

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 567.985 MATO GROSSO

RELATOR	: MIN. MARCO AURÉLIO
RECTE.(S)	: INSTITUTO NACIONAL DE SEGURO SOCIAL - INSS
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL FEDERAL
RECDOD.(A/S)	: ALZIRA MARIA DE OLIVEIRA SOUZA
ADV.(A/S)	: GISELDA NATALIA DE SOUZA WINCK ROCHA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: UNIÃO
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
INTDO.(A/S)	: ANIS - INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO
ADV.(A/S)	: JOELSON DIAS E OUTRO(A/S)

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado do Mato Grosso, ao negar provimento a recurso interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, assentou que a recorrida teria direito ao recebimento do benefício assistencial de prestação continuada, mesmo não preenchendo os requisitos previstos no artigo 20, § 3º, da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS (Lei nº 8.742/93). Consignou não ser absoluto o parâmetro de um quarto do salário mínimo estabelecido na mencionada lei, devendo o Judiciário adequar tal critério à diretriz constitucional da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III) e às peculiaridades do caso concreto, de forma a dar cumprimento ao disposto no artigo 203, inciso V, da Carta da República. Concluiu estar configurada a condição de miserabilidade da recorrida, tendo em vista conclusão de perícia socioeconômica realizada no processo.

Eis a ementa da decisão recorrida (folha 97):

PREVIDENCIÁRIO LATO SENSU – BENEFÍCIO
ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA –

RE 567.985 / MT

CONCESSÃO – REQUISITOS VERTIDOS NO ART. 20 DA LEI 8.742/93 – IDOSO – RENDA “PER CAPITA” FAMILIAR INFERIOR A $\frac{1}{2}$ SALÁRIO MÍNIMO – BENEFÍCIO DEVIDO.

I – O critério objetivo de miserabilidade previsto no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 restou modificado para $\frac{1}{2}$ salário mínimo, por força das Leis nº 9.533/97 e nº 10.689/2003.

II – Recurso improvido.

No extraordinário de folha 100 a 131, interposto com alegada base na alínea “a” do permissivo da Carta, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS argui transgressão dos artigos 203, inciso V, e 205, § 5º, do Texto Maior. Afirma que o Colegiado de origem não poderia adotar, na aferição do estado de pobreza, critério diverso daquele previsto na lei de regência, porquanto a norma constitucional instituidora do benefício de prestação continuada possuiria eficácia limitada, devendo-se atentar para o diploma integrador. Sustenta, à luz do que decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232/DF, não caber ao juiz alargar o âmbito de incidência da Lei nº 8.742/1993, ao argumento de a miserabilidade poder ser comprovada por outros meios. Anota ter o Supremo, no julgamento da mencionada ação direta, afastado qualquer possibilidade de dar ao artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993 interpretação conforme à Constituição. Cita pronunciamentos deste Tribunal em que assentada, quanto ao benefício de prestação continuada, a necessária observância das regras estritamente estabelecidas pela Lei nº 8.742/1993 e a inaplicabilidade das Leis nº 9.533/97 e 10.689/2003. Assevera, por fim, que a Turma Recursal, ao afastar a incidência do artigo 20, § 3º, da Lei Orgânica da Assistência Social, acabou por declará-lo inconstitucional.

A recorrida, nas contrarrazões de folha 133 a 141, aduz, preliminarmente, a ausência de prequestionamento da matéria constitucional. No mérito, evoca precedentes do Superior Tribunal de Justiça e de Turma Recursal de outro Estado da Federação no sentido da decisão ora impugnada. Menciona, ainda, o Enunciado nº 11 da Súmula da Turma Nacional de Uniformização. Insiste em estar devidamente comprovada a existência, no caso, dos requisitos para a concessão do

RE 567.985 / MT

pleiteado benefício assistencial.

O extraordinário foi admitido na origem (folha 143).

O Tribunal reconheceu a repercussão geral da questão constitucional versada no processo (folha 148):

**REPERCUSSÃO GERAL – BENEFÍCIO ASSISTENCIAL
DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – IDOSO – RENDA PER
CAPITA FAMILIAR INFERIOR A MEIO SALÁRIO MÍNIMO –
ARTIGO 203, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
Admissão pelo Colegiado Maior.**

Mediante os atos de folhas 169 e 170, 207 bem como 271 e 272, admitiu a participação do Defensor Público-Geral da União, da União e do Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero.

O Defensor Público-Geral da União sustenta a necessidade de o Supremo rever o pronunciamento concernente à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232/DF, uma vez que, diante do atual contexto socioeconômico do país, um quarto do salário mínimo não se mostra mais como padrão adequado à aferição de miserabilidade preconizada no artigo 203, inciso V, do Texto Maior. Afirma ser possível a utilização de outros critérios para tal fim, a exemplo daqueles trazidos pelas Leis nº 9.533/1997 e 10.689/2003 e pelo Decreto nº 3.997/2001, que trata do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. Menciona decisões deste Tribunal no sentido da tese sustentada.

Consoante ressalta o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, quanto maior o valor fixado como parâmetro para fins de concessão do benefício de prestação continuada, mais fácil se evitaria a indevida inclusão de beneficiários. Defende que a alteração do critério de renda, de um quarto para meio salário mínimo, e o consequente aumento da população legalmente beneficiária representaria crescimento real de 48% no orçamento público, correspondente a custo adicional de 8,9 bilhões de reais. Tal quantia não chegaria sequer a 3% do orçamento previdenciário total, consistindo em gasto absorvível pela capacidade financeira da União. Requer, ao final, edição de súmula vinculante

RE 567.985 / MT

consignando como parâmetro, para concessão do benefício assistencial previsto no artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993, renda *per capita* familiar de meio salário mínimo.

A Procuradoria Geral da República, no parecer de folha 184 a 194, manifesta-se pelo não conhecimento do recurso e, caso ultrapassada a preliminar, pelo desprovimento. Afirma que a análise das razões do extraordinário demandaria exame da matéria fático-probatória, inviável nesta sede – Verbete nº 279 da Súmula do Supremo – porquanto a Turma Recursal atestou a condição de miserabilidade da recorrida no laudo socioeconômico produzido no curso do processo. Cita, quanto ao tema de fundo, decisões deste Tribunal no sentido de que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232/DF, não se assentou estar o juiz, na análise de situação concreta, impedido de averiguar outros elementos a levarem à conclusão do estado de pobreza do postulante do benefício versado na Lei Orgânica da Assistência Social.

É o relatório.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 567.985 MATO GROSSO

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Na interposição deste recurso, observaram-se os pressupostos de recorribilidade. A ciência pessoal quanto ao acórdão recorrido aconteceu em 24 de agosto de 2007, sexta-feira (folha 99). A peça, subscrita por procurador federal, foi protocolada em 21 de setembro de 2007, dentro do prazo legal. Quanto à óptica da Procuradoria, não se pode confundir revolvimento da prova com o enquadramento jurídico da situação revelada na decisão atacada mediante o extraordinário. E é disso que se trata. Conheço.

A Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, imbuída de espírito inclusivo e fraternal, fez constar o benefício assistencial previsto no artigo 203, inciso V, da Carta da República. É uma especialização dos princípios maiores da solidariedade social e da erradicação da pobreza, versados no artigo 3º, incisos I e III, do Diploma Maior. Concretiza a assistência aos desamparados, estampada no artigo 6º, cabeça, da Carta Federal. Daí ostentar a natureza de direito fundamental. O constituinte assegurou a percepção de um salário mínimo por mês aos portadores de deficiência – hoje designados, em linguajar mais adequado à quadra, portadores de necessidades especiais – e aos idosos, exigindo-lhes a comprovação de não possuírem meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida pela família, conforme dispuser a lei.

Ante a necessidade de integração legislativa, haja vista a referência feita pelo poder constituinte à normatização, veio à balha a Lei nº 8.742/93, em cujo artigo 20, § 3º, delimitou-se o benefício àqueles idosos e portadores de necessidades especiais cuja renda familiar, por cabeça, não ultrapasse a quantia de um quarto do salário mínimo. Em sequência, houve o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232, relatada pelo Ministro Ilmar Galvão, em que o Supremo assentou, com efeito vinculante, a compatibilidade entre o referido dispositivo e a Carta da República. Estive ausente do julgamento do mérito, razão pela qual não pude externar posição quanto à questão de fundo, o que passo a fazer

agora.

Ao remeter à disciplina legislativa, penso ser razoavelmente claro que o constituinte não buscou dar ao legislador carta branca para densificar o conteúdo da Lei Fundamental. Pode-se, então, indagar: se pretendia outra coisa, por que assim o fez? Mostra-se natural e desejável que certos conteúdos constitucionais sejam interpretados à luz da realidade concreta da sociedade, dos avanços culturais e dos choques que inevitavelmente ocorrem no exercício dos direitos fundamentais previstos apenas de modo abstrato na Carta. A lei tem papel crucial na definição dos limites necessários. E mais: essa é uma atividade essencial à manutenção da normatividade constitucional, que, para ter efetividade, precisa estar ancorada no espírito, na cultura e nas vocações de um povo. O autor alemão Konrad Hesse, no clássico ensaio *A força normativa da Constituição*, vertido para português pelo Ministro Gilmar Mendes, explora isso muito bem:

Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral (*A força normativa da Constituição*, 1991, p. 20).

Todavia, ao lado da interpretação constitucional feita pelos outros Poderes da República, o intérprete último da Carta é o Supremo. Cumpre ao Tribunal sopesar, com base nos preceitos do Diploma Maior, as concretizações efetuadas pelo legislador. Nessa relação de tensão entre a normatividade constitucional, a infraconstitucional e a facticidade inerente ao fenômeno jurídico, incumbe-lhe conferir prioridade à tarefa de resguardar a integridade da Carta. Sem esse controle, prevaleceria a interpretação do texto constitucional conforme à lei, a revelar abandono da rigidez própria àquele. Descabe olvidar que a posição do Supremo é de garantia, exercida sempre em favor da sociedade, embora às vezes

RE 567.985 / MT

contra a visão das maiorias. Afinal, a história prova que a confiança cega no processo político majoritário pode produzir resultados trágicos.

Como, então, deve ser interpretada a cláusula constitucional “não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família”? O objetivo do constituinte foi único: conferir proteção social àqueles incapazes de garantir a respectiva subsistência. Os preceitos envolvidos, como já asseverado, são os relativos à dignidade humana, à solidariedade social, à erradicação da pobreza e à assistência aos desamparados. Todos esses elementos fornecem razões para uma interpretação adequada do benefício assistencial estampado na Lei Maior.

O conteúdo do princípio da dignidade humana é matéria que suscita controvérsias doutrinárias e até mesmo jurisprudenciais – refiro-me, no particular, ao voto do Ministro Dias Toffoli proferido no Recurso Extraordinário nº 363.889, no qual Sua Excelência consignou: “se para tudo há de fazer emprego desse princípio, em última análise, ele para nada servirá”. Afirma-se, então, que o princípio permitiria a defesa de qualquer posição jurídica quando a lide refletir os denominados “desacordos morais razoáveis”, caracterizados pela contraposição de óptica igualmente plausível por meio de argumentos de índole pública. A ubiquidade do uso da dignidade na argumentação jurídica, embora seja crítica legítima, merece exceção no caso em apreço. Explico.

Em recente estudo, Luís Roberto Barroso (*Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional*, texto inédito em língua portuguesa) destaca que o substrato do conceito de dignidade humana pode ser decomposto em três elementos, a saber: (i) valor intrínseco, (ii) autonomia e (iii) valor comunitário.

Como “valor intrínseco”, a dignidade requer o reconhecimento de que cada indivíduo é um fim em si mesmo, nos termos do amplamente divulgado imperativo categórico kantiano: “age de modo a utilizar a humanidade, seja em relação à tua própria pessoa ou qualquer outra, sempre e todo o tempo como um fim, e nunca meramente como um meio”. Impede-se, de um lado, a funcionalização do indivíduo e, de outro, afirma-se o valor de cada ser humano independentemente de suas

RE 567.985 / MT

escolhas, situação pessoal ou origem. Ensina o citado autor:

É por ter o valor intrínseco de cada pessoa como conteúdo essencial que a dignidade humana é, em primeiro lugar, um valor objetivo que não depende de qualquer evento ou experiência e que, portanto, não pode ser concedido ou perdido, mesmo diante do comportamento mais reprovável (p. 3).

Soa inequívoco que deixar desamparado um ser humano desprovido inclusive dos meios físicos para garantir o próprio sustento, considerada a situação de idade avançada ou deficiência, representa expressa desconsideração do mencionado valor. Não consigo alcançar, nesse particular, argumentos para uma conclusão divergente. Observem que a insuficiência de meios de que trata a Carta não é o único critério, porquanto a concessão do benefício pressupõe, igualmente, a incapacidade de o sustento ser provido por meio próprio ou pela família, o que reforça a necessidade de proteção social.

Como “autonomia”, a dignidade protege o conjunto de decisões e atitudes que concernem especificamente à vida de um indivíduo. O Supremo, ao emprestar interpretação conforme à Constituição aos dispositivos do Código Civil que dispõem sobre as uniões estáveis, para neles incluir as uniões homoafetivas, protegeu, segundo penso, exatamente essa concepção de dignidade. No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, relator Ministro Ayres Britto, fiz ver:

O Estado existe para auxiliar os indivíduos na realização dos respectivos projetos pessoais de vida, que traduzem o livre e pleno desenvolvimento da personalidade. (...) A dignidade da vida requer a possibilidade de concretização de metas e projetos. Daí se falar em dano existencial quando o Estado manieta o cidadão nesse aspecto.

RE 567.985 / MT

Ora, para que uma pessoa seja capaz de mobilizar a própria razão em busca da construção de um ideal de vida boa – que, no final das contas, nos motiva a existir –, é fundamental que lhe sejam fornecidas condições materiais mínimas. Nesse aspecto, a previsão do artigo 203, inciso V, da Carta Federal também opera em suporte dessa concepção de vida digna.

O autor – Luís Roberto Barroso – entende a dignidade ainda como um “valor comunitário”. Atuaria o instituto não apenas como proteção da esfera individual, mas como limitador do exercício de direitos individuais, resguardando-o coletivamente. Tais aspectos estão ancorados, em alguma medida, nas compreensões morais coletivas e nas práticas arraigadas no meio social.

Nesse último ponto, está incluída a ideia maior de solidariedade social, alçada à condição de princípio pela Constituição. Observem que a ninguém foi dada a escolha de nascer nessa quadra e nessa sociedade, mas, a despeito disso, estamos todos unidos na construção de um destino comum. Esse laço de irmandade, fruto, para alguns, do fortuito e, para outros, do destino, faz-nos, de algum modo, responsáveis pelo bem de todos. O escritor inglês John Donne conseguiu descrever o sentimento em linguagem poética, ao afirmar que a “morte de cada homem diminui-me, porque sou parte da Humanidade. Portanto, nunca procure saber por quem os sinos dobraram; eles dobraram por ti” (in *Devotions Upon Emergent Occasions*, disponível em: <http://www.poetryfoundation.org/bio/john-donne>).

Esse é o sentido de solidariedade estampado no artigo 3º, inciso I, da Lei Maior. Sobre o tema, assim se pronuncia o jurista espanhol Gregorio Peces-Barba Martinez:

O ponto de partida da solidariedade é o reconhecimento da realidade do outro e a consideração de seus problemas como não alheios, mas suscetíveis de resolução com intervenção dos Poderes Públicos e dos demais. O objetivo político é a criação de uma sociedade na qual todos se considerem membros da mesma, e resolvam em seu seio as necessidades básicas, na qual

RE 567.985 / MT

não haja saltos qualitativos nos grupos em que os seres humanos desenvolvam suas vidas e suas atividades, enfim, aquela em que todos possam realizar sua vocação moral, com seres autônomos e livres (*Lecciones de derechos fundamentales*, 2004, pp. 178-9)

No direito pátrio, vale referir à construção de Maria Celina Bodin de Moraes:

A expressa referência à solidariedade, feita pelo legislador constituinte, estabelece em nosso ordenamento um princípio jurídico inovador, a ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução de políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação e aplicação do Direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, por todos os membros da sociedade. (“O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”. In: *Constituição, direitos fundamentais e direitos privados*, 2003, p. 138).

Mostra-se possível discordar, em tese, do arranjo sistemático antes revelado, mas não se pode negar a relação entre a dignidade e (i) a proteção jurídica do indivíduo simplesmente por ostentar a condição humana e (ii) o reconhecimento de uma esfera de proteção material do ser humano, como condição essencial à construção da individualidade e à autodeterminação no tocante à participação política. Com base nessa visão, conclui-se que existe certo grupo de prestações essenciais básicas que se deve fornecer ao ser humano para simplesmente ter capacidade de sobreviver e que o acesso a tais bens constitui direito subjetivo de natureza pública. A isso a doutrina vem denominando mínimo existencial.

Ora, a eliminação dessa forma aguda de pobreza é pré-condição da construção de uma sociedade verdadeiramente democrática, da estabilidade política, enfim, do desenvolvimento do país como um todo. Sem condições materiais, não pode haver um cidadão pleno, apto a

RE 567.985 / MT

participar nos debates públicos, a produzir argumentos e críticas. Se há algum consenso no âmbito da filosofia moral, é a respeito da existência do dever do Estado de entregar um conjunto de prestações básicas necessárias à sobrevivência do indivíduo, reconhecida tanto pelos defensores do liberalismo, entre os quais se destaca John Rawls (*Liberalismo político*, 1999, pp. 32-33), como por aqueles que extraem os direitos fundamentais da teoria do discurso, caso de Jürgen Habermas (*Direito e democracia entre facticidade e validade*, v. I, 2006, pp. 159-160). Mesmo os que defendem a integração maior entre o Direito e a comunidade, conferindo a esta papel preponderante na definição dos limites dos direitos fundamentais, não escapam a essa compreensão. A propósito, afirma o filósofo do Direito Michael Walzer:

Nenhuma comunidade pode permitir que seus membros morram de fome quando há alimentos disponíveis para eles; nenhum governo pode permanecer passivo numa ocasião dessas – se alega ser governo da comunidade, por ela e para ela (*Esferas de justiça – uma defesa do pluralismo e da igualdade*, 2003, p. 105).

A visão está igualmente no direito brasileiro, do qual cito as obras de Ana Paula de Barcellos (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2008), Ingo Wolfgang Sarlet (*Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 2010), Ricardo Lobo Torres (*O direito ao mínimo existencial*, 2009) e Maria Celina Bodin de Moraes (“O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”. In: *Constituição, direitos fundamentais e direitos privados*, 2003, pp. 105-147). Com diferentes pressupostos, todos concordam com a necessidade de proteção do mínimo existencial. Sobre o tema, ensina Ana Paula de Barcellos:

Ao lado do campo meramente político, uma fração do princípio da dignidade da pessoa humana, seu conteúdo mais essencial, está contida naquela esfera do consenso mínimo

RE 567.985 / MT

assegurada pela Constituição e transformada em matéria jurídica. É precisamente aqui que reside a eficácia jurídica positiva ou simétrica e o caráter de regra do princípio constitucional. (...) Não é possível ponderar um princípio, especialmente o da dignidade da pessoa humana, de forma irrestrita, ao ponto de não sobrar coisa alguma que lhe confira substância: também a ponderação tem limites. (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2008, p. 282).

Enfim, independentemente da posição que o intérprete do Direito assuma acerca desses temas, há consenso básico e essencial sobre a necessidade de proteger e dignificar o indivíduo. Nesse sentido, anota Gustavo Zagrebelsky:

(...) as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a tarefa de realizar as condições de possibilidade da mesma (*El derecho dúctil*, 2011, p. 13).

Mesmo que tais elementos não convençam, o constituinte instituiu o dever do Estado de prover assistência aos desamparados. Com base no artigo 6º da Carta, compete-se os poderes públicos a realizar políticas públicas para remediar, ainda que minimamente, a situação de miséria daqueles que infelizmente acabaram relegados a essa condição.

São esses, afim, os parâmetros materiais dos quais há de partir a interpretação da regra questionada. Indago: a concretização legislativa dos referidos princípios foi suficiente? À luz do caso concreto, tem-se que a resposta é desengadamente negativa. Observem o retratado no acórdão recorrido:

Conforme o laudo sócio-econômico de fls. 45/47, constata-se que a Recorrida mora com seu esposo e um filho deficiente, sendo a renda familiar proveniente da aposentadoria recebida

RE 567.985 / MT

por seu cônjuge, no valor de R\$ 400,00 (quatrocentos reais), advinda da previdência do Estado de Mato Grosso (folha 96).

Com isso, calcula-se a renda de R\$ 133,00 (cento e trinta e três reais) por pessoa. O salário mínimo no ano de 2006 esteve fixado em R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais) pela Lei nº 11.321, de 7 de julho de 2006. Para que fosse possível alcançar o benefício, a renda por cabeça deveria equivaler a R\$ 116,00 (cento e dezesseis reais). Em suma: por R\$ 17,00 (dezessete reais) mensais, mediante aplicação estrita da regra legal, afirma-se que a requerente – ora recorrida – não tem jus ao benefício.

O problema central encontra-se na base móvel escolhida pelo legislador. Ao vincular a renda familiar ao salário mínimo, obteve-se a mudança, ano após ano, da linha de pobreza alcançada. Hoje, por exemplo, tem-se o mínimo estabelecido em R\$ 622,00 (seiscientos e vinte e dois reais) – Decreto nº 7.655, de 23 de dezembro de 2011 –, o que elevaria o patamar para R\$ 155,50 de renda mensal individual mínima. Todos os idosos e deficientes com renda inferior a isso gozariam o benefício. Esse valor – o atual – está muito além da linha da pobreza estipulada pelo Banco Mundial, hoje fixada em US\$ 1,25 (um dólar e vinte e cinco centavos) de renda diária, cerca de R\$ 75,00 por mês (estatística disponível em: <http://data.worldbank.org/country/brasil>). Portanto, à luz do salário mínimo em vigor, o critério pode ser considerado razoável, mas não diante do salário vigente quando o processo foi iniciado.

Ao declarar a constitucionalidade do dispositivo da Lei nº 8.742/1993, o Tribunal o fez a partir de certo parâmetro, revelado pelo valor do salário mínimo em vigor à época do julgamento. Com o avanço da inflação e os reajustes do mínimo, é possível que outra situação fática se desenhe e que o novo quadro se apresente absolutamente discrepante dos objetivos constitucionais. O caso concreto fornece um exemplo vívido: uma família composta por um casal de idosos e uma criança deficiente. O critério escolhido pelo legislador para apurar a pobreza, embora objetivo, não dá concretude à Constituição.

Ao fixar-se apenas no critério “renda”, o legislador olvidou outros elementos do mundo dos fatos que são relevantes para o exame do

RE 567.985 / MT

parâmetro “miserabilidade”. Por exemplo: uma família com duas ou três pessoas deficientes, além de diversos idosos com situação de saúde debilitada, possui maiores necessidades que uma família composta por apenas um idoso. Observem que, de todo modo, a legislação proíbe a percepção simultânea de mais de um benefício de assistência social – artigo 20, § 4º, da Lei nº 8.742, com a redação que lhe foi atribuída pela Lei nº 12.435/2011.

Mostra-se patente que o artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, embora não seja, só por si, inconstitucional, gerou situação concreta de inconstitucionalidade. A incidência da regra traduz falha no dever, criado pela Carta, de plena e efetiva proteção dos direitos fundamentais, resultante da eficácia positiva de tais direitos, cuja concretização é condição essencial à construção de uma sociedade mais justa e, portanto, civilizada. Como se sabe, os direitos fundamentais tanto possuem uma faceta negativa, que consiste na proteção do indivíduo contra as arbitrariedades provenientes dos poderes públicos, quanto cria deveres de agir. Refiro-me à denominada dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que tem como um dos efeitos a imposição de deveres permanentes de efetividade, sob pena de censura judicial. Sobre esse ponto, anota Ingo Wolfgang Sarlet:

Outro desdobramento estreitamente ligado à perspectiva objetivo-valorativa dos direitos fundamentais diz com o que se poderia denominar de eficácia dirigente que estes (inclusive os que precipuamente exercem a função de direitos subjetivos) desencadeiam em relação aos órgãos estatais. Nesse contexto é que se afirma conterem os direitos fundamentais uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais (*A eficácia dos direitos fundamentais*, 2007, p. 163)

Em suma, está-se diante de situação em que a concretização do princípio da dignidade humana e do dever específico de proteção dos hipossuficientes – idosos e deficientes – encontra-se aquém do texto

RE 567.985 / MT

constitucional. Embora ainda pouco utilizado pelo Supremo, emerge como parâmetro de aferição de constitucionalidade da intermediação legislativa de direitos fundamentais o chamado princípio da proibição da concretização deficitária, cujo fundamento último radica-se no dever, imputável ao Estado, de promover a edição de leis e ações administrativas efetivas para proteger os direitos fundamentais (ver Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonçalves Branco, em *Curso de direito constitucional*, 2007, p. 323).

Diante de tal situação, de evidente falha no dever de concretização, cabe indagar: existe solução hermenêutica para a questão? Penso que sim e passo a versá-la.

Eis o que há, objetivamente, no caso em apreço: de um lado, acórdão de Turma Recursal de Juizado Especial que suplantou a regra legal citada e também o precedente do Supremo formalizado em controle concentrado de constitucionalidade, e assim o fez em interpretação que, na minha óptica, afigura-se mais consentânea com os princípios maiores da Carta Federal, já consignados anteriormente. De outro lado, a certeza de que a aplicação meramente subsuntiva da regra do artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 à situação concreta levaria ao provimento do extraordinário interposto pela União.

Posta a questão em jargão técnico, o Poder Judiciário derrotou uma regra. O dispositivo legal fornecia relato preciso e acabado da hipótese efetiva de atuação, o qual ficou suplantado pelo aplicador em favor de concepção mais ampla de justiça. Além disso, não se teceu sequer consideração quanto à validade da regra, que permanece hígida em abstrato. Desse quadro, é possível asseverar que se tem a constitucionalidade *em abstrato* do preceito legal, consoante assentado pelo Supremo, mas a inconstitucionalidade *em concreto* na aplicação da norma, consideradas as circunstâncias temporais e os parâmetros fáticos revelados.

Surge claro que os enunciados normativos, previstos em abstrato, podem resultar em incidências concretas que desatendam aos comandos constitucionais. Nesse sentido proclamou, no âmbito acadêmico, a

RE 567.985 / MT

professora Ana Paula de Barcellos:

É possível cogitar de situações nas quais um enunciado normativo, válido em tese e na maior parte de suas incidências, ao ser confrontado com determinadas circunstâncias concretas, produz uma norma inconstitucional. Lembre-se que, em função da complexidade dos efeitos que pretendam produzir e/ou da multiplicidade de circunstâncias de fato sobre as quais incidem, também as regras podem justificar diferentes condutas que, por sua vez, vão dar conteúdo a normas diversas. Cada uma dessas normas opera em um ambiente fático próprio e poderá ser confrontada com um conjunto específico de outras incidências normativas, justificadas por enunciados diversos (*Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005, pp. 231-232).

É preciso analisar o contraponto a esse raciocínio. Sabe-se que a forma como os dispositivos constitucionais e legais são redigidos encerra decisões do poder constituinte e do Poder Legislativo. Tais atos cristalizam acordos sociais a respeito de dilemas morais ou questões práticas do cotidiano sobre as quais recaem disputas. Permitir que sejam reabertas à discussão a cada novo processo judicial é arriscado sob duas perspectivas.

Primeiro, por viabilizar que o Juízo desconsidere soluções adotadas consoante o processo político majoritário e faça prevalecer as próprias convicções em substituição às adotadas pela sociedade. Sem que haja verdadeiro fundamento constitucional relevante, esse proceder acaba por retirar a legitimidade da função jurisdicional, calcada, conforme concepção clássica, no respeito às respostas moldadas de antemão pelo legislador.

Segundo, por trazer grande margem de insegurança ao sistema. Com efeito, as regras têm o objetivo de reduzir a incerteza na aplicação do Direito, permitindo que as pessoas pautem as condutas pela previsão abstrata, além de assegurar que a solução do sistema jurídico seja observada de modo isonômico. Na interessante ideia de Thiago Cardoso

RE 567.985 / MT

Araújo, as espécies normativas formariam uma “regra de três”: “os princípios estão para a justiça, assim como as regras estão para a segurança jurídica” (*Jogando com a proporcionalidade*, dissertação de mestrado, 2009, p. 69).

Portanto, diferentemente da ponderação de princípios, que envolve o conflito entre dois valores materiais, a “derrota” de regras (ou ponderação de regras, para os que assim preferem) exige do intérprete que sopesse não só o próprio valor veiculado pelo dispositivo como também os da segurança jurídica e da isonomia. Nesse sentido se manifesta, por exemplo, Humberto Ávila:

Sendo as regras instrumentos de solução previsível, eficiente e geralmente equânime de conflitos, sua superação será tanto mais flexível quanto menos imprevisibilidade, ineficiência e desigualdade geral ela provocar. (*Teoria dos princípios*, 2011, p. 115):

Com base em alguns fundamentos, entendo ser possível assentar a prevalência da leitura constitucional impugnada pela recorrente sobre tais elementos sistêmicos. Como já relatado, a decisão veiculada na regra infralegal não se sobrepõe à estampada na Carta Federal. No confronto de visões, há de prevalecer aquela que melhor concretiza o princípio constitucional da dignidade humana – cuja aplicação é prioritária no ordenamento jurídico. Quanto às considerações concernentes à segurança jurídica e isonômica, também elas hão de ceder frente àquele princípio maior. Descabe comungar com enfoque que, a pretexto de assegurar as expectativas no tocante à aplicação do Direito, acaba por a colocar seres humanos na mais completa situação de indignidade.

Pode-se dizer que, ao afastar a regra legal, os magistrados estariam confrontando a dignidade do postulante, no caso concreto, com a dos demais cidadãos, também carentes de prestações públicas. É o conhecido argumento da reserva do possível. Três razões levaram-me a assentar a improcedência da crítica.

A uma, porque o benefício de assistência social tem natureza restrita,

RE 567.985 / MT

não basta a miserabilidade, impõe-se igualmente a demonstração da incapacidade de buscar o remédio para tal situação em decorrência de especiais circunstâncias individuais. Essas pessoas, obviamente, não podem ser colocadas em patamar de igualdade com os demais membros da coletividade. Elas gozam de evidente prioridade na ação do Estado, assentada pelo próprio texto constitucional. O artigo 230 da Carta atribuiu à coletividade a tarefa de amparar o idoso e assegurar-lhes a dignidade. Quanto aos portadores de necessidades especiais, são muitos os dispositivos que incumbem ao Estado e à sociedade deveres de proteção – artigos 7º, inciso XXXI, 23, inciso II, 24, inciso XIV, 37, inciso VIII, 40, § 4º, inciso I, 201, § 1º, 203, incisos IV e V, 208, inciso III, 227, § 1º, inciso II, e § 2º, e 244 da Lei Maior.

A duas, porquanto a superação da regra legal há de ser feita com parcimônia. Observem que cumpre presumir aquilo que normalmente acontece na interpretação do Direito: que juízes bem-intencionados vão apreciar, consoante a prova produzida no processo, a presença do estado de miséria, considerados os demandantes. O normal é a atuação de boa-fé. Além disso, vale ressaltar que o critério de renda atualmente fixado está muito além dos padrões para fixação da linha de pobreza internacionalmente adotados. Esse elemento faz crer que a superação da regra será realmente excepcional.

A três, finalmente, porque o orçamento, embora peça essencial nas sociedades contemporâneas, não possui valor absoluto. A natureza multifária do orçamento abre espaço para encampar essa atividade assistencial que se mostra de importância superlativa no contexto da Constituição de 1988. É preciso ter presente o que o saudoso jurista argentino Bidart Campos denominou de prioridade orçamentária dos direitos fundamentais, consubstanciada no dever “de destinar aos direitos sociais e aos condicionamentos que os fazem viáveis uma dotação de recursos e gastos na maior dimensão possível” (*El orden socioeconómico en la constitución*, 1999, p. 354).

No mais, acerca da obediência cega à lei, cito as agudas palavras de Gustav Radbruch, o primeiro filósofo do Direito a defender, no pós-

RE 567.985 / MT

guerra, uma concepção mais próxima do valor justiça e menos apegada ao formalismo jurídico. Assevera ele:

Esta concepção de lei e sua validade, a que chamamos *Positivismo*, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas. Torna equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro (“Cinco minutos de filosofia do direito”. In: *Filosofia do direito*, 1974, p. 415).

Não chego ao extremo de sugerir a superação da decisão proferida pelo Supremo na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232, por crer que o parâmetro abstrato possui valia. A declaração de inconstitucionalidade do artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 teria o condão imediato de retirar o suporte de legalidade que deve nortear a atividade administrativa – artigo 37, cabeça, da Carta Federal. O Supremo vem se negando a proclamar a nulidade de lei que padece de vício de inconstitucionalidade por omissão parcial, pois significaria piorar situação que já não se adequa plenamente à Constituição. Sobre o ponto, averba a doutrina:

A técnica da declaração de nulidade, concebida para eliminar a inconstitucionalidade causada pela intervenção indevida no âmbito de proteção dos direitos individuais, mostra-se insuficiente como meio de superação da inconstitucionalidade decorrente da omissão legislativa. (Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonçalves Branco, *Curso de direito constitucional*, 2007, p. 1.134).

É certo que as prestações básicas que compõem o mínimo existencial – esse conjunto sem o qual o ser humano não tem dignidade – não são as mesmas de ontem, e certamente não serão iguais às de amanhã. Assim, embora as definições legais nessa matéria sejam essencialmente

RE 567.985 / MT

contingentes, não chegam a mostrar-se desimportantes. Fixam os patamares gerais para a atuação da Administração Pública, além de permitir razoável margem de certeza quanto ao grupo geral de favorecidos pela regra, o que terá impactos na programação financeira do Estado.

Vale frisar que não comungo com a óptica do colegiado prolator da decisão recorrida, no sentido da derrogação do artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 pelas Leis nº 9.533/1997 e nº 10.689/2003. Consoante salienta a União, embora o critério objetivo de aferição da miserabilidade adotado mediante as referidas leis seja diverso – meio salário mínimo –, o fato é que se destinam a outros tipos de benefícios – a primeira cuida de programa de renda mínima municipal e a segunda do programa nacional de alimentação, ambos com menor alcance. Na Lei nº 9.533/1997, o valor do benefício é bem inferior ao salário mínimo, sendo o patamar inicial estabelecido em R\$ 15,00 (artigo 1º, § 4º). Na Lei nº 10.689/2003, não há sequer a fixação de quantia, deixando-se tal tarefa a cargo do Poder Executivo (artigo 2º, inciso III). Ainda que a argumentação fosse correta, tem-se que o parâmetro revelado no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93 foi reiterado ante a edição da Lei nº 12.435/2011.

A solução que proponho não é heterodoxa, nem exorbita da jurisprudência do Tribunal. Cabe lembrar que o Supremo indeferiu a liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 223, relator Ministro Paulo Brossard, redator do acórdão o Ministro Sepúlveda Pertence, na qual se buscava suspender os efeitos da Medida Provisória nº 173, de 18 de março de 1990, que proibia a concessão de cautelares em ações alusivas a dez medidas provisórias, disciplinando vários assuntos. Consignou que a proibição, em tese, da concessão de medidas cautelares é viável, mas que os magistrados, no exercício do controle difuso, poderiam dizer da inaplicabilidade da regra em caso de incidência constitucional. É o que consta no voto do Ministro Sepúlveda Pertence:

Assim, creio que a solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da

RE 567.985 / MT

constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas ao seu poder cautelar, para, se entender abusiva essa restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva.

Nas diversas reclamações envolvendo a matéria, foi possível antever a solução para o problema. Refiro-me, em particular, à decisão proferida pelo Plenário ao apreciar o Agravo Regimental na Reclamação nº 3.963/SC, relator Ministro Ricardo Lewandowski, e também aos pronunciamentos monocráticos atinentes às Reclamações nº 4.422, relator Ministro Celso de Mello, nº 4.133, relator Ministro Ayres Britto, e nº 4.366, relator Ministro Ricardo Lewandowski. Na apreciação da medida cautelar no Recurso Extraordinário nº 564.347, assentou o Ministro Gilmar Mendes:

O Tribunal parece caminhar no sentido de se admitir que o critério de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo pode ser conjugado com outros fatores indicativos do estado de miserabilidade do indivíduo e de sua família, para concessão do benefício assistencial de que trata o art. 203, inciso V, da Constituição.

Entendimento contrário, ou seja, no sentido da manutenção da decisão proferida na Rcl 2.303, ressaltaria ao menos a inconstitucionalidade por omissão do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742, de 1993, diante da insuficiência de critérios para se aferir se o deficiente ou o idoso não possuem meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, como exige o art. 203, inciso V, da Constituição.

A meu ver, toda essa reinterpretação do art. 203 da Constituição, que vem sendo realizada tanto pelo legislador como por esta Corte, pode ser reveladora de um processo de inconstitucionalização do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742, de 1993.

Diante de todas essas perplexidades sobre o tema, é certo que o Plenário do Tribunal terá que enfrentá-lo novamente.

RE 567.985 / MT

Em síntese, consigno que, sob o ângulo da regra geral, deve prevalecer o critério fixado pelo legislador no artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93. Ante razões excepcionais devidamente comprovadas, é dado ao intérprete do Direito constatar que a aplicação da lei à situação concreta conduz à inconstitucionalidade, presente o parâmetro material da Carta da República, qual seja, a miserabilidade, assim frustrando os princípios observáveis – solidariedade, dignidade, erradicação da pobreza, assistência aos desemparados. Em tais casos, pode o Juízo superar a norma legal sem declará-la inconstitucional, tornando prevalecentes os ditames constitucionais.

Nesse contexto, consideradas as circunstâncias excepcionais reveladas na decisão recorrida, nego provimento ao recurso. É como voto.