

ASSISTÊNCIA SOCIAL E O CONCEITO DE MISERABILIDADE: uma necessária revisão do tema

Diogo Bacha e Silva¹

Resumo

O presente artigo pretende abordar uma questão ainda pouco tratada na teoria constitucional. Trata-se de entender o que vem a ser assistência social e, portanto, os indivíduos que estão a merecer amparo pelo sistema de amparo social previsto na Constituição Federal de 1988. O amparo social, além de ser um direito fundamental, é também uma forma de inclusão de indivíduos no processo democrático. Por isso, o benefício de assistência social reclama um tratamento jurídico aberto às novas concepções de vida.

Palavras-chave: Assistência Social; Miserabilidade; Democracia.

1 INTRODUÇÃO

Nossa Constituição de 1988 é um documento normativo de abertura democrática e de preocupação com o indivíduo. Essa afirmação nos faz compreender o processo constituinte de 1988 como um dos mais promissores em termos de direitos fundamentais. Temas dos mais diversos foram enfrentados nos mais de 25 (vinte e cinco) anos de vigência da Carta Magna.

No que toca os direitos fundamentais, podemos lembrar, sem muito esforço, as discussões travadas em torno, por exemplo, da criminalização do discurso de ódio (HC 82.424/RS) que soluciona a questão da liberdade de pensamento e seus limites, a possibilidade da interrupção da gravidez de feto anencefálico (ADPF 54) que discute a questão do conceito de vida humana, a constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias (ADI 3510) em que também se discute o próprio início da vida, a liberdade de imprensa e, eventualmente, censura (ADPF 130), a liberdade de expressão através da marcha

¹ Mestre em Direito, Professor e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade de São Lourenço, Advogado.

da maconha (ADPF 187), a liberdade do exercício de profissão ou ofício (RE 414.426/SC), dentre tantos outros.

Todos esses exemplos foram enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal a fim conferir uma interpretação acerca dos referidos direitos fundamentais. Por óbvio, tais julgamentos foram proferidos sob um pano de fundo teórico-jurídico com o auxílio das mais diversas teorias constitucionais. Tais exemplos representam, no entanto, que as liberdades negativas encontram um espaço sério de discussão no âmbito da doutrina e da jurisprudência. Se, no entanto, os direitos fundamentais de primeira dimensão são levados a sério no Brasil, o mesmo não se pode dizer dos direitos fundamentais de segunda dimensão.

Exceto na academia, a jurisprudência não tem levado a sério os direitos sociais. O estado da arte, no seio da discussão jurisprudencial, é que exceto alguns poucos direitos, ainda não lidamos bem com a implementação e a efetividade do extenso catálogo constitucional dos direitos de prestação positiva.

Nosso intuito, aqui, é discutir e recolher um direito à prestação positiva que deve ser levado a sério no atual Estado Democrático de Direito.

Pretendemos, então, analisar a relação entre a vontade constitucional de prestar assistência social e os conceitos legislativos e jurisprudenciais que são utilizados para satisfazer a vontade constitucional. De proêmio, salientamos que há uma profunda cisão entre as promessas constituintes e a efetivação da assistência social para os indivíduos que dela necessitam.

2 FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS DE 2ª GERAÇÃO

Como se sabe, os direitos individuais não são um dado, mas um constructo, isto é, a aquisição dos direitos humanos não nasce de uma vez por todas, mas todos de cada vez². Há um movimento de historicidade em que os direitos dos indivíduos vão sendo construídos e reconstruídos de acordo com as necessidades humanas e as conquistas civilizatórias.

Há uma trajetória de lutas, de perdas, de conquistas, de avanços e retrocessos que acompanham a história dos direitos individuais. Nos dizeres de Norberto Bobbio:

² PIOVESAN, Flavio. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 1, n.1, São Paulo, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452004000100003&script=sci_arttext>, acesso em 18 de Agosto de 2014.

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascido em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas³.

De qualquer forma, toda a historicidade dos direitos individuais advém de fundamentos sócio-políticos. Os fundamentos dos direitos individuais e do homem é quem reivindica por um e não outro direito individual. A questão problemática não é tanto proclamá-lo, mas sim em efetivá-lo. Mais uma vez, utilizamos da linguagem de Norberto Bobbio para deixar a temática esclarecida:

A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido⁴.

Dessa forma, o primeiro grande movimento de grande expressão que serviu para generalizar a concepção de direitos individuais-fundamentais é, sem dúvida, o liberalismo político. O liberalismo trouxe um novo perfil social e político para a sociedade ocidental. Sob o supedâneo teórico do liberalismo político, do *laissez faire*, a Revolução Francesa é o primeiro movimento a declaradamente positivizar seus objetivos e garantir direitos ao indivíduo, que passa a gozar de centralidade na arena política.

Embora se possa dizer que os direitos do homem encontram suas raízes em diversas filosofias antigas⁵, o sucesso da revolução francesa fez com que o mundo ocidental passasse a olhar referido movimento com olhar de admiração. A Revolução Francesa, ao menos para os historiadores, de fato representam um momento decisivo na história da humanidade. Destruído o Antigo Regime, estavam postas as bases de uma nova sociedade.

O dia 26 de Agosto de 1789 representa o início de uma nova era com a aprovação da Declaração dos Direitos do Homem. Sabe-se que a concepção cristã de vida teve papel importante para fundamentar a existência de direitos aos indivíduos⁶, é, contudo, com o predomínio filosófico da razão, que fundamenta por exemplo o clássico art. 1º da Declaração de que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”, que os direitos individuais ganham campo propício para sua consolidação.

³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 5.

⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 9.

⁵ COMPARATO, Fabio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das letras, 2005.

⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 55.

O lema de liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa inaugurou não só positivação dos direitos individuais, mas também a forma como que os mesmo irão se consolidar e até mesmo desenvolver.

Karel Vasak, em 1979, apresentou no Instituto Internacional de Direitos do Homem em Estrasburgo uma classificação a partir das fases de reconhecimento dos direitos humanos, divididas em três gerações, conforme as inspirações axiológicas de cada qual. A primeira geração, que começa com a onda revolucionária dos Séculos XVII e XVIII, destina-se a reconhecer e valorizar os direitos de liberdade. A segunda geração, prevista por tal autor, que tem início com os movimentos sociais e com a Revolução Russa, coloca a tônica no princípio da igualdade. Por último, diz o mesmo que a terceira geração nutre-se das experiências passadas ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial e pela onda de descolonização e refletirá os valores da fraternidade⁷.

Bem verdade, entretanto, que tal classificação não tem o propósito de encerrar a discussão acerca dos direitos fundamentais, já que, conforme se fundamentou, os anseios e necessidades humanas fazem construir, reconstruir, surgir e desaparecer os direitos individuais, movidos pela engenhosidade do ser humano. Não por outro motivo, há quem diga que já há uma classificação quadripartite e até quinquipartite.

Muitos autores defendem que a concepção de gerações dos direitos fundamentais podem levar a um equívoco. É que o signo gerações leva-nos a pensar que, uma vez superada uma geração, os direitos da geração anterior stariam abandonados pelo reconhecimento dos direitos da geração posterior. Nessa toada, os críticos afirmam que melhor seria falar em dimensões dos direitos fundamentais e não gerações⁸.

Conforme bem pondera Ingo Sarlet, não se deve falar tão somente em caráter cumulativo dos direitos reconhecidos em cada dimensão, mas sim no seu caráter indivisível e uno: “a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para, além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno”⁹.

Também Paulo Bonavides que assevera: “o vocábulo dimensão substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo geração, caso este último venha a induzir apenas

⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010. p. 241.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 55.

sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade”¹⁰.

Os direitos denominados de primeira dimensão são àqueles relacionados às primeiras revoluções ocorridas nos séculos XVII e XVIII e correspondem aos direitos de liberdade, reconhecidos e plasmados nos primeiros documentos constitucionais do ocidente. Segundo Paulo Bonavides, os direitos da primeira geração, que são os direitos civis e políticos, “têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos das pessoas e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”¹¹. Dividem-se, pois, em direitos civis e políticos. Assentando a diferença, José Adércio Leite Sampaio diz que

Direitos civis são aqueles que, mediante garantias mínimas de integridade física e moral, bem assim de correção procedimental nas relações judicantes entre os indivíduos e o Estado, asseguram uma esfera de autonomia individual de modo a possibilitar o desenvolvimento da personalidade de cada um. Encontram-se sob essa qualificação a liberdade em geral e as liberdades específicas como a de consciência e religião, de expressão e imprensa, a ambulatória; o direito de propriedade, à vida e à segurança que se expressa em garantias da liberdade individual como a proibição de prisões arbitrárias, buscas e apreensões ilegais, a legalidade penal e tributária, a irretroatividade da lei incriminadora e o devido processo legal¹².

De outra forma, os direitos políticos são aqueles que se relacionam com a participação do indivíduo na esfera política do Estado. São, pois, os direitos de votar e ser votado, os direitos cívicos que se subdividem em direitos tais como o de expressão, de imprensa, de associação partidária, todos indissolavelmente ligados para o pleno desenvolvimento das liberdades individuais no sentido político-comunitário.

Os direitos de segunda dimensão ou geração nascem e se consolidam com os movimentos revolucionários de cunho social. No entanto, já na Constituição Francesa de 1791 aparecem os seguros públicos às crianças abandonadas, aos pobres enfermos e aos inválidos. Também, no mesmo sentido, a Constituição brasileira de 1824 e a Francesa de 1848, em seu preâmbulo, demonstram a necessidade de se repartir de modo equânime as vantagens sociais¹³.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 571-572.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 563-564.

¹² SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010. p.242.

¹³ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010. p.243.

Somente na Constituição do México de 1917 e na de Weimar de 1919 e a Declaração Russa de Direitos de 1918, os direitos sociais, econômicos e culturais aparecem de forma mais específica e clara. No Brasil, a Constituição de 1934 é a primeira a consagrar tais direitos¹⁴.

Tais direitos são uma superação do individualismo excessivo que dominou a doutrina liberal do século XIX, ocasionando uma profunda crise nas relações sociais, que culminou na organização do movimento da classe trabalhadora, donde se sobressai a Revolução Russa que, inspirou todo o planeta, para uma incorporação de aspectos sociais no discurso jurídico.

Sob o rótulo de direitos sociais, a dogmática tradicional busca diferenciar os direitos sociais, dos econômicos e culturais. Os direitos sociais são aqueles que possibilitam a plena participação na vida da sociedade, tais como direito à educação, à proteção da maternidade e da infância, os direitos que permitem o gozo efetivo dos direitos de primeira geração. Já, no que tange aos direitos econômicos, seriam aqueles destinados a garantir um nível mínimo de segurança material para os indivíduos desenvolverem suas potencialidades. Está nessa lista direito ao trabalho, a um salário mínimo digno, a assistência social, ao vestuário e à moradia. Os direitos culturais, de outro modo, se situam no estímulo e à preservação às formas de reprodução cultural das comunidades, bem como se destinam a possibilitar o gozo das riquezas espirituais comunitárias¹⁵.

A incorporação desses direitos fundamentais nos principais documentos constitucionais fez com que se pensasse a liberdade de um modo não só mais entre indivíduo e Estado, mas sobretudo transitasse de uma concepção de subjetividade para uma concepção de objetividade da ordem jurídica. Assim, há, também, uma ordem de valores que assumem uma posição de garantia contra atos de arbítrio do Estado¹⁶.

Neste contexto de uma ordem de valores é que os direitos fundamentais assumem especial significação para o Estado Democrático de Direito. É que, além de constituírem limitações ao poder estatal, os direitos fundamentais representam a própria legitimação do modelo e da forma de Estado. Condicionam a própria validade normativa da Constituição¹⁷.

¹⁴ Idem.

¹⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010. p.244-245.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006. P. 569.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 69-70.

A fundamentalidade dos direitos fundamentais está ligada, sobretudo, à forma que desempenham na Constituição de um Estado. Por isso é que se pode falar em uma fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais. Com respeito à fundamentalidade formal, Ingo Sarlet identifica que resulta do fato dos direitos fundamentais fazerem parte da Constituição escrita constituindo o ápice do ordenamento jurídico, encontrarem-se submetidos aos limites formais e materiais de reforma constitucional e de que são normas diretamente aplicáveis e vinculantes às entidades públicas e privadas. A fundamentalidade material, ao revés, “decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade”¹⁸.

A questão da fundamentalidade dos direitos fundamentais, portanto, não está somente associada do pertencimento dos mesmos à esfera de dignidade do indivíduo, mas também que os direitos fundamentais legitimam a própria Constituição em que estão inseridas ao instituir uma ordem objetiva de valores que condicionam os poderes constituídos.

Resta, então, saber se os direitos de 2ª dimensão também contém, principalmente, a função da fundamentalidade material.

Se pensarmos, pois, de acordo com Ronald Dworkin, que os direitos fundamentais representam um trunfo contra a maioria, que, em verdade, representam trunfos contra os objetivos governamentais¹⁹, então é fácil percebermos que os direitos ligados à 2ª dimensão possibilitam um limite aos anseios e aos planejamentos do governo e da maioria.

Tem-se, então, uma evidência de que os direitos sociais, econômicos e culturais por estarem ligados a uma limitação aos objetivos governamentais, instituem uma ordem concreta de valores que legitimam a própria estrutura do Estado e da sociedade.

3 ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO TRUNFOS INDIVIDUAIS

É relevante destacar que, de alguma forma, a dogmática constitucional pouco tem contribuído para problematizar a assistência social. Regra geral, o debate é circunscrito apenas a definição do que seja assistência social e, eventualmente, os direitos subjetivos

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 89

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *La democracia posible*. Barcelona: Paidós, 2008.

gerados pela assistência social.

No Brasil, a Constituição de 1824 já prescrevia, no art. 179, inc. XXXI, que garantiria os socorros públicos. Há aí uma preocupação com as eventualidades sociais que podem acometer os indivíduos. No entanto, tal preocupação não redundou em efetivação prática.

A Constituição de 1934 inaugurou, em território nacional, a incorporação dos direitos de 2ª dimensão. Dizia o art. 10 da referida Constituição que competia a União e aos Estados concorrentemente cuidar da assistência pública. Nos termos do art. 138 condiciona a assistência e amparo aos desvalidos à edição de leis respectivas nos termos em que prescrever a União, os Estados e os Municípios.

Ora, a preocupação do regime de Getúlio Vargas quanto aos direitos dos trabalhadores não se fez sentir com a mesma intensidade no campo da assistência social. Se, de um lado, muitas foram as conquistas em termos de direitos trabalhistas, pouco foi feito no campo da assistência social.

Também a Constituição de 1937 nenhuma preocupação estabeleceu quanto à assistência social. A assistência social nessa época era vista como um ato de filantropia, um ato de caridade. Realizada exclusivamente no campo privado, entendia-se o processo de pobreza como uma disfunção pessoal, encaminhando-se para o internamento do indivíduo, sendo abrigado em geral em Santas Casas de Misericórdia²⁰.

O processo de tratamento da assistência social como uma política governamental somente vai dar início com a criação do Conselho Nacional do Serviço Social (CNSS), órgão vinculado ao Ministério da Educação e Saúde. Apesar da discussão iniciar neste momento, pouca relevância prática teve a atuação do referido órgão.

É com a Legião Brasileira de Assistência – LBA que a assistência social ganha ares de política estatal. Mediando o espaço público e privado, já que sua primeira presidente era a primeira dama Darcy Vargas, tal instituição visa “a simbiose entre a iniciativa privada e a pública, a presença da classe dominante enquanto poder civil e a relação benefício/ caridade x beneficiário/ pedinte, conformando a relação entre Estado e classes subalternas”²¹.

Não há nas primeiras intervenções sociais do Estado qualquer sentido de direito do indivíduo. Trata-se mais de um favor, uma ajuda que é dada pelo Estado ao indivíduo, confirmando e reafirmando, nas entrelinhas da política, que há uma relação de poder entre a classe dominante e aqueles que necessitam de tal ajuda.

²⁰ YAZBEK, Maria Carmelita. As ambigüidades da assistência social brasileira após dez anos de LOAS: In *Serviço Social e Sociedade* nº 77, São Paulo, Cortez, 2004.

²¹ SPOSATI, Aldaíza et al.. *A assistência na trajetória das políticas sociais brasileiras: uma questão em análise*. 9ª. ed.. São Paulo: Cortez, 2007. p. 46.

Mesmo a democrática Constituição de 1946, promulgada logo após a segunda guerra mundial, não conteve qualquer preocupação com a assistência social, senão como uma preocupação decorrente da própria noção de trabalho, conforme estipulou a assistência aos desempregados, nos termos do art. 157, XV.

O trabalho era um dever, imposto como obrigatoriedade. A assistência, portanto, era uma ação destinada apenas à reinserir o indivíduo no mercado formal de trabalho. Com efeito, somente nos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte é que a assistência social foi debatida como uma imperativa necessidade de ordem jurídica e social.

Assim, pois, a Comissão da Ordem Social da Assembleia Constituinte motivou a necessidade no fato de que o Brasil era um país majoritariamente de pobres e miseráveis²². A miserabilidade de mais da metade da população brasileira, que não tinham e não têm quaisquer condições de garantir seus direitos sociais mais mezinhos, é que motivou a inserção de um capítulo destinado à Assistência Social na Constituição Federal de 1988.

A seção IV do título VIII cuida de estabelecer a Assistência Social. O art. 203 prescreve que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II - o amparo às crianças e adolescentes carentes; III - a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

O art. 204 trata de estabelecer as diretrizes financeiras da Assistência Social ao estipular que “As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis”.

A Constituição Federal de 1988 representa grande inovação da matéria. Em primeiro lugar, estipula que a Assistência Social é e deve ser uma política estatal. Para isso, portanto,

²² SPOSATI, Aldáiza et al.. *A assistência na trajetória das políticas sociais brasileiras: uma questão em análise*. 9º. ed.. São Paulo: Cortez, 2007.

lança mão de estabelecer as fontes de custeio para a Assistência Social, quais sejam, serão feitas com recursos da seguridade social, há a imposição da descentralização administrativa com a participação e obrigação de todos os entes, a democratização da gestão da assistência social e a possibilidade de participação de entidades não governamentais na formulação das políticas de Assistência Social.

No entanto, como ressalta Sergio Fernando Moro, a contribuição mais importante é a constitucionalização da política de assistência social e a previsão de um direito a ela vinculado, estabelecido no inciso V do art. 203²³. Acerca de tal direito, resta saber se se trata ou não de um direito fundamental.

Fácil perceber que tal direito insere-se em conceito material de direitos fundamentais, onde é importante perceber que é um direito voltado à promoção da própria liberdade humana e diz respeito às condições mínimas de existência, bem como é um direito titularizado por um grupo vulnerável.

Surge, ademais, a questão de saber se, em face de ser fundamental, é possível ao Poder Judiciário exigir a prestação de tal direito. Essas são objeções lançadas aos direitos sociais como um todo, já que dizem que um direito não pode ser submetido a condicionamentos fáticos de natureza econômica e, assim, não podem ser postulados perante o Poder Judiciário²⁴.

Para podermos superar tal objeção, é preciso entender que a justiciabilidade de um direito não modifica o seu caráter. De fato, Robert Alexy assinalou a distinção entre enunciados de direitos (a tem direito a G) dos enunciados de tutela jurisdicional (a pode reclamar a violação de seu direito G por meio de uma demanda)²⁵. Ademais, é de se dizer que a falha ou inexistência de tutela para um direito configura, em verdade, uma deficiência ou lacuna normativa. Tal lacuna, no entanto, jamais poderá servir para qualificar ou não um enunciado como direito.

Ultimamente, referida objeção tem enfrentado dificuldades argumentativas para sua sustentação, já que cada vez mais a via da judicialização dos direitos se alarga, inclusive quanto à velha teoria da separação de poderes e também a assunção de novas técnicas dos dispêndios fiscais. Como assevera José Adércio Leite Sampaio, “ a indenidade das questões

²³ MORO, Sérgio Fernando. Comentários ao art. 203. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1953.

²⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010. p. 245.

²⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamntales*. Madri: Centro de Estudios COnstitucionales, 1993. p. 180 e ss.

políticas termina quando se iniciam os direitos, devem-se entender como tais todos os direitos humanos, civis, políticos ou sociais, sem com isso temer-se pela juridicidade constitucional dos três poderes”²⁶.

O inciso V do art. 203 garantiu um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. No início da promulgação da Constituição, discutiu-se acerca da aplicabilidade imediata de tal dispositivo. O Supremo Tribunal Federal entendeu que trata-se de dispositivo constitucional que depende da edição de lei regulamentadora para sua completa e perfeita eficácia, conforme se extrai da ADI 1.232, rel. Min. Maurício Correa, DJU 26/05 /96.

Não obstante, é importante termos em conta que mesmo dependendo da edição de lei regulamentadora, norma de direito fundamental não pode ficar à disposição do legislador, sob pena de violar a própria noção de soberania da Constituição. Explicitando, temos o magistério de Sergio Fernando Moro:

Normas constitucionais, ainda que dependentes de legislação reguladora, não se encontram à disposição do legislador, sob pena de inversão do princípio da supremacia da Constituição. Isso é particularmente evidente no caso de normas constitucionais que veiculam direitos fundamentais, como é o caso do artigo 203, V. Normas conhecidas de direito fundamental contêm remissões à concretização legislativa, como a liberdade de profissão religiosa (artigo 5º, VI), liberdade de profissão (artigo 5º, XIII), liberdade de locomoção (artigo 5º, XV), sem que jamais se tenha admitido que estariam à disposição do legislador. Já é corrente, mesmo no Direito Brasileiro, o entendimento de que a concretização legislativa das normas de direito fundamental está sujeita a limites, inclusive não expressos, como o resguardo ao núcleo essencial e a observância do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade²⁷.

É de se salientar, ademais, que a norma constitucional do artigo 203, V estabeleceu critério objetivo quanto à prestação devida, estabelecendo o valor de um salário mínimo. As dúvidas, portanto, recaem sobre os indivíduos que titularizariam tal direito assistencial.

Deve-se definir, pois, quem são os pobres ou os idosos ou deficientes pobres que terão direito sobre o benefício assistencial. Importantes considerações metodológicas importarão, ao final, na definição dos indivíduos titulares do referido benefício.

Há duas linhas metodológicas para a definição da miserabilidade. Uma primeira linha que considera miserabilidade como um conceito relativo, em que há um desvirtuamento na

²⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010. p. 261.

²⁷ MORO, Sérgio Fernando. Comentários ao art. 203. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1960.

redistribuição de rendas, indicando como miserável aquelas pessoas que percebem um nível de renda menor que uma média geral, tal como faz o Reino Unido e outros países europeus.

A segunda linha metodológica é um conceito absoluto em que se desvincula a mensuração da riqueza da desigualdade, pois que deve contemplar aqueles que não tem condições de prover o próprio sustento.

Tem-se, então, que idoso é o indivíduo com mais de sessenta e cinco anos, conforme a definição legislativa da Lei 10.741/03. Pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para o trabalho e para a vida independente.

4 REVISITANDO A MISERABILIDADE E O DIREITO FUNDAMENTAL ASSISTENCIAL

A assistência social foi regulamentada pela Lei 8.742/93. Definiu-se, no artigo 20, §3º a linha de pobreza com base em percentual do salário mínimo vigente no País, nos seguintes termos: “Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo”.

O dispositivo em questão ao regulamentar a linha de pobreza adotou um critério objetivo. A pretexto, no entanto, de evitar arbitrariedades, tem-se que a adoção do referido critério exclui de seu âmbito de incidência vários indivíduos que poderiam titularizar tal benefício.

O projeto de um Estado Democrático de Direito cobra a participação de todos os indivíduos. A democracia não se coaduna com a exclusão de indivíduos. A exclusão da participação de indivíduos no projeto de estabelecimento de um Estado Democrático de Direito abala a própria existência e legitimidade do Estado.

Um Estado Democrático de Direito encontra sua própria lógica no pluralismo que consiste na promoção da maior diversidade possível de concepções de bem como meio para a maximização e dignidade²⁸. A produção da maior diversidade possível de concepções de bem depende, obviamente, do exercício e titularização da ampla gama de direitos aberta pelo constitucionalismo.

²⁸ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003. p. 54.

Conforme assevera Michel Rosenfeld, a Constituição na medida em que contenha ou se sobreponha as leis democraticamente eleitas serve como instrumento para a autoafirmação e para a emancipação²⁹. Também há de se ter em conta que a história constitucional deve ser analisada como uma complexa tessitura de um processo permanente de aprendizado de inclusão e exclusão, apta a dar guarida às concepções de igualdade e liberdade, de afirmação da cidadania. A inclusão sempre vem acompanhada de exclusão³⁰.

Garantir plenamente o gozo da igualdade e da liberdade requer, pois, a plena satisfação dos direitos políticos, civis, sociais, econômicos e culturais. Conforme reza o art. 6º da Declaração de Viena, os direitos humanos são indivisíveis, interdependentes e estão relacionados entre si. A satisfação de um direito civil, por exemplo, como o direito de propriedade depende, essencialmente, da satisfação dos direitos sociais relacionados a este, tais como direito a um salário digno.

A regulamentação do art. 203, inc. V da CF/88 através da Lei 8.472/93 demonstra bem como a maioria política age ao excluir da incidência dos programas de assistência social uma ampla gama de indivíduos que, por mais que não se enquadrem no conceito de miserabilidade definido no art. 20, §3º, qual seja, renda per capita inferior a ¼ do salário mínimo em uma família, ainda assim podem ser tidos como sujeitos miseráveis a necessitar do amparo estatal.

Outros programas sociais, tais como Bolsa Escola, Lei 9.533/97, Bolsa Família Lei 10.836/2004, Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, Portaria 458 da Secretaria de Assistência Social, Auxílio-Gás, Decreto 4.102, deram critérios mais generosos para o gozo de benefícios sociais, tendo como critério a renda per capita de ½ salário mínimo.

A própria Constituição Federal demonstra, logo no início, sua preocupação com a erradicação da pobreza e da desigualdade social que paira sobre nosso território desde tempos remotos, no art. 3º. Por óbvio, a erradicação da pobreza significa a adoção de direitos para grupos vulneráveis que não têm os direitos sociais mais básicos garantidos pelo Estado. Nessa medida é que o art. 203, V da CF/88 propiciou um direito fundamental à assistência social àqueles que sempre estiveram ao largo das políticas econômicas do Estado.

Além de garantir um direito subjetivo aos indivíduos, idosos e doentes, que não podem prover a própria manutenção, adotou também o Constituinte uma obrigatoriedade para os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário desenvolverem e efetivarem tal direito

²⁹ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003.p. 91-92.

³⁰ NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011. p. 42-43.

fundamental, através de legislação definidora dos critérios, de programas governamentais e mesmo decisões que respeitem e deem eficácia ao referido direito.

Nos idos do ano de 1998, o Supremo Tribunal Federal julgou a constitucionalidade do critério definido no art. 20, §3º da Lei Orgânica de Assistência Social e proclamou a constitucionalidade do mesmo na ADI 1.232, rel. Min. Nelson Jobim, julgado em 27/08/1998³¹.

O próprio Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Regionais Federais passaram a adotar critério mais vantajoso para a definição da miserabilidade. Regra geral, passaram a adotar o preceito de que miserável é o indivíduo cuja renda per capita familiar seja de ½ salário mínimo, pois que de acordo com os programas sociais instituídos pelo governo federal³².

Não por outra razão, o Supremo Tribunal Federal reviu o julgamento da ADI 1.232 para proclamar a inconstitucionalidade do art. 20, §3º da Lei 8.472/93, sem pronunciar sua nulidade para que o legislador possa adotar critérios mais vantajosos³³, nos termos do julgamento da Reclamação 4374/PE, rel. Min. Gilmar Mendes. Com efeito, nos termos do voto do relator, há uma inconstitucionalidade originária e uma inconstitucionalização superveniente do critério do art. 20, 3º: “inconstitucional, estado este que é originário em

³¹ CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

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

³² Por exemplo:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE PROVER A SUA PRÓPRIA MANUTENÇÃO OU TÊ-LA PROVIDA POR SUA FAMÍLIA. HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA. CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE. LEIS Nº 9.533/97 E 10.689/2003. CRITÉRIO MAIS VANTAJOSO. PROVA TESTEMUNHAL. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. AGRAVO PROVIDO.[...]

3. As Leis nº 9.533/97 e nº 10.689/2003, cujos beneficiários devem possuir renda mensal familiar inferior a ½ salário mínimo, estabeleceram critério mais vantajoso para análise objetiva da miserabilidade.

4. Deve ser estabelecido igual tratamento jurídico no que concerne à verificação da miserabilidade, a fim de se evitar distorções que conduzam a situações desprovidas de razoabilidade. Assim, deve ser considerada incapaz de prover a manutenção de pessoa portadora de deficiência ou idosa à família cuja renda mensal per capita seja inferior a ½ salário mínimo.

5. A renda per capita do núcleo familiar da agravante se situa em patamar de ½ salário mínimo, ao se levar em consideração o benefício previdenciário auferido pelo esposo dela, circunstância que, por si só, não afasta a pertinência da fruição do benefício.

6. [...]

7. Agravo a que se dá provimento para determinar o prosseguimento do feito com a produção da prova testemunhal.

(AG 0004162-68.2003.4.01.0000/MG, Rel. Desembargador Federal Francisco De Assis Betti, Segunda Turma, e-DJF1 p.1383 de 07/10/2010).

relação à edição da LOAS em 1993 (uma inconstitucionalidade originária, portanto), hoje se pode verificar também a inconstitucionalidade (superveniente) do próprio critério definido pelo § 3º do art. 20 da LOAS. Trata-se de uma inconstitucionalidade que é resultado de 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)”.

Não obstante, os problemas não acabaram com o julgamento da mencionada reclamação e a proclamação da inconstitucionalidade da norma que define o critério de idosos e doentes miseráveis, aptos a merecerem o amparo assistencial.

Devemos encarar e ter presente que o processo de aplicação do direito não é um tema que pode ser feito *a priori*, através de elementos sintáticos que buscam a sua aplicação na hipótese concreta. O modelo de aplicação do direito através da subsunção dos elementos sintáticos previstos na lei produz graves consequências para a democracia.

É que o processo de aplicação de normas jurídicas mediante a simples subsunção do texto aos fatos produz inclusão/exclusão. O déficit democrático produzido por este tipo de aplicação jurídica pode ser visto, principalmente, nas questões assistenciais.

É que a simples aplicação dos critérios objetivos definidos na lei para indivíduos que tem o direito ao benefício assistencial não leva em consideração que muitos outros aspectos da complexidade social em que vivemos pode ter por efeito dar uma condição de miserabilidade para o indivíduo. Por isso é que sempre o processo de aplicação de normas jurídicas universais deve levar em conta que todas as características relevantes do caso servem para o propósito de interpretação e aplicação jurídicas³⁴.

Tem-se, assim, que a adoção de qualquer parâmetro objetivo a ser seguido pelos Tribunais em matéria de definição de miserabilidade produzirá a exclusão de indivíduos que se encontram em situação de evidente impossibilidade de manter sua própria vida. Resta-nos saber se, em detrimento da segurança jurídica e para evitar arbitrariedades, podemos conviver com o fato de vermos sujeitos miseráveis excluídos, alijados de um direito fundamental à assistência social, devidamente assegurado pelo Poder Constituinte.

³⁴ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*. Trad. Claudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004. Também o seguinte artigo: GÜNTHER, Klaus. Justification et application universalistes de la norme en droit et en morale. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, tome 37, p. 269-312, 1992.

5 CONCLUSÃO

Não se pode deixar de reconhecer que o Supremo Tribunal Federal andou bem ao reconhecer a inconstitucionalidade do critério de miserabilidade para efeitos de benefício assistencial, no julgamento da Reclamação 4374/PE, ainda que sem pronunciar a nulidade da norma em comento, visando a dar tempo necessário ao Poder Legislativo que elabore nova legislação definindo miserabilidade nos termos delimitados pela Constituição de 1988.

No entanto, a questão ainda é passível de controvérsia. É que a própria Constituição não define de modo taxativo um critério objetivo para o conceito de indivíduos que necessitem de amparo assistencial.

De outra forma, para a satisfação dos objetivos de redução da desigualdade social, necessário que os indivíduos sejam incluídos no projeto democrático. A inclusão no projeto democrático demanda, por óbvio, que sejam titulares de todos os direitos fundamentais garantidos pela Constituição.

Tem-se, então, que se deve enxergar a miserabilidade, apta a garantir o gozo de benefícios assistências, não como um critério objetivo que, de uma forma ou outra, traduz em exclusão de indivíduos que, a depender das circunstâncias concretas, são reduzidos à miserabilidade. Defendemos, então, que o conceito de miserabilidade para idosos e inválidos deve ser analisado caso a caso, sem que isto acarrete arbitrariedade.

Abstract

This article seeks to address an issue still little addressed in constitutional theory. It is about understanding what is being social assistance and therefore individuals who are deserving of support by the social protection system provided for in the Federal Constitution of 1988. The social support as well as being a fundamental right, it is also a way inclusion of individuals in the democratic process. Therefore, the benefit of social assistance claims an open legal treatment to new conceptions of life.

Keywords: Social Assistance; wretchedness; democracy.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamntales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.
- COMPARATO, Fabio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das letras, 2005.
- DWORKIN, Ronald. **La democracia posible**. Barcelona: Paidós, 2008.
- GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**. Trad. Claudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.
- GÜNTHER, Klaus. Justification et application universalistes de la norme en droit et en morale. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, tome 37, p. 269-312, 1992.
- MORO, Sérgio Fernando. Comentários ao art. 203. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011.
- PIOVESAN, Flavio. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, vol. 1, n.1, São Paulo, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452004000100003&script=sci_arttext>, acesso em 18 de Agosto de 2014.
- ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.
- SPOSATI, Aldaíza et al.. **A assistência na trajetória das políticas sociais brasileiras: uma questão em análise**. 9º. ed.. São Paulo: Cortez, 2007.
- YAZBEK, Maria Carmelita. As ambigüidades da assistência social brasileira após dez anos de LOAS: In **Serviço Social e Sociedade** n° 77, São Paulo, Cortez, 2004.