, ignorou que o direito à assistência social não é apenas daqueles que conseguem chegar ao Judiciário, mas de toda a população que precisa da política de assistência social”²⁷³.

Nesse diapasão, Luciano Benetti Timm explica que:

Um sistema de redistribuição de renda que faz necessário o recurso a um tribunal é uma forma ineficiente e dispendiosa de política pública e social, pois ela faz depender a implementação de um direito de um procedimento longo, necessariamente custoso para a sociedade e para o indivíduo litigante²⁷⁴.

Assim, entende-se que a postura ativa do Poder Judiciário no controle da política pública de concessão de benefício assistencial, ao promover interpretação extensiva quanto ao critério da renda familiar *per capita* para fins da aferição da miserabilidade nos casos concretos, pode ensejar intervenção incondicionada nos gastos públicos e permitir “que mais pessoas sejam

²⁷² WANG, Daniel Wei Liang. Adjucação de direitos e escolhas políticas na assistência social: o STF e o critério de renda do BPC. *In*: ALBUQUERQUE, Simone Aparecida; OLIVINDO, Karoline Aires Ferreira; ALVES, Sandra Mara Campos. (Org.). **Concurso de artigos jurídicos: direito à assistência social**. 1. ed. Brasília: Fiocruz. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2015. p. 223-226. Disponível em: <<https://craspsicologia.files.wordpress.com/2015/06/publicacao-concurso-de-artigos-juridicos-2015.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

²⁷³ WANG, Daniel Wei Liang. Adjucação de direitos e escolhas políticas na assistência social: o STF e o critério de renda do BPC. *In*: ALBUQUERQUE, Simone Aparecida; OLIVINDO, Karoline Aires Ferreira; ALVES, Sandra Mara Campos. (Org.). **Concurso de artigos jurídicos: direito à assistência social**. 1. ed. Brasília: Fiocruz. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2015. p. 223. Disponível em: <<https://craspsicologia.files.wordpress.com/2015/06/publicacao-concurso-de-artigos-juridicos-2015.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

²⁷⁴ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) et. al. **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 58.

enquadradas como miseráveis sem realizar prévio estudo técnico quanto ao impacto orçamentário de sua decisão”²⁷⁵.

4.2.4 Inovação legislativa: a flexibilização do critério objetivo da renda familiar *per capita* pelo Executivo

A Lei 8.742/93, ao prever o critério objetivo de renda familiar *per capita*, no valor 1/4 (um quarto) do salário mínimo, estabeleceu o parâmetro utilizado pela Administração Pública, em observância ao princípio da estrita legalidade a que se vincula, para aferir o direito do requerente ao benefício assistencial em cada caso concreto.

Assim, o requerimento administrativo do pretense beneficiário será indeferido em hipótese de constatação, no caso sob análise, de renda familiar *per capita* mensal, declarada pelo requerente ou por seu representante legal, superior ao patamar previsto na norma. Ao cidadão, em desfavor de quem o pedido administrativo de concessão de benefício assistencial foi negado, caberá, tão somente, a depender do seu interesse, propor demanda judicial em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, objetivando impugnar o ato administrativo e obter, na esfera judicial, o benefício pretendido.

Isso ocorre porque, como visto, o Poder Judiciário tem permitido a análise do requisito da miserabilidade por outros meios de prova, que admitam a comprovação desta condição ainda que a renda familiar *per capita* ultrapasse o valor de 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

Esse entendimento jurisprudencial não se aplicava à esfera administrativa, ante a ausência de permissão legal, por sua vinculação estrita à legalidade. A atuação do Poder Judiciário, por sua vez, ao intervir ativamente na implementação de política pública, para flexibilizar o critério legal da renda familiar *per capita* e admitir, por outros meios, a prova da miserabilidade, nunca esteve imune a críticas, levantando-se questionamentos sobre a

²⁷⁵ MENEGUIN, Fernando B.; BUGARIN, Tomás T. S. Brasil, Economia e Governo. **Qual o critério para ser miserável no Brasil? (e como o Judiciário agrava a miséria)**. Publicação: 23/03/2015. Disponível em: <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2015/03/23/qual-o-criterio-para-ser-miseravel-no-brasil-e-como-o-judiciario-agrava-a-miseria/>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

aparente invasão da esfera de competência do Poder Legislativo, atuando como legislador positivo, e por decidir, subjetivamente, descompromissado de uma análise objetiva sobre as repercussões e impactos orçamentários de sua decisão, violando-se supostamente, assim, os princípios da separação de poderes e da prévia fonte de custeio da seguridade social.

Entretanto, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, na Lei n.13.146, de 06 de julho de 2015²⁷⁶, promoveu-se uma notável mudança na Lei Orgânica de Assistência Social, de modo a repercutir diretamente na aferição da condição da miserabilidade como requisito para a concessão do benefício assistencial, administrativamente.

Isso aconteceu porque foi incluído o §11 ao art.20 da Lei n.8.742/93, com o seguinte teor:

Para concessão do benefício de que trata o *caput* deste artigo, poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme regulamento.

Assim, embora o critério objetivo de renda familiar *per capita*, inserto no art.20, §3º, da LOAS tenha permanecido, como regra geral, no valor de ¼ (um quarto) do salário mínimo, por opção legislativa²⁷⁷, a comprovação por outros meios da situação de miserabilidade do grupo familiar com renda *per capita* acima deste patamar passou a ser legalmente autorizada, conforme critérios a serem definidos em regulamento.

Trata-se de relevantíssima alteração, com assunção pela própria lei de novo paradigma para aferição da vulnerabilidade social do pretense beneficiário ao benefício de prestação continuada da LOAS, visando a ampliar a possibilidade de sua concessão em situações em que seja possível comprovar a existência de miserabilidade no caso concreto.

²⁷⁶ Os termos "portador de deficiência" ou "portador de necessidades especiais" é considerando inadequado. A terminologia reputada correta, já há alguns anos, é a de "pessoa com deficiência", o que veio a ser chancelado com o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

²⁷⁷ O Estatuto da Pessoa com Deficiência derivou do Projeto de Lei n.06/2003, do Senado Federal, de autoria do Senador Paulo Paim (registrado na Câmara dos Deputados sob o n. nº 7.699, de 2006). Em seu art.72, §§3º e 4º, tal projeto previa tanto o aumento da renda *per capita* para 1/2 (meio) salário mínimo, bem como que a renda superior não impedia a concessão do benefício quando a miserabilidade fosse comprovada por outros meios. Entretanto, o Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 4, de 2015, no art.105, não manteve o aumento da renda *per capita*, apenas a possibilidade de se comprovar a miserabilidade por outros meios, conforme atual redação do art.20, §11, da Lei 13.146/2015. Cf. BRASIL. Senado Federal. **Quadro comparativo do Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 4, de 2015, ao Projeto de Lei do Senado nº 6, de 2003 (nº 7.699, de 2006, na Câmara dos Deputados)**. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/163062.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

A diferença é substancial entre a flexibilização do critério objetivo da renda familiar *per capita* prevista e autorizada por lei, na forma do que vier a estabelecer o regulamento da própria Administração Pública, e a flexibilização promovida pelo Poder Judiciário na apreciação das demandas difusas que lhe são submetidas à apreciação.

Isso se deve porque, sendo previstos parâmetros minimamente objetivos em regulamento, as análises dos impactos e repercussões orçamentárias dessa política de ampliação dos direitos sociais, sob a ótica dos custos dos diretos, ficará sob o controle orçamentário do Poder Público, atento à necessidade da prévia fonte de custeio para a extensão do benefício assistencial.

Em obediência ao princípio da legalidade, a Administração Pública, com base em requisitos previamente conhecidos e previstos, possibilitará que mais idosos e pessoas com deficiência sejam agraciados com a concessão do benefício assistencial. Espera-se, com isso, que a proteção social ocorra de forma mais abrangente e igualitária, sob a gestão orçamentária do poder público.

Espera-se, ainda, que esta relevante alteração legislativa mitigue a custosa – para o cidadão e para o poder público – corrida ao Judiciário para se ver implementado o direito ao benefício assistencial, considerando que a flexibilização do critério objetivo da renda familiar *per capita* para a admissão por outros meios da comprovação da condição de miserabilidade será possível a todos que pleitearem, administrativamente, o referido benefício, pautando-se, desta feita, por critérios prévios a serem previstos em regulamento, observadas as repercussões orçamentárias decorrentes da ampliação da política pública em questão, à luz dos custos dos direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É de reconhecimento inequívoco que o enaltecimento dos direitos fundamentais sociais, especialmente após a Constituição Brasileira de 1988, sob o ponto de vista da necessidade de sua efetiva implementação, contribui sobremaneira para se alcançar o objetivo republicano de erradicar a pobreza e a marginalização, bem como para se reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Na qualidade de direitos de segunda dimensão, os direitos sociais têm a importância de privilegiar o axioma da igualdade entre as pessoas, a par do que já predominava no período do Estado Liberal, no ideário da primeira dimensão de direitos, que era a liberdade, calcada na garantia dos direitos meramente individuais.

Ao se reconhecer a feição social ao Estado, passou-se a lhe exigir atuação positiva com o intuito de assegurar a proteção de direitos fundamentais voltados à garantia da dignidade humana, tais como os direitos à saúde, à educação, ao trabalho, à segurança e à assistência aos desamparados.

A previsão formal dos direitos fundamentais sociais em Constituições, no entanto, por si só, de pouco vale. Para além do reconhecimento formal desses direitos, faz-se necessário protegê-los, mediante a adoção de instrumentos eficazes para sua efetivação, o que implica atribuir ao Estado o papel de formulador de políticas públicas.

Como visto, nesse contexto de proteção de direitos fundamentais sociais, destacou-se o relevante papel da assistência social na salvaguarda de uma vida minimamente digna aos cidadãos que, sob as mais variadas motivações, encontram-se em verdadeira situação de desamparo, sendo prestada a quem dela necessitar independente de contribuição à seguridade social.

Obedece-se, assim, ao escopo constitucional de se construir uma sociedade justa e solidária, reverberando o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual deve nortear a formulação e a implementação das políticas públicas sociais.

O valor supremo da dignidade humana, por sua vez, e para fins de assegurar a efetiva implementação dos direitos fundamentais sociais, ultrapassa a exigência prestacional do Estado para também aclamar o dever de cooperação de toda a sociedade a contribuir para o bom funcionamento da assistência social, no contexto de proteção de todo o arcabouço de direitos fundamentais.

A assistência social, assim, reconhecida como verdadeiro direito fundamental social, com assento constitucional, despe-se de sua feição de mera caridade, de filantropia, para inserir-se no contexto de direito exigível, do Estado, que a institucionalizou, e também da sociedade, na medida das esferas de responsabilidades de cada um dos seus integrantes.

Do papel de fomentador das iniciativas privadas de caridade e filantropia, o Estado assumiu a feição de Estado providência, de modo a promover o bem-estar de seus cidadãos, o que demanda a existência de recursos financeiros nem sempre disponíveis.

Desse modo, é contraproducente o pensamento de exigência da prestação do direito social apenas em face do Estado, no tocante à assunção de obrigações sociais, pois as necessidades sociais se mostram infinitas, enquanto os recursos públicos são escassos.

O custo da assistência social no Brasil é elevado, especialmente pela circunstância de se tratar de um país com dimensões territoriais continentais, em que se verifica significativa desigualdade entre as camadas de estratificação social, com hipertrofia das classes mais baixas. Torna-se necessária a otimização dos gastos públicos, para ampliação da cobertura do risco do desamparo, destacando-se especial contribuição para tanto que a tutela assistencial aos cidadãos não permaneça sob exclusividade do Estado.

É inequívoco, portanto, que a garantia dos direitos fundamentais, especialmente os sociais, demanda custos. Neste aspecto, verificou-se, inclusive, que até mesmo os direitos denominados de primeira dimensão, que ensejariam a abstenção estatal, por concepção, tal qual o direito de liberdade, acabam por demandar dispêndio financeiro do Estado para a sua preservação, a exemplo da necessidade que surge para manter o custeio de instituições, tais como a Polícia, o Ministério Público e o Judiciário, que atuam na hipótese de violação a tais

direitos de liberdade. Daí a razão porque se diz que todos os direitos são positivos, no sentido de ensejar custos ao erário, para sua preservação ou prestação.

Ao Estado, portanto, atribui-se a gestão do orçamento dos gastos públicos e, sob sua observância, demanda-se efetuar escolhas políticas, eis que os recursos são insuficientes para o pleno atendimento de todas as demandas sociais. Isso resulta na consequência de que, qualquer que seja a escolha adotada, será uma opção trágica, sob o ponto de vista daqueles outros direitos que permanecerão carentes de tutela.

Desse modo, ao Estado cabe assegurar a efetiva prestação de direitos fundamentais com base na reserva do possível, o que significa observar as questões orçamentárias, desde que devidamente demonstradas, para justificar o atendimento estatal de determinado direito fundamental social em detrimento de outro direito não atendido.

Nessa seara se insere a importância do Poder Judiciário como legítimo controlador da legalidade e da suficiência das políticas públicas levadas a efeito pelos Poderes Legislativo e Executivo. Embora lhes caiba, em regra, a competência para a implementação das políticas públicas de direitos fundamentais sociais, respectivamente sob a ótica da previsão e da efetiva execução desses direitos, ante a vocação técnica que detêm para tais finalidades, não se afasta, como visto, a possibilidade de ingerência do Judiciário no controle das atribuições dos outros poderes, mecanismo que a doutrina denominou de judicialização de políticas públicas.

Assim, o controle judicial de políticas públicas é possível, como mecanismo excepcional que visa a imprimir efeitos aos direitos fundamentais, não se inserindo, em regra, dentre as atribuições do Poder Judiciário, a implementação de políticas públicas, que é afeta às competências dos Poderes Legislativo e Executivo. Atende-se, nesse sentido, ao princípio da separação de poderes e previne-se a interferência prejudicial do Poder Judiciário nos gastos públicos, desatenta das repercussões que as decisões judiciais sobre implementação de políticas públicas podem ensejar sob o viés econômico, especialmente quando não há omissão do Poder Público em assegurar-se o mínimo existencial.

Estabelecer o limite da intervenção do Poder Judiciário, no controle da implementação de políticas públicas pelo Estado, não é tarefa fácil. Ante a limitação orçamentária do Estado para a proteção integral dos direitos fundamentais, há linha tênue que separa a atuação

legítima do Poder Judiciário no controle judicial das políticas públicas e a sua interferência desarrazoada no equilíbrio orçamentário.

A intervenção ativa do Poder Judiciário, apesar de essencial e necessária para a implementação mais expressiva dos direitos sociais, deve guardar consonância com seu caráter excepcional, quando forem omissas ou insuficientes as escolhas políticas dos Poderes Legislativo e Executivo, e deve sempre se revelar compromissada com a análise da questão que lhe foi submetida sob a ótica dos custos dos direitos.

A motivação das decisões judiciais, com base em princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, não pode ser indiscriminada e incondicionada com relação aos custos dos direitos, para valer-se de tais princípios como coringas argumentativos a justificar análise da questão descompromissada da repercussão sobre os gastos públicos.

Reputa-se, a princípio, que não se justifica a intervenção do Judiciário nas hipóteses em que não houve omissão ou insuficiência na implantação da política pública, quando esta foi instituída de forma equitativa entre os necessitados que se encontram sob o mesmo padrão de análise.

Portanto, é de se lembrar por todos os Poderes Públicos, dentre estes também o Poder Judiciário quando do exercício do controle judicial dos outros Poderes, que, por ocasião da implementação de políticas públicas, devem considerar, seriamente, que os recursos públicos são escassos e que possuem a difícil missão de equilibrar a fonte de custeio com a necessidade de proteger os direitos fundamentais sociais de forma justa e igualitária entre todos os beneficiários destes direitos.

No afã de se promover a ampliação da cobertura da assistência social a quem realmente dela necessitar, a análise da atuação estatal no campo assistencial não pode se limitar apenas à otimização dos gastos públicos. A proteção dos direitos assistenciais exige a releitura do papel atribuído ao Estado, a quem os deveres sociais não podem ser imputados com exclusividade.

Constata-se, então, a necessidade de se resgatar os deveres atribuídos à sociedade como contribuição para a proteção dos direitos fundamentais sociais, afastando-se a concepção que

enxerga no Estado a feição exclusivamente paternalista, de forma a se entender que a sua atuação assistencial deve ser compartilhada e subsidiária em relação aos papéis assistenciais da sociedade e da família.

Sob a ótica dos deveres fundamentais, tema esquecido pela doutrina constitucional contemporânea, verificou-se que, muito embora sejam reconhecidos ao Estado deveres fundamentais no campo assistencial, a Constituição também atribuiu deveres à família e à sociedade.

Ao prever que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, a Constituição forneceu os contornos conceituais do princípio da subsidiariedade estatal, o que significa que a atuação Estatal na esfera assistencial só é exigida quando a dignidade do cidadão não está garantida pelo seu meio social.

A avocação da atividade protetora pelo Estado, no ideal do *Welfare State*, olvidando-se da subsidiariedade, acarretou o esquecimento da rede primária de solidariedade, dos laços de entreajuda verificados nos cidadãos. No entanto, deve-se resgatar esta rede de proteção, fixando-se a noção de subsidiariedade na qual o Estado tenha o dever de prover a assistência social quando a dignidade não possa ser garantida pelo próprio cidadão, por sua família ou pela sociedade na qual está inserido, o que não significa o retorno ao Estado mínimo, e sim uma reflexão a respeito do apoio comunitário como perspectiva para a garantia de uma ampla proteção social.

A crença no Estado provedor universal, possível de abarcar toda gama de oferta de bens e serviços, com o intuito de reduzir as desigualdades sociais, não se sustenta. É preciso a contrapartida da sociedade na medida de suas possibilidades. A pretensão de se auferir tudo do Estado, como responsável maior por suprir as necessidades sociais, ensejou uma evidente diminuição da rede primária de solidariedade, a exemplo da família e da comunidade, bem como um esquecimento do princípio da subsidiariedade.

A subsidiariedade estatal denota a necessidade de se internalizar que o exercício da cidadania envolve não apenas direitos, mas também deveres fundamentais a ela correlatos, reestruturando-se a responsabilidade de cada ator social para a proteção dos direitos fundamentais sociais.

A participação da sociedade na seara assistencial não pode se restringir ao cumprimento do dever fundamental de pagar as contribuições à seguridade social, a fim de possibilitar a atuação da assistência social, subsistema da seguridade social de caráter não-contributivo. A Constituição Brasileira também prevê os deveres da família em face das crianças e adolescentes, dos pais, dos filhos e das pessoas idosas.

Esses deveres fundamentais atribuídos à família, no campo assistencial, devem ser cumpridos prioritariamente em relação ao dever do Estado, em relação subsidiária de atribuição de responsabilidades. Quando a Constituição brasileira afirma, por exemplo, que os filhos devem amparar seus pais na velhice, na carência ou na enfermidade, bem como quando dispõe que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, visa a estabelecer a noção de subsidiariedade de atuação, pois o assistencialismo será prestado pelo Poder Público apenas quando os demais atores sociais não tenham condições de cumprir com os seus deveres de amparo.

Os estudos desenvolvidos neste trabalho promoveram a abordagem de alguns aspectos polêmicos do benefício assistencial de prestação continuada previsto no art.203, V, da Constituição Federal de 1988, como forma de demonstrar que as políticas públicas assistenciais não podem se desvincular da necessária análise sobre os custos dos direitos, os deveres fundamentais e a relação subsidiária que envolve a atuação da família, da sociedade e do Estado na prestação de assistência aos desamparados.

O benefício assistencial de prestação continuada, ante a previsão constitucional do art. 203, V, foi disciplinado em lei ordinária e previsto, no valor de um salário mínimo, aos idosos maiores de 65 anos e às pessoas com deficiência que demonstrem não dispor de meios para proverem a própria subsistência, tampouco de tê-la provida por sua família, quando a renda *per capita* familiar mensal não ultrapassar o valor de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo.

A Lei n. 8.742/93, Lei Orgânica da Assistência Social, por sua vez, estabeleceu conceito fechado de família, no que se refere aos integrantes que compõem o núcleo familiar para fins do cálculo da renda *per capita*, conceito legal que destoa da concepção ampla e aberta, mais compatível com a realidade contemporânea.

Ao conceituar a família como aquela “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”, a Lei Orgânica da Assistência Social, em seu art. 20, §1º, não levou em consideração que podem integrar o conceito de família as relações independentes dos laços matrimoniais ou de parentesco, em que se impera a mútua colaboração entre os seus membros, que são identificados em razão de seus nobres laços de afeto que os unem, de ordem moral, sem sequer tangenciar a questão da diversidade sexual ou da existência de prole.

Vê-se, portanto, que o conceito de família é aberto, absorvendo diversos modos de convivência entre pessoas que, mesmo não detendo relações de parentesco, possuem o intuito de conviverem como família, com afeto, com respeito e com solidariedade que lhe são inerentes.

Assim, sob essa concepção de família, tem-se que, nas hipóteses em que a mútua colaboração dos seus integrantes não for apta a proporcionar uma vida minimamente digna ao idoso ou a pessoa com deficiência que compõe o respectivo núcleo familiar, poderá ser exigida a prestação estatal do benefício assistencial do art. 203, V, da Constituição Federal de 1988, mesmo que, para o cômputo da renda familiar *per capita*, abranja-se integrante do núcleo familiar que não esteja inserido no conceito restritivo de família fixado na referida lei.

Portanto, como consequência dessa opção legislativa, tem-se que, indevidamente, idosos ou pessoas com deficiência podem não receber o benefício assistencial de prestação continuada, mesmo que a situação familiar real justifique o recebimento, por restar caracterizada a necessidade. Isso ocorre porque, é possível que, nos contextos familiares, sobretudo das classes menos favorecidas, outros membros da família, para além daqueles expressamente elencados no art. 20, §1º, da Lei n. 8.742/93, componham o mesmo núcleo familiar, por compartilharem a intenção de cooperação mútua, a exemplo de primos, tios e sobrinhos. Nos moldes restritivos preceituados pelo art.20, §1º da Lei 8.742/93, os integrantes da família não contemplados pela referida lei, ainda que tenham seu sustento provido pela renda familiar global, seriam excluídos da contabilização *per capita* da referida renda, o que poderia ensejar ausência de enquadramento do idoso ou da pessoa com deficiência no direito ao benefício assistencial, em situação de real miserabilidade.

Assim, a adoção do conceito legal e restritivo acerca dos integrantes de família poderia não abarcar seus membros em realidade, de modo a obstar o pagamento de benefício assistencial a pessoa com deficiência ou idoso dessa família que fariam jus ao benefício, porque o cálculo da renda familiar não contemplou pessoas que deveriam ser computadas, mas não o foram porque a lei entendeu que não estariam inseridos no conceito de família.

Por outro lado, a análise do conceito de família, tal qual propõe o presente trabalho, mediante formulação aberta e ampliativa, vindo ao encontro da melhor doutrina sobre o tema e das legislações mais recentes, previne o custeio pelo erário, mediante o pagamento do referido benefício, em favor de pessoas idosas ou com deficiência não necessitadas, por se encontrarem em situação de vida em que deveria prevalecer o amparo familiar ou social, e não o estatal.

A formulação da política de concessão do benefício assistencial, conforme delineamento da LOAS, como programa de transferência de renda, deixou de observar, sob a ótica dos deveres fundamentais, que a Constituição brasileira impõe deveres fundamentais à família para a proteção dos seus idosos e de suas pessoas com deficiência, e que foram disciplinados no Código Civil, ao dispor sobre o dever de alimentos e de relações de parentescos não vinculadas à residência sob o mesmo teto.

A análise do conceito de família fixado na Lei n. 8.742/93 afasta, por exemplo, o dever fundamental de amparo do irmão que tenha plenas condições de fazê-lo em favor de outro irmão idoso ou com deficiência, ainda que não residam sob o mesmo teto. Não há razoabilidade para se postular, nessa hipótese, o amparo do Estado em detrimento do amparo do familiar, bem como não atende à aplicação da subsidiariedade do dever fundamental social do Estado, muito embora seja usual e corriqueiro fazê-lo por se vislumbrar no Estado o provedor universal.

Em resumo, o conceito de família adotado na Lei Orgânica da Assistência Social, tal qual previsto, não atende aos anseios constitucionais, seja sob a ótica da valorização do princípio da dignidade humana, seja sob a ótica dos deveres fundamentais e dos custos dos direitos, uma vez que obsta o pagamento de benefício assistencial a integrante da família que faria jus, sob o ponto de vista da miserabilidade, bem como enseja ao Estado prover seu pagamento em

favor de idoso ou pessoa com deficiência beneficiados por situações familiares que dispõem de condições materiais para suprir as suas necessidades para uma vida minimamente digna.

Por sua vez, o critério objetivo de renda *per capita*, vinculado ao conceito de família e estabelecido conforme preceitua o art.20, §3º, da Lei 8.742/93, no patamar de ¼ (um quarto) do salário mínimo por integrante, decorreu de escolha política estatal, com fundamento em sua capacidade financeira, ao sopesar a possibilidade de se custear este tipo de política pública em detrimento de outras também importantes políticas no campo assistencial.

Nesse aspecto, demonstrou-se que, muito embora tenham sido apresentados projetos de lei com o intuito de elevar o patamar do referido critério objetivo para 1/2 (metade) do salário mínimo, o Poder Legislativo optou por mantê-lo no patamar inicialmente fixado na Lei 8.742/92, evitando-se fulminar referida política pública por inadequação financeira e orçamentária e ponderando-se que o custo orçamentário dessa pretensa alteração seria melhor executado em outros tipos de políticas públicas assistenciais.

No entanto, o patamar de ¼ (um quarto) do salário mínimo, para fins de renda familiar *per capita*, por cada integrante da família, conforme estabelecido no art.20, §3º da Lei 8.742/93, passou a ser questionado perante o Poder Judiciário, sob o ponto de vista da capacidade de sustento do beneficiário e da sua miserabilidade, ao argumento de ser insuficiente para atender ao comando constitucional, a teor de seu art.203, V, e de não ser o único meio de se comprovar a miserabilidade exigida para a concessão do benefício.

Em 1998, foi julgada improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.1.232-1/DF, reputando-se constitucional o art.20, §3º da Lei 8.742/93, o que motivou, inclusive, o cancelamento, em 2006, do Enunciado n.11 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência, que previa que “a renda mensal *per capita* familiar superior a ¼ do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, §3º, da Lei n. 8.742, de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante”.

Entretanto, ao fundamento de que o critério objetivo fixado em lei, ainda que entendido como constitucional à luz da decisão da Corte Maior, não seria o único meio de se comprovar a miserabilidade exigida para a concessão do benefício, as instâncias inferiores do Poder Judiciário mantiveram-se na flexibilização do referido critério, para fins de concessão do

benefício assistencial de prestação continuada, quando do julgamento dos casos concretos submetidos à sua apreciação, mesmo que mediante comprovação de renda *per capita* familiar superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo por integrante.

Em 2013, essa situação acabou por ser novamente submetida à apreciação Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 567.985/MT, com repercussão geral reconhecida. Sob nova composição, a Corte Maior flexibilizou o entendimento anterior para declarar a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do critério objetivo fixado no art.20, §3º, da Lei 8.742/93, sobre patamar objetivo de renda familiar *per capita*, ao fundamento da ocorrência de uma inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças políticas, econômicas e sociais e jurídicas, ante as modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais.

É indene de dúvida que o teor da referida decisão amplia a concessão da política pública da assistência social, para promover pagamento do benefício de prestação continuada a maior número de beneficiários. Sob o ponto de vista da maximização dos direitos fundamentais sociais, foi louvável, certamente.

Critica-se a decisão, no entanto, por ter se limitado, em síntese global, à análise de argumentos que não levaram em consideração a repercussão sobre o orçamento público que a flexibilização do critério objetivo do art.20, §3º da Lei 8.742/93 pode ensejar, quando levada a efeito em decisões judiciais sob apreciação de casos concretos.

A fundamentação foi no sentido de que o princípio da dignidade da pessoa humana estaria sendo concretizado aquém do comando constitucional inserto no art.203, V, e que haveria insuficiência do dever do Estado de prestar assistência aos desamparados. Não se abordou quais teriam sido as mudanças fáticas no plano econômico, político ou social, como também não se abordou, sob a ótica orçamentária, as razões pelas quais os critérios econômicos utilizados nos diferentes benefícios sociais previstos por outras legislações justificariam o processo de inconstitucionalização do art.20, §3º, da Lei 8.742/93.

É evidente que não se perdeu de vista, neste estudo, a importância do controle judicial de políticas públicas, tampouco se defendeu que haveria vedação, pelo Poder Judiciário, no

reconhecimento da insuficiência do percentual da renda familiar *per capita* estabelecido pela Lei n.8.742/93. Ocorre que, a pretexto de se imprimir efeitos a direitos fundamentais sociais nas hipóteses concretas que lhes são submetidas à apreciação, o Poder Judiciário, ao não contemplar em suas razões de decidir as repercussões dos efeitos extraprocessuais de suas decisões, especialmente no campo orçamentário estatal, acaba por lesionar, ainda que indiretamente, outras normas constitucionais, a exemplo dos princípios do equilíbrio orçamentário e da prévia fonte de custeio.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, ao não estabelecer, mediante análise sobre a repercussão orçamentária de sua decisão, novos parâmetros objetivos à concessão do benefício assistencial de prestação continuada, ensejou que as instâncias inferiores do Poder Judiciário prosseguissem, em cada caso concreto, na flexibilização do critério de renda familiar *per capita*, para fins de se aferir a miserabilidade a justificar percepção do referido benefício.

A não observância de um critério objetivo de renda familiar *per capita*, ou de parâmetros previamente conhecidos pelo Poder Público, para avaliação do direito à prestação assistencial do benefício do art. 203, V, da Constituição brasileira, além de possibilitar influências subjetivas sobre o requisito da miserabilidade, conduz, invariavelmente, ao Judiciário, a análise de toda sorte de questionamentos acerca das negativas administrativas para conceder o benefício, motivadas no critério legal.

A ausência de parâmetros minimamente objetivos pode estimular a busca desarrazoada perante o Poder Judiciário de tutela para o recebimento do benefício assistencial, em situações em que a renda familiar *per capita* é muito superior ao patamar de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo. Ainda que reconhecida a improcedência, ensejou-se a dispendiosa movimentação da máquina pública, especialmente nos Juizados Especiais Federais, circunstância agravada pelo atrativo de não se pagar custas, taxas ou despesas.

Por isso, entende-se que o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n.13.146, de 06 de julho de 2015, ao inserir o §11 ao art.20 da Lei n. 8.742/93, tem relevância e veio em boa hora.

Por inovação da referida lei, permitir-se-á que, para a concessão do benefício assistencial de prestação continuada, possam ser analisados, em sede administrativa, outros elementos

probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, elementos estes que, objetivamente - é o que se espera - serão fixados em regulamento, com base em critérios previamente conhecidos pela administração pública e mensurados, sob o ponto de vista da repercussão orçamentária que esta ampliação da política pública promoverá.

A modificação legislativa possibilitará a ampliação do número de idosos e de pessoas com deficiência elegíveis à percepção do benefício assistencial, promovendo-se proteção social mais abrangente, porém igualitária, de forma a não privilegiar tão somente aqueles que se socorreram do Poder Judiciário e lograram alcançar decisão judicial favorável, além de estar inserida no contexto da gestão orçamentária do poder público, que manterá sob sua possibilidade de análise a repercussão sobre os custos para se implementar o referido direito.

Embora a opção legislativa não tenha sido no sentido de elevar o patamar da renda familiar *per capita*, para acima de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do valor do salário mínimo por integrante da família, possibilitou-se a constatação da miserabilidade por outros meios a serem previamente esclarecidos e delimitados em regulamento, o que denota que, para se implementar um direito que demanda custos do erário, a fixação de critérios minimamente objetivos é essencial para se garantir a igualdade no fornecimento da prestação social, especialmente as que envolvem transferência de renda.

Tal situação, sob a ótica dos custos dos direitos, previne o desarranjo orçamentário e a necessidade de ingerência do Poder Judiciário, o que também demanda custos, no âmbito do controle judicial da referida política pública.

Justifica-se, portanto, a observância de parâmetros minimamente objetivos, sob o ponto de vista da aferição do critério da renda familiar *per capita*, uma vez que o benefício assistencial de prestação continuada não se trata de política pública social de complementação de renda, mas sim de política de transferência de renda para aquelas hipóteses de necessidade real, de inequívoca miserabilidade, em que o idoso ou a pessoa com deficiência, por sua condição especial, encontrem-se em estado de vulnerabilidade econômica e não disponham de condições de manter seu sustento ou de tê-lo provido por sua família.

Vê-se, pois, que a concessão do benefício assistencial de prestação continuada, conforme delineamento da LOAS, Lei 8.742/93, é a implementação da política pública inserta no

comando constitucional do art. 203, V, e representa a garantia do mínimo existencial em favor de idosos e de pessoas com deficiência que, por sua condição de miserabilidade, não se encontrarem em condições de prover seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família. Para a possibilidade real de implementação dessa política pública pelo Estado Constitucional, com adequação financeira e orçamentária dos gastos públicos e distribuição equitativa entre os necessitados sob o mesmo padrão de aferição, a análise sobre os custos desse direito e sobre os deveres fundamentais da família e, subsidiariamente, do Estado, na cobertura do desamparo, devem condicionar a atuação dos Poderes Públicos – Legislativo, Executivo e Judiciário – na implementação da política assistencial.

REFERÊNCIAS

AGESTA, Luiz Sanchez. El principio de función subsidiaria. **Revista de Estudos Políticos**, n.121, 1962, p. 5-22.

AGRA, Walber de Moura. Direitos Sociais. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de direito constitucional**. iBook. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. p. 1.165-1.268.

AJOUZ, Igor. **O direito fundamental à assistência social e a distribuição de deveres entre o estado e a família**. Florianópolis: Conceito, 2012.

ALCÂNTARA, Michele Alencar da Cruz. **A face oculta dos direitos humanos: os deveres fundamentais**. Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI, Fortaleza, 2006.

AMADO, Frederico. **Direito e processo previdenciário**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti(Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo. Malheiros, 2008.

BRASIL. Banco Central do Brasil. Impacto do Salário Mínimo sobre os Rendimentos do Trabalho: uma abordagem regional. **Boletim Regional do Banco Central do Brasil**. Janeiro 2015. Disponível em:
<<http://www.bcb.gov.br/pec/boletimregional/port/2015/01/br201501b2p.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de Finanças e Tributação. **Relatório no Projeto de Lei n. 3.077/2008**. 2010. Disponível em:

<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3073B7F92BB318E36B0A9EC7C0929223.proposicoesWeb1?codteor=780268&filename=Tramitacao-PL+3077/2008>. Acesso em: 19 mar. 2016.

_____. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cmo/noticias/ldo-2016-preve-aumento-crescente-de-gastos-com-a-assistencia-social>>. Acesso em: 05 mar 2016.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 09 abr. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 abr. 2016.

_____. **Decreto 678, de 06 de novembro de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 5 mar. 2016.

_____. **Decreto 1.744, de 08 de dezembro de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1744.htm>. Acesso em: 11 abr. 2016.

_____. **Decreto 6.214, de 26 de setembro de 2007**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. **Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. **Decreto 20.351, de 31 de agosto de 1931**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20351-31-agosto-1931-508403-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 5 mar. 2016.

_____. **Decreto Legislativo 186, de 2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 11 abr. 2016.

_____. **Decreto-Lei 527, de 1 de julho de 1938.** Disponível em:
<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-527-1-julho-1938-358395-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

_____. **Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 12 mar. 2016.

_____. **Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. **Lei 9.533, de 10 de dezembro de 1997.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9533.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. **Lei 10.219, de 11 de abril de 2001.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10219.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. **Lei n. 10.689, de 13 de junho de 2003. Cria o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.689.htm>. Acesso em: 12 abr. 2016.

_____. **Lei 10.741, de 1 de outubro de 2003.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 11 abr. 2016.

_____. **Lei 10.836, de 9 de janeiro de 2004.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.836.htm>. Acesso em: 11 abr. 2016.

_____. **Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 11 mar. 2016.

_____. **Lei 12.214, de 26 de janeiro de 2010.** Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2010. Brasília, DF, 2010, Vol. I, p.214. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Lei/Anexo/ANL12214/anl12214-I.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2016.

_____. **Lei 12.435, de 6 de julho de 2011.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12435.htm>. Acesso em: 11 abr. 2016.

_____. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. **Lei 13.146, de 6 de julho de 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. **Lei 13.255, de 14 de janeiro de 2016.** Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2016. Brasília, DF, 2016, Vol.I, p.236. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13255.htm>. Acesso em: 24 mar. 2016.

_____. Senado Federal. **Quadro comparativo do Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 4, de 2015, ao Projeto de Lei do Senado nº 6, de 2003 (nº 7.699, de 2006, na Câmara dos Deputados).** Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/163062.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1267161/PR.** Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma. Julgado em 13/09/2011, DJe 28/09/2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.032.846-RS.** Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 18/12/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45 MC/DF.** Relator Ministro Celso de Mello. DJU de 4.5.2004

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232-1/DF,** Relator: Ministro Ilmar Galvão. Relator para Acórdão: Ministro Nelson Jobim. Tribunal Pleno, julgado em 27/08/1998, DJ 01-06-2001 PP-00075 EMENT VOL-02033-01 PP-00095.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF.** Relator Ministro Ayres Britto, julgada em 05/05/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental n. 132/RJ**. Relator Ministro Ayres Britto. Julgada em 05/05/2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Notícias do STF**, de 15 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 416.827/SC**. Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 8.2.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 567.360/MG**. Relator Min. Celso de Mello, julgado em 09.06.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985/MT**. Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 18/04/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>>. Acesso em: 18 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 592.581/RS**. Sessão Plenária, 13/08/2015. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. **Relatório de auditoria operacional: Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC)**. Relator Ministro Augusto Nardes. Brasília: TCU, 2009. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/comunidades/avaliacao-de-programas-de-governo/fiscalizacoes-recentes/fiscalizacoes-recentes.htm>>. Acesso em: 3 mar. 2016.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) et. al. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Das constituições dos direitos à crítica dos direitos. **Direito Público**, Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 2, n. 7, 2005, DOI: 10.11117/22361766.07.01.05. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/direitopublico/article/view/462/859>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

_____. Metodología "fuzzy" y "camaleones normativos" en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. **Derechos y Libertades**: revista del Instituto Bartolomé de las Casas. p. 35-50. 1998. Disponível em: <<http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1319#preview>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

CAVALCANTI, Thais Novaes. O princípio da subsidiariedade e a dignidade da pessoa: bases para um novo federalismo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 67, p. 258-277, abr.-jun./2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CEF – Caixa Econômica Federal. **Bolsa Família**. Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br/programas-sociais/bolsa-familia/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

CÍCERO, Marco Túlio. **Dos Deveres** (*De Officiis*). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**. Disponível em: <<http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/images/5/55/Comparato.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

CRUZ, Luiz Antonio Ribeiro da. Quem são os desamparados que necessitam da assistência social: os limites da administração pública e do poder judiciário na definição deste conceito fundamental. In: ALBUQUERQUE, Simone Aparecida; OLIVINDO, Karoline Aires Ferreira; ALVES, Sandra Mara Campos. (Org.). **Concurso de artigos jurídicos: direito à assistência social**. 1. ed. Brasília: Fiocruz Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2015. p. 15-32. Disponível em: <<https://craspsicologia.files.wordpress.com/2015/06/publicacao-concurso-de-artigos-juridicos-2015.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Os Alimentos Após o Estatuto do Idoso**. Disponível em: <http://www.mpggo.mp.br/porta1web/hp/41/docs/os_alimentos_apos_o_estatuto_do_idoso_-_maria_berenice.pdf> . Acesso em: 17 jun. 2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Estado social e princípio da solidariedade. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 3, p. 31-48, jul./dez. 2008, p. 36.

Disponível em:

<www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n3/2.pdf>.

Acesso em: 06 jun. 2016.

EBC. Agência Brasil. **Salário mínimo atinge maior poder de compra em 50 anos, diz Banco Central**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2015-02/salario-minimo-atinge-maior-poder-de-compra-em-50-anos-informa-bc>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

ETGES, Fernando Toding. A exclusão do benefício previdenciário de valor mínimo para efeito de concessão de benefício assistencial: necessidade de exame do caso concreto em detrimento da aplicação analógica da regra constante no Estatuto do Idoso. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 57, dez. 2013. Disponível em:

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Fernando_Etges.html> Acesso em: 15 ago. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Direito das Famílias. vol.6. 4. ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. iBook. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FONTENELE, Iolanda Carvalho. **A política de Assistência Social no Brasil**: o foco na família e a questão dos mínimos sociais. Sociedade em Debate (UCPel), 2007. v. 13. p. 153-173.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil – Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2012.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos não Nascem em Árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. (1986). Los deberes positivos generales y su fundamentación. **Doxa**. N° 3, p. 17-33. Disponível em: <<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10966>>. Acesso em: 8 ago. 2015.

GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti ; FABRIZ, Daury César. Dever Fundamental: a construção de um conceito. *In*: DE MARCO, Crithian Magnus; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; STEINMETZ, Wilson. (Orgs.). **Série Direitos Fundamentais Civis: teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha - Tomo I**. 1. ed. Joaçaba. Unoesc, 2013, v. 1, p. 87-96.

_____. A medida do binômio necessidade-possibilidade no dever fundamental dos descendentes de proverem os ascendentes. *In*: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. (Org.). **Direitos e Deveres Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. v. 1. p. 111-120.

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

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos**. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.

JORIO, Israel Domingos. **Presunção e normatização do dolo e sua incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito de Vitória. Vitória, 2014. Disponível em: <<http://www.fdv.br/mestrado/teses-defesas/defesas-aprovadas/>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

KERTZMAN, Ivan. O Dever Fundamental de Pagar Contribuições Previdenciárias. **Revista de Previdência Social**. v. 360. p. 966-972, 2010.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Doeira e Nelson Boeira. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LESEMANN, Frédéric; MARTIN, Claude. Estado, comunidade e família face à dependência dos idosos. Ao encontro de um “Welfare-Mix”. Trad. Ana Dominguez. **Sociologia, Problemas e Práticas**, n. 17, 1995, p. 115-139.

LOAS - Comentários à Lei Orgânica da Assistência Social – Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano VII, n. 36. (jan./fev. 2015). p. 141.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A participação política das minorias no Estado democrático de direito brasileiro. *In*: LIMA, Martonio Mont'Alverne; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (org.). **Democracia, direito e política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito, 2006, p. 83-96.

LUNA, Ana Cláudia Vergamini. **Direitos sociais**: controle jurisdicional de políticas públicas, limites e possibilidades. 2012. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-05082013-162741/pt-br.php>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

MARCILIO, Carlos Flávio Venâncio. O Custo dos direitos e a concretização dos direitos sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 17, vol. 66, p. 155-169, jan./mar., São Paulo: RT, 2009.

MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. **O benefício assistencial de prestação continuada**: reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à seguridade social. São Paulo: LTr, 2009.

MARTINS, Vinícius Malta. Princípio da subsidiariedade no âmbito das políticas públicas tributárias. *In*: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta; COSTA, Marli Marlene Moraes da (orgs.). **As políticas públicas no constitucionalismo contemporâneo – tomo I**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.

MENEGUIN, Fernando B.; BUGARIN, Tomás T. S. Brasil, Economia e Governo. **Qual o critério para ser miserável no Brasil? (e como o Judiciário agrava a miséria)**. Publicação: 23/03/2015. Disponível em: <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2015/03/23/qual-o-criterio-para-ser-miseravel-no-brasil-e-como-o-judiciario-agrava-a-miseria/>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

NERY, Pedro Fernando. Brasil, Economia e Governo. **Qual o programa assistencial mais caro do Brasil? (Não é o Bolsa Família)**. Publicação: 11/11/2014. Disponível em: <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2014/11/11/qual-o-programa-assistencial-mais-car-do-brasil-nao-e-o-bolsa-familia/>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

MONTEIRO, Washington de Barros Monteiro. TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Curso de direito civil** - vol. 2 - Direito de Família. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAIS, Dalton Santos. A evolução da hermenêutica jurídica brasileira para a consideração dos custos da atuação estatal. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**. v. 76. p. 26-51. Belo Horizonte: 2008

MORETTI, Deborah Aline Antonucci; FLAVIO DA COSTA, Yvete. A importância do ativismo judicial na implementação dos direitos sociais não implementados pelo poder público. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais (FDV)**, v. 17, p. 111-134, 2016. Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/download/750/279>>. Acesso em: 18 mar. 2016.

NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais**: Os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. **Direito Fiscal**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

_____. NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2012.

NOBRE, Edna Luiza. **A Assistência Social como instrumento de inclusão social**: Benefício de Prestação Continuada e Bolsa Família. Dissertação de Mestrado. Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2011.

OLIVEIRA, Andreia Sofia Pinto. Responsabilidade e cidadania, in AAVV, **Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho**, tomo I, Responsabilidade e Cidadania, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, Departamento de Ciências Jurídicas Públicas, 2012, p. 13-14. Disponível em: <http://www.direito.uminho.pt/Uploads/FINAL_Responsabilidade%20e%20Cidadania.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2015.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Deveres Humanos**. Disponível em: <<http://www.interactioncouncil.org/universal-declaration-human-responsibilities>>. Acesso em: 8 jun. 2015.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2015.

PAPA LEÃO XIII. **Encíclica Immortale Dei**. 1 de Novembro de 1885. Disponível em: <https://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_01111885_immortale-dei.html>. Acesso em: 11 abr. 2016.

_____. **Encíclica Rerum Novarum**. 15 de Maio de 1891. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em: 11 abr. 2016.

PAPA PIO XI. **Encíclica Quadragesimo Anno**. 15 de Maio de 1891. Disponível em: <https://w2.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html>. Acesso em: 11 abr. 2016.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Los deberes fundamentales**. Doxa, n. 4, 1987.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. TAVARES, Henrique da Cunha. A eficácia dos deveres fundamentais. **Revista Derecho y Cambio Social**. Publicação: 01/07/2014. Disponível em: <http://www.derechocambiosocial.com/revista037/A_EFICACIA_DOS_DEVERES_FUNDAMENTAIS.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2015.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Los deberes de las personas y la realización de los derechos fundamentales. **Estudios Constitucionales**, Santiago, a. 12, n. 2, p. 13-28, jul./dez. 2014.

PENALVA, Janaína; DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. O Benefício de Prestação Continuada no Supremo Tribunal Federal. **Revista Sociedade e Estado**. Volume 25. Número 1. Janeiro / Abril 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. 4. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PICARELLI, Eduardo Tonetto. **O Conceito de Família na Assistência Social**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.21, dez. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Eduardo_Picarelli.htm> Acesso em: 03 mar. 2016.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (org.). **Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller**. Florianópolis: Conceito, 2006. p. 251-264.

REZENDE, Cristiane Barboza. **A velhice na família: estratégias de sobrevivência.** Dissertação de Mestrado. Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Faculdade de História, Direito e Serviço social. São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.franca.unesp.br/Home/Pos-graduacao/ServicoSocial/Dissertacoes/Cristiane_Barboza.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2016.

ROSSO, Paulo Sergio. Solidariedade e Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 3, p. 11-30, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n3/1.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2016.

SAMPAIO, Gustavo José Marrone de Castro. **O princípio da subsidiariedade como critério de delimitação de competências na regulação bancária.** Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Sociedade-Providência ou Autoritarismo Social?. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n.42, 1995. p. 1-7.

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

_____. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 15, nº 1240, 12 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/artigos/305-artigos-mai-2015/7129-a-titularidade-simultaneamente-individual-e-transindividual-dos-direitos-sociais-analisada-a-luz-do-exemplo-do-direito-a-protecao-e-promocao-da-saude-1>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

_____. Direitos sociais. *In*: **Dicionário brasileiro de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: Centro de Atualização Jurídica (CAJ), v.1, n.1, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2016.

SARMENTO, Daniel. A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.553-586.

SILVA, Denis Franco. Da fraternidade à solidariedade: políticas públicas de seguridade social e deveres familiares de assistência diante de um novo paradigma constitucional. **Revista Trimestral de Direito Civil**. vol. 24, p. 173-182, 2005.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) et. al. **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, Virgínia Xavier Borges. A dimensão prestacional social do mínimo de existência e a responsabilidade pelo provimento das prestações fáticas dos direitos sociais. Uma Análise do Acórdão 509/02 (Tribunal Constitucional Português) e do Caso Hartz IV (Tribunal Constitucional Alemão). **Observatório da Jurisdição Constitucional**, v. ANO 5, 2011. p. 01-17.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Deveres como condição para a concretização de direitos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 79. p. 167-209. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2012.

_____. Deveres fundamentais e a constituição brasileira. **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade - FIDES**, Natal, v.1, n. 2, ago/dez, 2010, p. 216-220. Disponível em: <<http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br/article/view/47/426>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

SOARES, Hector Cury. **Não levando os custos dos direitos a sério**: o direito prestacional à saúde pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Sanitário*, v. 16, p. 29-51, jul./out. 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/106882>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

SOUZA, Ademilson Lima de.; FABRIZ, Daury Cesar. O Dever fundamental de Promover Sustentação dos Gastos Públicos e a Solidariedade Social Tributária: a cidadania contributiva como forma de realização dos Direitos Sociais. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 108, p. 59-85, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8468/novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

TAVARES, Marcelo Leonardo. Assistência Social. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1123-1139.

TELLES, Mário Sérgio Carraro. **Impactos fiscais do reajuste do salário mínimo**. Brasília: CNI, 2006. Disponível em: <<http://www.portaldaindustria.com.br/cni/publicacoes-e-estatisticas/publicacoes/2012/12/1,8598/nota-tecnica-10-impactos-fiscais-do-reajuste-do-salario-minimo.html>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) et. al. **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, n.177:29-48, 1989. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113/44271>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

_____. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) et. al. **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TORRES, Silvia Faber. **O princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

WANG, Daniel Wei Liang. Adjudicação de direitos e escolhas políticas na assistência social: o STF e o critério de renda do BPC. *In*: ALBUQUERQUE, Simone Aparecida; OLIVINDO, Karoline Aires Ferreira; ALVES, Sandra Mara Campos. (Org.). **Concurso de artigos jurídicos: direito à assistência social**. 1ed. Brasília: Fiocruz. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2015. p. 223-226. Disponível em: <<https://craspsicologia.files.wordpress.com/2015/06/publicacao-concurso-de-artigos-juridicos-2015.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

_____. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Rev. direito GV** [online]. 2008, vol.4, n.2, p. 539-568. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322008000200009>>. Acesso: 02 mar. 2016.