

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**PUC-SP**

Guilherme Fraiha Granjo

**O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL À PESSOA COM DEFICIÊNCIA SOB O ENFOQUE**  
**JURISPRUDENCIAL: AVANÇOS OU RETROCESSOS?**

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo  
2017

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**PUC-SP**

Guilherme Fraiha Granjo

**O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL À PESSOA COM DEFICIÊNCIA SOB O ENFOQUE**  
**JURISPRUDENCIAL: AVANÇOS OU RETROCESSOS?**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito sob orientação do Prof. Dr. Luiz Alberto David Araujo.

São Paulo

2017

**Banca Examinadora**

---

---

---

A Deus, em primeiro lugar, pela minha vida e pelas pessoas que colocou em meu caminho.

A meus pais, pelo contínuo incentivo aos meus estudos e pelo imenso amor que dispensam a mim diariamente.

Ao restante de minha família, pelo suporte imprescindível.

## **AGRADECIMENTOS**

A elaboração da presente dissertação de mestrado não teria sido possível se não fosse pela contribuição fundamental de três pessoas. Em razão disso, torna-se indispensável promover os seguintes agradecimentos:

Ao Prof. Dr. Luiz Alberto David Araujo, pela paciente orientação que me permitiu concluir este trabalho.

À Osvaldo Estrela Viegaz, pela valorosa amizade e pela revisão de texto.

À Bruno Figueiredo Colovatti, pelo apoio essencial na pesquisa bibliográfica que serviu de base para o desenvolvimento deste trabalho.

## SUMÁRIO

<b>Introdução</b>	<b>11</b>
<b>1. O Conceito de Pessoa com Deficiência e o Tratamento Constitucional do Benefício de Prestação Continuada</b>	<b>17</b>
1.1 Delimitação Conceitual	17
1.2 O Benefício de Prestação Continuada na Constituição Federal de 1988	25
1.2.1 O Benefício de Prestação Continuada Como um Direito Fundamental Social	28
1.2.2 O Benefício de Prestação Continuada Como Pressuposto Essencial à Dignidade da Pessoa com Deficiência	32
1.2.3 O Benefício de Prestação Continuada Como um Direito Fundamental Social de Eficácia Limitada e de Princípio Programático	40
1.3 Conclusões Parciais	44
<b>2. Teoria dos Princípios e o Benefício Assistencial do Art. 203, V, da Constituição Federal de 1988</b>	<b>47</b>
2.1 Conceito de Princípio	47
2.2 Desenvolvimento Histórico da Compreensão dos Princípios Jurídicos	50
2.3 Funções dos Princípios Jurídicos	57
2.3.1 Função Definitória	58
2.3.2 Função Interpretativa	60
2.3.3 Função Fundamentadora	61
2.3.4 Função Bloqueadora/Limitativa	63
2.3.5 Função Supletiva/Integrativa	64
2.4 A Diferença Entre Princípios e Regras	67
2.4.1 A Posição de Ronald Dworkin	70
2.4.2 A Posição de Robert Alexy	76
2.4.3 Críticas à Distinção Forte Entre Princípios e Regras	79
2.5 Conclusões Parciais	86
<b>3. Princípio da Igualdade e o Benefício Assistencial do Art. 203, V, da Constituição Federal de 1988</b>	<b>88</b>

3.1 Compreendendo a Isonomia	88
3.1.1 Previsão Constitucional e Relevância Principiológica	89
3.2 Igualdade Forma X Igualdade Material	92
3.3 Dos Critérios a Apontar a Relação de Igualdade ou Desigualdade Entre Titulares de Direitos Fundamentais	97
3.4 A Contínua Interação da Igualdade com a Liberdade	103
3.5 Conclusões Parciais	107
<b>4. A Inconstitucionalidade do Art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93 e os Critérios Judiciais Para Aferição da Miserabilidade da Pessoa com Deficiência</b>	<b>111</b>
4.1 Autocontenção Judicial e Ativismo Judicial	112
4.2 Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 1.232-1/DF	120
4.3 Inconstitucionalidade do Art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93	128
<b>5. Dos Critérios Judiciais Para a Concessão do Benefício de Prestação Continuada a que se Refere o Art. 203, V, da Constituição Federal de 1988</b>	<b>137</b>
5.1 Aplicação de Outras Leis a Prever Benefícios Assistenciais	137
5.2 Apuração da Miserabilidade da Pessoa com Deficiência por Intermédio de Outros Elementos de Prova	140
5.2.1 Incapacidade Laborativa	142
5.2.2 Presença de Outros Familiares em Situação de Vulnerabilidade Social ou Econômica	145
5.2.3 Gastos com Itens Básicos de Sobrevivência	146
5.2.4 Autodeterminação	148
5.2.5 Composição Familiar	149
5.2.6 Meio Social e Condições de Moradia da Pessoa com Deficiência	150
5.2.7 Grau de Instrução	152
5.2.8 Desconsideração de Ganhos Financeiros ou de Membros do Grupo Familiar no Cômputo da Renda Familiar Mensal	154
5.3 Análise Crítica dos Critérios Judiciais de Concessão do Benefício de Prestação Continuada à Pessoa com Deficiência	156
5.3.1 Aspectos Positivos	156
5.3.2 Aspectos Negativos	166

5.3.2.1 Acesso à Justiça	166
5.3.2.2 Segurança Jurídica	173
5.3.3 Cotejo dos Aspectos Positivos e Negativos	180
<b>Conclusão</b>	<b>184</b>
<b>Referências</b>	<b>190</b>

**RESUMO:** O texto constitucional garantiu às pessoas com deficiência que não possam prover a sua própria manutenção ou de tê-la provida por sua família um benefício de prestação continuada correspondente a um salário mínimo (art. 203, V). A intenção constitucional de amparar pessoas com deficiência em estado de miserabilidade restou restrita pela legislação ordinária regulamentadora do direito fundamental em referência, que previu um estreito critério econômico para definir quem faria jus ao seu recebimento (art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93). Diante disso, o Judiciário tomou a dianteira em considerar o art. 203, V, da Lei Maior não mais como uma mera norma constitucional de eficácia limitada (programática), mas, sobretudo, enquanto um princípio constitucional (mandado de otimização), ainda que por vezes não declare essa conclusão expressamente. Ao encarar o direito fundamental das pessoas com deficiência ao recebimento de um benefício assistencial como um autêntico princípio constitucional, o Judiciário alargou a aplicação que se fazia do art. 203, V, da Constituição, recorrendo a critérios próprios para aferir a miserabilidade do requerente. Tal postura, como teremos oportunidade de assentar no desenvolvimento do presente trabalho, se revela compatível com um constitucionalismo dirigente e engajado com a efetividade das disposições constitucionais, mormente aquelas que albergam direitos fundamentais, não obstante a atual sistemática da concessão judicial do benefício assistencial admita alguns refinamentos, a fim de atender mais decisivamente aos imperativos de acesso à justiça e de segurança jurídica. Para trabalharmos com essas ideias, enfrentaremos os aspectos teóricos que envolvem o benefício de prestação continuada, seja na sua concepção clássica de norma de eficácia limitada, seja na acepção mais condizente com o constitucionalismo contemporâneo que o toma por princípio constitucional. Passaremos em revista como o Judiciário alterou profundamente sua compreensão a respeito da temática em apreço, tanto no âmbito do Supremo Tribunal Federal (que reconheceu a inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93), quanto nas instâncias ordinárias, perquirindo os critérios que foram concebidos pela jurisprudência pátria para apurar a real miserabilidade da pessoa com deficiência. Por aí, poderemos atestar como o direito fundamental ao benefício assistencial não mantém mais uma dependência total da legislação integrativa, mas haure sua normatividade de sua própria condição principiológica.

**PALAVRAS-CHAVES:** Pessoas com Deficiência, Benefício de Prestação Continuada, Direitos Fundamentais, Princípios Constitucionais, Judiciário.

**ABSTRACT:** *The Constitution establishes that people with disabilities that cannot provide their own maintenance nor have it provided by their families have the right to receive a Continuous Cash Benefit (Article 203, V). The constitutional intention of aiding extremely poor individuals with disabilities was restricted by the ordinary legislation regulating this fundamental right, for it has established a very narrow economic standard to define who must receive the Continuous Cash Benefit (Article 20, § 3º, Federal Law n. 8.742/93). Faced with these difficulties, the Judiciary started considering the Article 203, V, of the Brazilian Constitution no longer as a norm of limited effectiveness (programmatic norm), but as a constitutional principle (optimization requirement), even though judges do not state this conclusion expressly. As a result, the Judiciary extended the application of the Article 203, V, of the Brazilian Constitution, using its own standards to assess the claimant's poverty. Such interpretation is compatible with a social constitutionalism, engaged with the effectiveness of the constitutional provisions, in particular those establishing fundamental rights, despite the fact that there is still room for improvements so as to ensure access to justice and legal certainty. To work with these ideas, we will analyze the theoretical aspects that involve the Continuous Cash Benefit in its classical conception of a norm of limited effectiveness as well as in the sense of a constitutional principle (a definition that is more in accordance with the contemporary constitutionalism). We will also analyze how the Judiciary has altered its understanding in the matter at hand, either in the Brazilian Supreme Court (which recognized the unconstitutionality of the Article 20, § 3º, of the Federal Law n. 8.742/93), or in the ordinary courts, identifying the judicial standards to assess the claimant's poverty. At that point, we will be able to assert that the Continuous Cash Benefit no longer maintains a total dependence on the regulative legislation; on the contrary, its normativity derives from its condition of a constitutional principle.*

**KEYWORDS:** *Person with Disability; Continuous Cash Benefit Programme; Fundamental Rights; Constitutional Principles; Judiciary.*

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo apurar como o artigo 203, V, da Constituição Federal de 1988 deve ser encarado no marco do constitucionalismo contemporâneo, e, com base nessa constatação, como o Judiciário deve concretizar o direito fundamental que o mencionado dispositivo constitucional alberga.

O artigo 203, V, do texto constitucional preceitua que o Poder Público tem por incumbência garantir um salário mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovarem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. A norma constitucional em apreço evidencia a intenção do legislador constitucional de não deixar entregues à própria sorte pessoas em evidente contexto de vulnerabilidade ou carência social. É movida, pois, pelo valor da solidariedade, que impele as pessoas a auxiliarem seus próximos sempre que a necessidade de fazê-lo transparecer de modo inegável. O desiderato constitucional que moveu a instituição do benefício assistencial às pessoas com deficiência, portanto, não poderia ser mais claro: intenta-se, com a sua previsão, garantir condições mínimas de vida a estes indivíduos, a fim de que possam se manter com dignidade.

Todavia, em que pese a clara intenção constitucional de garantir condições mínimas de vida às pessoas com deficiência e aos idosos, isto é, de assegurar um mínimo de dignidade para quem realmente não reúna condições de se manter com independência, a aplicação do artigo 203, V, da Lei Fundamental de 1988 conviveu, desde a promulgação do texto constitucional, com entraves inaceitáveis. O preceptivo constitucional em referência foi regulado, no plano infraconstitucional, pela Lei n. 8.742/1993, a qual, em seu artigo 20, §3º, garantia o benefício assistencial apenas às famílias cuja renda mensal *per capita* fosse inferior a ¼ do salário mínimo.

O critério criado pela legislação ordinária revelou-se, desde muito cedo, inadequado ao fim constitucional de garantir às pessoas com deficiência e aos idosos comprovadamente miseráveis uma renda mínima para se manterem. Nos termos em que vazado, o critério legal era extremamente restrito, deixando de atender muitíssimas famílias que, apesar de contarem com renda mensal *per capita* superior a ¼ de salário mínimo, não tinham condições reais de prover seus entes com necessidades especiais ou idosos.

Diante do dificultoso quadro colocado acima, marcado por um claro descompasso entre a vontade do legislador constituinte (de garantir a concessão do

benefício a quem dele de fato necessitar) e o regramento constante da legislação ordinária (extremamente restritivo, deixando à margem do benefício indivíduos que claramente dele precisavam), o Judiciário recorreu ao expediente que nos parece, mesmo nos dias que correm, o mais adequado: o de conceber critérios próprios para analisar a viabilidade de se deferir o benefício de prestação continuada à pessoa com deficiência ou ao idoso.

Não obstante, como teremos oportunidade de anotar no desenvolvimento da presente dissertação de mestrado, o artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/1993 teve sua constitucionalidade discutida perante o Supremo Tribunal Federal por duas vezes. Na primeira delas, no ano de 1998, assentou-se sua compatibilidade com a Carta Política de 1988. Contudo, posteriormente, no ano de 2013, nossa Suprema Corte foi novamente chamada a se manifestar quanto à temática em apreço, declinando, desta feita, entendimento pela incompatibilidade do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/1993 com a Constituição Federal de 1988.

Com o reconhecimento da inconstitucionalidade deste dispositivo legal (sem pronúncia de nulidade), as instâncias ordinárias do Poder Judiciário vieram a perceber que sua postura de relativizar o estreito critério legal ganhava respaldo da mais alta Corte de nosso país. Por outras palavras, nossos juízes e tribunais perceberam que deveriam prosseguir analisando a concessão do benefício de prestação continuada a partir de critérios próprios, não sujeitos aos entraves legais.

Analisar, portanto, sob uma perspectiva descritiva, quais são os critérios judiciais de aferição da miserabilidade da pessoa com deficiência é tarefa imprescindível para que se compreenda o novo papel que o artigo 203, V, da Carta Política exerce no marco do constitucionalismo contemporâneo. Além de apurar os critérios judiciais de concessão do benefício assistencial previsto pelo artigo 203, V, da Constituição Federal, procederemos a uma análise crítica do atual contexto, em que o deferimento deste direito fundamental passou a depender muito mais da apreciação casuística de nosso Judiciário do que dos termos estritamente legais.

Para tanto, iniciaremos a monografia estudando o conceito de pessoa com deficiência, que sofreu transformações notáveis principalmente a partir da internalização pelo direito pátrio da Convenção da ONU Sobre os Direitos da Pessoa Com Deficiência. A delimitação conceitual que se pretende realizar tem o escopo de identificar, a partir dos critérios atualmente adotados pela Constituição Federal de 1988, quem pode ser considerada pessoa com deficiência e, por via de consequência, quais são os sujeitos

que, em caso de patente miserabilidade, estão habilitados a formular requerimento pela concessão do benefício assistencial de um salário-mínimo. Cuida-se, assim, de questão que se encontra na base de todo o raciocínio a ser desenvolvido acerca da concessão do benefício de prestação assistencial no país.

Em seguida, nos dedicaremos à análise da raiz constitucional do benefício de prestação continuada à pessoa com deficiência. A inserção do benefício em tela no Título dedicado à Ordem Social e na Seção que se reporta à Assistência Social tem o condão de adiantar alguns importantes traços ou características seus, que serão mencionados oportunamente neste trabalho; mas a análise que pretendemos realizar não se limitará ao estudo topográfico do benefício assistencial. Pretendemos revelar adiante, de modo detalhado, como o benefício de que aqui se cogita ostenta, a um só tempo, uma múltipla natureza jurídica, em função da qual ele tanto se apresenta como um direito fundamental social predisposto à realização da dignidade humana quanto, de acordo com célebre proposta classificatória, como uma norma constitucional de eficácia limitada de princípio programático.

Ato contínuo, nos reportaremos à teoria dos princípios para esclarecer que o benefício assistencial concedido à pessoa com deficiência compreende, de igual modo, um princípio constitucional, e que esse traço em particular tem permitido um alargamento de sua aplicação ou efetivação por parte do Poder Judiciário. Em arremate à análise constitucional do benefício de prestação continuada, nos ocuparemos do estudo da igualdade material, a fim de apurar como este princípio constitucional justifica a instituição e, principalmente, a efetivação do artigo 203, V, da Lei Maior.

Na sequência, avançaremos para o estudo de como a legislação ordinária tratou do benefício assistencial, até o momento em que passaremos em revista as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal quanto à temática (por primeiro, a que reconheceu a compatibilidade do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/1993 com a Constituição; e, após, a que reconheceu sua incompatibilidade). Aqui, estaremos em condições de efetivamente relacionar os critérios judiciais de aferição da miserabilidade da pessoa com deficiência, bem como de emitir críticas positivas e negativas acerca do atual estado de coisas, tudo com a finalidade primordial de compreender como o artigo 203, V, da Carta da República se apresenta na atual quadra do constitucionalismo brasileiro.

Colocado o objeto do presente trabalho, bem como a estratégia que se adota para se chegar as conclusões que apontaremos em seu encerramento, insta realizar uma

necessária advertência. A pesquisa que promovemos acerca dos critérios levados em consideração pelo Poder Judiciário no momento de conceder ou denegar o benefício assistencial à pessoa com deficiência assentou-se basicamente em dados secundários. Para além de produções acadêmicas pertinentes ao assunto (livros, artigos, ensaios, dentre outros), recorremos, como não poderia deixar de ser, a ementários de jurisprudência para identificar os critérios judiciais de aferição da miserabilidade da pessoa com deficiência.

Analisar a jurisprudência de todas as Cortes brasileiras responsáveis por apreciar a concessão do benefício de prestação continuada à pessoa com deficiência seria inviável, dado o extenso número de vezes com que a temática em apreço é decidida por distintos tribunais distribuídos pelo país. Faz-se necessário, para que se chegue a resultados minimamente confiáveis, que se realize um corte metodológico na pesquisa a ser empreendida. Por este motivo, decidimos privilegiar o estudo da jurisprudência de alguns tribunais específicos, sem conferir a mesma atenção a outros.

A pesquisa quanto à concessão do benefício de prestação continuada à pessoa com deficiência tomou por parâmetro, essencialmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais da 1ª Região e da 3ª Região. Em algumas ocasiões, porém, exporemos precedentes da lavra de outros Tribunais Regionais Federais, a fim de ilustrar melhor algum ponto ou argumento, ainda que estes não representem o foco primordial da pesquisa que buscamos realizar. A escolha pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça e por estas Cortes Regionais em específico encontra uma razão de ser.

Com efeito, a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal carece de maiores justificativas. A Suprema Corte é a guardiã do texto constitucional brasileiro, sendo responsável por realizar a interpretação final de seus termos. Isso revela que a posição assumida pelo Pretório Excelso se reveste da maior importância possível para o presente trabalho, na medida em que esta dissertação tratará de analisar o benefício assistencial dentro da ótica do constitucionalismo atual. A relevância do entendimento do Supremo é reforçada, ainda, pelo fato de que esse Tribunal está incumbido de exercer também uma competência revisora das decisões tomadas por todas as demais Cortes brasileiras. Quer dizer, ao mesmo tempo em que dita a interpretação a ser realizada do texto constitucional, o Supremo verifica, no âmbito de litígios concretos, se houve efetiva violação de uma dada disposição constitucional, exercendo, pois, a dupla função de Corte Constitucional e órgão de cúpula do Judiciário.

Prosseguindo em nossas justificativas, escolhemos analisar mais detidamente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça porque esta Corte é o Tribunal Superior detentor da última palavra em matéria legal, consoante dispõe o artigo 105, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Ao exercer sua jurisdição, que se espraia por todo o território nacional, o Superior Tribunal de Justiça revê as posições que foram adotadas pelas instâncias ordinárias do Poder Judiciário, inclusive aquelas assumidas pelos Tribunais Regionais Federais. Por conseguinte, por ser responsável por promover o controle de legalidade das decisões proferidas pelas Cortes de segunda instância, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça tem relevância inegável, ainda mais quando se toma em conta o fato de que o parâmetro adotado pelo INSS na concessão do benefício assistencial às pessoas com deficiência encontra amparo exclusivo na legislação de regência (Lei n. 8.742/93).

Quanto às instâncias ordinárias, elegemos o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, competente para apreciar, no segundo grau de jurisdição (como regra geral), causas originárias que provenham de São Paulo e do Mato Grosso do Sul, porque esta é a Corte Regional da Justiça Federal que mais julga processos dentre todas as demais<sup>1</sup>. Portanto, a posição jurisprudencial que costuma adotar nos casos submetidos à sua análise reverbera num maior número de situações a envolver pessoas com deficiência em quadro de miserabilidade. A amostragem analisada ganha volume e traduz resultados mais confiáveis acerca dos critérios judiciais de concessão do benefício assistencial.

De outro lado, a escolha pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região justifica-se pela circunstância de que esta Corte Regional recebe causas provenientes do maior número de unidades federadas. De acordo com seu Regimento Interno, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região é responsável por julgar, no segundo grau de jurisdição

---

<sup>1</sup> O relatório denominado “Justiça em Números 2016”, que teve por base o ano de 2015, demonstra, a partir de dados empíricos, o fato de que demos notícia acima. De acordo com o mencionado documento, “um aspecto importante é a disparidade identificada nos resultados entre as seções judiciárias. As análises comparativas devem sempre ser produzidas com um olhar atento a abrangência de cada tribunal, dadas suas peculiares características regionais e territoriais. Exatamente por este motivo, a técnica utilizada neste relatório para análise da eficiência relativa (DEA), pelo então denominado Índice de Produtividade Comparada do Poder Judiciário (IPC-Jus), é capaz de comparar os diferentes Tribunais Regionais Federais, pois mede quanto cada tribunal e seção judiciária deveria baixar em número de processos, de forma ponderada aos recursos existentes. Se todos os tribunais fossem igualmente produtivos, seria possível uma justiça equilibrada e homogênea. Verificou-se que enquanto o TRF da 3ª Região apresentou o maior IPC-Jus da Justiça Federal, com 97%; o TRF da 2ª Região apresentou o menor, tanto no total (58,9%), quanto no 2º grau (70%) e no 1º grau (57,2%)”. (Cf. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2016 Ano-base 2015**. Brasília: CNJ, 2016, p. 265. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 28/03/2017).

(como regra geral), feitos originários dos Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e do Tocantins (art. 1º)<sup>2</sup>. Compulsando seus precedentes, a amostragem ganha em abrangência nacional, ainda que o número de feitos seja inferior àqueles apreciados pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Expostas as razões pelas quais optamos por estes tribunais brasileiros, faz-se necessário pontuar que nosso estudo estará focado na concessão que se realiza do benefício de prestação continuada à pessoa com deficiência, deixando de cuidar dos aspectos teórico-doutrinários que analisam a concessão da mesma benesse ao idoso, ainda que este seja titular do mesmo direito constitucional. É que a concessão do benefício assistencial ao idoso envolve algumas particularidades que fogem ao objeto precípuo desta dissertação de mestrado, associadas, basicamente, à disciplina específica a envolvê-los (Estatuto do Idoso).

Por fim, cumpre ressaltar que a análise que pretendemos realizar na presente dissertação tomará por base julgados dos tribunais que tenham sido emitidos após a internalização da Convenção da ONU Sobre os Direitos das Pessoas Com Deficiência pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois se faz necessário perscrutar como a jurisprudência tem aplicado o novo conceito constitucional de pessoa com deficiência, especialmente no que toca à concessão do benefício assistencial àquelas que não reúnam condições de se manterem por si próprias. É imperioso que se averigue, dentro da identificação dos critérios levados em conta pelo Judiciário para deferir ou indeferir o benefício de prestação continuada, se a jurisprudência tem efetivamente aplicado o conceito convencional, internalizado recentemente pelo sistema jurídico brasileiro na condição de verdadeira norma constitucional, uma vez que este representa um inegável avanço em relação ao conceito médico até então vigente, como se verá a seguir, no primeiro capítulo deste trabalho.

---

<sup>2</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Regimento Interno**: de acordo com as alterações do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015). Brasília: TRF-1, 2017, p. 19.

## **1. O CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA**

O artigo 203, V, da Constituição Federal de 1988 elege como um dos titulares do direito ao recebimento do benefício de prestação assistencial a pessoa com deficiência. A referência à pessoa com deficiência levanta uma primeira questão a ser necessariamente dirimida por este trabalho: a de se delimitar conceitualmente, dentro do quadro normativo atual, que indivíduos estão incluídos sob a expressão em destaque. A resposta a essa problemática conceitual constitui um dos aspectos essenciais do benefício assistencial, e é imprescindível ao desenvolvimento de todo o raciocínio que se seguirá. A partir da apresentação do conceito de pessoa com deficiência, torna-se viável identificar que indivíduos estão autorizados, quando inseridos em contexto de miserabilidade, a pleitear o direito a que se refere o artigo 203, V, da Constituição.

Contudo, embora constitua um dos aspectos essenciais do benefício assistencial, a delimitação conceitual de pessoa com deficiência não é suficiente para que se compreenda integralmente o direito em tela. Em realidade, a compreensão adequada do benefício assistencial passa necessariamente também pela análise inicial do contexto constitucional em que o artigo 203, V, está situado, a qual evidenciará as finalidades que se encontram na base de sua instituição por parte do poder constituinte originário, assim como sua multifacetária natureza jurídica.

Por estas razões, este primeiro capítulo está dedicado, num primeiro momento, a definir quem pode ser considerado pessoa com deficiência, justificando-se o porquê de se utilizar esta expressão em específico e não outras afins; e, num segundo momento, a trabalhar com o contexto constitucional do benefício assistencial, a fim de apreender as finalidades a que se destina e os valores em favor dos quais está a serviço, bem como revelar a múltipla natureza jurídico-constitucional de que se reveste.

### **1.1 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL**

De um ponto de vista histórico-conceitual, a forma de encarar a deficiência nem sempre foi a mesma. Muito pelo contrário: quando se estuda o modo de encarar e, sobretudo, de definir a deficiência ao longo do processo histórico de afirmação dos direitos humanos desse grupo específico de indivíduos, percebe-se claramente que o conceito que se busca perquirir no presente tópico passou por alterações significativas

até chegar ao ponto em que se encontra atualmente. Nessa toada, sobressai a necessidade de se perpassar, ainda que de forma perfunctória, as distintas conceituações que se promoveram do termo “deficiência”, de molde a apresentar aquele que atualmente se encontra em vigência no ordenamento constitucional brasileiro e que, portanto, deve ser o observado pelo presente trabalho. A exposição das diferentes formas de se definir a deficiência nos mostrará conceituações mais antigas que foram paulatinamente abandonadas e as razões pelas quais se entende a deficiência nos termos em que ela é hodiernamente compreendida.

No enfrentamento do processo histórico de afirmação dos direitos humanos da pessoa com deficiência, Flávia Piovesan sustenta que, num primeiro momento, verificou-se grande intolerância com a deficiência. Segundo a jurista, “a deficiência simbolizava impureza, pecado ou, mesmo, castigo divino”<sup>3</sup>. Apolônio Abadio do Carmo corrobora a afirmação de Piovesan, destacando como a deficiência conviveu, nos estágios iniciais de seu desenvolvimento conceitual, com dificuldades visíveis de aceitação. Na Antiguidade e durante a Idade Média, por exemplo, as pessoas com deficiência foram estigmatizadas e conviveram com preconceitos das mais variadas espécies. A deficiência estava associada a sinais de desarmonia ou desarranjo corporal, quando não a bruxarias e à presença de demônios. A pessoa com deficiência era tida, portanto, como alguém de grande infortúnio, a merecer a deficiência de que padecia<sup>4</sup>.

A fase de intolerância com a deficiência foi sucedida, de acordo com Piovesan, por uma etapa caracterizada pela sua invisibilidade<sup>5</sup>, no âmbito da qual a situação particular a envolver as pessoas com deficiência não era considerada, debatida ou enfrentada socialmente. É somente a partir do Renascimento que se verificam as primeiras mudanças no difícil contexto a envolver as pessoas com deficiência. Naquele período, a Europa abandonava concepções que predominaram durante todo o feudalismo, passando a colocar o homem como centro de suas preocupações (num movimento denominado de “humanismo”), o que, todavia, não significa, em absoluto, o abandono da religião ou a eliminação do importante papel desempenhado pela Igreja.

Ao colocar o homem como objeto central de suas pesquisas e elaborações teóricas, os renascentistas promoveram grandes avanços na área da reabilitação física. Mais do que isso: apontaram, ainda que de modo não tão claro e direto, mas de forma

---

<sup>3</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 491.

<sup>4</sup> Cf. CARMO, Apolônio Abadio do. **Deficiência Física: A Sociedade Brasileira Cria, “Recupera” e Discrimina**. Rio de Janeiro: Editora Gráfica Barbeira, 1994, pp. 19-24.

<sup>5</sup> Cf. PIOVESAN, Flávia. **Ob. Cit.** São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 491.

original, para a necessidade de se considerar a pessoa com deficiência como um autêntico ser humano, a merecer alguma tutela, algum auxílio. É dentro deste cenário que despontam as primeiras medidas ou políticas públicas que visavam atenuar a situação de vulnerabilidade das pessoas com deficiência. Cite-se, a título de exemplo, a “Lei dos Pobres” que foi promulgada na Inglaterra pelo Rei Henrique VIII e que compelia os seus súditos ao pagamento de uma “taxa de caridade”, destinada ao auxílio dos pobres, dos idosos e das pessoas com deficiência. Relembre-se, ainda, a criação do “*Grand Bureau des Pauvres*” na França, no ano de 1554, que tinha por missão principal manter hospitais que atendiam pessoas amputadas ou que portassem outras deficiências<sup>6</sup>.

Apesar do avanço em relação a épocas passadas, as providências adotadas pelos governos de então estavam longe de atender de forma satisfatória a debilitada situação das pessoas com deficiência, que ainda se encontravam num contexto de marginalização e discriminação quando comparadas com as pessoas ditas “normais”. Ainda assim, as mudanças empreendidas revestiam-se de importância singular, pois a forma de se encarar a deficiência havia sido profundamente modificada. Após as etapas da intolerância e da invisibilidade, surgia “uma terceira fase orientada por uma ótica assistencialista”<sup>7</sup>, isto é, pautada pelo interesse fundamental de auxiliar, ajudar e prover indivíduos que portassem algum tipo de deficiência incapacitante.

Muito após o Renascimento, já durante o Século XIX, mas ainda no marco da fase assistencialista, surge com força o conceito médico de deficiência. Formulado com o propósito de afastar em definitivo a concepção de deficiência como decorrência de um infortúnio religioso, fruto do pecado ou de uma punição divina, o conceito médico buscou retratar a deficiência sob uma perspectiva científica, concebendo-a como um vínculo de causalidade que se estabelecia entre a questão física/mental/intelectual/sensorial e as dificuldades sociais que esta gerava para o seu portador. Nas precisas palavras de Débora Diniz, Lívia Barbosa e Wederson Rufino dos Santos:

O modelo biomédico da deficiência sustenta que há uma relação de causalidade e dependência entre os impedimentos corporais e as desvantagens sociais vivenciadas pelas pessoas com deficiência. [...] a deficiência [...] é uma desvantagem natural, devendo os esforços se concentrarem em reparar os impedimentos corporais, a fim de garantir a todas as pessoas um padrão de funcionamento típico à espécie.

---

<sup>6</sup> Cf. CARMO, Apolônio Abadio do. **Ob. Cit.** Rio de Janeiro: Editora Gráfica Barbeira, 1994, p. 25.

<sup>7</sup> PIOVESAN, Flávia. **Ob. Cit.** São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 491.

Nesse movimento interpretativo, os impedimentos corporais são classificados como indesejáveis e não simplesmente como uma expressão neutra da diversidade humana, tal como se deve entender a diversidade racial, geracional ou de gênero. Por isso, o corpo com impedimentos deve se submeter à metamorfose para a normalidade, seja pela reabilitação, pela genética ou por práticas educacionais.<sup>8</sup>

Atualmente, todavia, o conceito médico passou a conviver com uma nova abordagem de deficiência. Flávia Piovesan comenta que nos dias que correm, estamos a vivenciar uma nova fase do processo histórico-evolutivo dos direitos humanos da pessoa com deficiência: aquela em que se busca garantir não apenas uma assistência a indivíduos nessa situação, mas, em essência, a sua inclusão social<sup>9</sup>. Nesse sentido, constatou-se que o atingimento dessa finalidade primordial passa obrigatoriamente pela eliminação de obstáculos e barreiras sociais que impedem a pessoa com deficiência de se integrar ao restante da coletividade, ou seja, de exercer seus direitos fundamentais à liberdade, à igualdade, à dignidade, à cidadania, dentre tantos outros que poderiam ser mencionados. Ressalte-se, aqui, que não há como cuidar dessa nova abordagem de deficiência sem nos referirmos à Convenção da ONU Sobre os Direitos da Pessoa Com Deficiência.

O instrumento normativo de alcance internacional em destaque retrata ou simboliza com acuidade a concepção mais inclusiva de deficiência. Antes dos debates que culminaram na produção de seu corpo principal de normas e de seu Protocolo Facultativo em Nova Iorque, tinha-se um cenário em que vigia com maior força e projeção o conceito médico de deficiência, ou seja, a definição que a entendia enquanto algo afeto apenas à pessoa que a portava, sem tomar em conta as barreiras ambientais que impedem tais indivíduos de se incluir socialmente.

A partir da Convenção, o conceito de deficiência transmuta-se para coisa diversa. De acordo com o seu artigo 1º, “pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”. Vale dizer: a deficiência, nos termos convencionais, deixa de ser algo ínsito a pessoa que a porta, para se apresentar como um autêntico problema ambiental, ou seja, como um problema de ordem social. A deficiência só existe porque o ambiente é composto de barreiras que

---

<sup>8</sup> DINIZ, Débora; BARBOSA, Lívia; SANTOS, Wederson. Deficiência, Direitos Humanos e Justiça. *In: SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos* (Impresso), v. 6, pp. 12-24, 2009.

<sup>9</sup> Cf. PIOVESAN, Flávia. *Ob. Cit.* São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 491.

impedem seus portadores de serem incluídos ao restante da sociedade. A questão, aliás, é bem dirimida por Luiz Alberto David Araujo, para quem:

[...] há uma grande novidade (na Convenção). Uma grande mudança no conceito de pessoa com deficiência, abandonando-se o conceito médico para trazer um conceito ambiental, muito mais ligado às barreiras encontradas no espaço de convívio do que nos aspectos que poderiam caracterizar a deficiência. [...] <sup>10</sup>

O conceito adotado pela Convenção, assim, é um conceito costumeiramente denominado de social ou ambiental, posto que não associado às características ínsitas a pessoa com deficiência, mas preocupado com o contexto em que esse indivíduo está situado. Recorrendo mais uma vez às pertinentes considerações de Diniz, Barbosa e Santos acerca do modelo social de deficiência:

A normalidade, entendida ora como uma expectativa biomédica de padrão de funcionamento da espécie, ora como um preceito moral de produtividade e adequação às normas sociais, foi desafiada pela compreensão de que deficiência não é apenas um conceito biomédico, mas a opressão pelo corpo com variações de funcionamento. [...] o conceito de corpo deficiente ou pessoa com deficiência devem ser entendidos em termos políticos e não mais estritamente biomédicos. [...] Um corpo com impedimentos é o de alguém que vivencia impedimentos de ordem física, intelectual ou sensorial. Mas são as barreiras sociais que, ao ignorar os corpos com impedimentos, provocam a experiência da desigualdade. A opressão não é um atributo dos impedimentos corporais, mas resultado de sociedades não inclusivas. <sup>11</sup>

Traçados os diferentes modos de se compreender e definir a deficiência a partir do processo histórico-evolutivo de afirmação dos direitos humanos da pessoa com deficiência, cumpre perquirir como o tema foi enfrentado juridicamente no cenário brasileiro. De início, importa revelar que, no Brasil, o legislador constitucional e ordinário nem sempre se preocupou com a forma pela qual se referia à pessoa com deficiência. Note-se, por exemplo, que lamentavelmente já nos utilizados dos termos “necessitados” / “enfermos” (Decreto n. 5/1889), “mutilados” / “paralíticos” (Decreto-Lei n. 4.818/1942) e mesmo “deficientes” (Emenda Constitucional n. 12/1978). O recurso a essas expressões evidenciava a opção do legislador constituinte e ordinário em

---

<sup>10</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. O novo conceito de Pessoa com Deficiência e a aplicação da Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência pelo Poder Judiciário no Brasil. *In: Revista Inclusiones*, v. 2, n. 3, jul./set. 2015.

<sup>11</sup> DINIZ, Débora; BARBOSA, Livia; SANTOS, Wederson. Deficiência, Direitos Humanos e Justiça. *In: Ob. Cit.* (Impresso), v. 6, pp. 12-24, 2009.

conceber a deficiência a partir do conceito médico, dentro da visão maior de indivíduos que precisavam da assistência do Poder Público e dos demais particulares.

Com vistas a evitar um tratamento degradante à pessoa que apresentasse alguma deficiência, a Constituição Federal de 1988 tomou maior cautela do que os anteriores diplomas constitucionais ou legais ao escolher a terminologia que seria utilizada para se reportar a esse agrupamento de indivíduos. Para se referir a eles, a Lei Magna de 1988 adotou, inicialmente, a expressão “pessoa portadora de deficiência”, que apresentava vantagem inegável em relação a todos os outros vocábulos acima mencionados, na medida em que reduzia “o estigma de deficiência” e evidenciava “o conceito de pessoa”<sup>12</sup>.

A despeito de sua maior preocupação terminológica, o texto constitucional de 1988 não entrou em detalhes quanto à conceituação da expressão “pessoa portadora de deficiência”. Com isso, o conceito médico ganhava sobrevida, mesmo diante da promulgação de uma nova Constituição no Brasil. No plano infraconstitucional, a opção pelo modelo biomédico restava confirmada pela posterior edição do Decreto regulamentar n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999, e do Decreto regulamentar n. 5.296, de 02 de dezembro de 2004. Os decretos a que se fez alusão descreviam as características que uma pessoa deveria possuir para ser considerada como portadora de deficiência. Havia, inclusive, quem se opusesse a possibilidade de um instrumento normativo infralegal criar as hipóteses em que uma pessoa seria considerada como portadora de deficiência, pois apenas a lei estaria autorizada a inovar a ordem jurídica e a prever a existência de novos direitos e obrigações (princípio da legalidade)<sup>13</sup>.

Em 30 de março de 2007, porém, o Brasil ratificou a já mencionada Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. O ajuste internacional foi submetido à apreciação do Congresso Nacional, que decidiu aprová-lo na forma do estabelecido pelo artigo 5º, §3º, da Constituição Federal (Decreto Legislativo n. 186, de 09 de julho de 2008). Mencionado preceptivo constitucional estatui que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que sejam aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos, serão equivalentes às emendas constitucionais. Diante disso, a Convenção não ingressou no ordenamento

---

<sup>12</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência**. Brasília: CORDE, 2003, p. 21.

<sup>13</sup> Cf. ARAUJO, Luiz Alberto David; SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca. A utilização do novo conceito de pessoa com deficiência: uma advertência necessária. In: **Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 19, p. 145-159, 2012.

jurídico pátrio como uma norma qualquer, mas como uma norma de escalão constitucional. Sua promulgação deu-se com a edição, pela Presidência da República, do Decreto n. 6.694, de 25 de agosto de 2009.

É evidente, pois, que se a Convenção alberga um conceito social de deficiência; e esta foi internalizada na condição de norma constitucional do sistema jurídico brasileiro; o direito brasileiro passou, como consequência lógica, a prever o modelo social de deficiência. Por esta razão, torna-se imperioso que readequemos o ordenamento jurídico pátrio, concebido exclusivamente a partir do conceito médico de deficiência, à nova definição que defluiu dos termos convencionais (o modelo social de deficiência), mesmo porque as disposições convencionais são parte integrante de nosso sistema constitucional agora. Felizmente, os primeiros esforços nessa linha já foram verificados<sup>14</sup>.

No entanto, impede ressaltar que a adoção, pela Convenção – e, portanto, pela própria Constituição – do conceito social ou ambiental de deficiência não quer dizer automaticamente o completo abandono do conceito médico de deficiência. As definições em comento “não são excludentes, muito embora apontem para diferentes ângulos do desafio imposto pela deficiência no campo dos direitos humanos”<sup>15</sup>. O que é necessário anotar é que o direito brasileiro não toma mais como parâmetro de definição exclusivo da deficiência eventuais características que seus portadores apresentem.

A consideração de um indivíduo enquanto portador de deficiência pode até fazer menção a esse fator (o biológico), já que a própria Convenção se reporta a “impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial”, mas é imperioso que não se trabalhe com ele de forma isolada. Torna-se decisivo que, de par com o modelo médico, agregue-se o modelo social, de forma a se vislumbrar a deficiência como um somatório de circunstâncias individuais/biológicas e também sociais/ambientais. As variáveis sociais influem decisivamente na consideração de alguém como pessoa com deficiência. Por outras palavras, esse qualificativo depende da

---

<sup>14</sup> No ano de 2015, foi promulgada a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015), também conhecida por Estatuto da Pessoa com Deficiência. Esse novel diploma legal trouxe poucas novidades para quem já havia se inteirado dos termos da Convenção recepcionada pelo nosso sistema jurídico na condição de emenda constitucional. Sua intenção primordial, em verdade, é a de operacionalizar a Convenção, torná-la aplicável, uma vez que o instrumento normativo internacional anota apenas e tão somente deveres genéricos aos países que aderiram aos seus termos, sem especificar os prazos e os meios pelos quais essas atribuições devem ser realizadas. (ARAUJO, Luiz Alberto David. MAIA, Maurício. O Estatuto da Pessoa Com Deficiência – EPCD (Lei n. 13.146, de 06.07.2015): algumas novidades. In: **Revista dos Tribunais** (São Paulo. Impreso), v. 962, pp. 65-80, 2015).

<sup>15</sup> DINIZ, Débora; BARBOSA, Lívia; SANTOS, Wederson. Deficiência, Direitos Humanos e Justiça. In: **Ob. Cit.** (Impreso), v. 6, pp. 12-24, 2009.

análise do ambiente em que inserida a pessoa, pois somente por intermédio da interação dela com as barreiras que lhes são impostas e que impedem a sua inclusão em igualdade de condições com os demais é que surge a deficiência.

Na medida em que a presente monografia pretende trabalhar com um direito fundamental a ser garantido à pessoa com deficiência, é evidente que se tomará por base a acepção constitucional-convencional do termo, calcada no modelo social explicado acima, aliada ao conceito médico, que continua a fluir a partir de normas infralegais (os Decretos n. 3.298/99 e n. 5.296/04). Compreendida a noção de deficiência, cabe uma pequena nota quanto à terminologia a ser adotada nesta monografia para se referir às pessoas que apresentem algum impedimento corporal, intelectual, sensorial ou mental.

A discussão que se instala acerca de qual a expressão é a mais adequada para se referir à pessoa com deficiência não é superficial ou secundária, como se poderia imaginar, mas se reveste, isso sim, de toda uma simbologia que deve ser tomada em conta no momento de se estudar algum aspecto jurídico a envolver tais indivíduos. Os mecanismos da linguagem podem ser usados de forma nociva para se reportar à pessoa com deficiência de modo pejorativo, conferindo destaque às suas incapacidades ao invés de dar relevo às suas inúmeras outras aptidões, algo que, em última análise, contribui apenas para que nos afastemos da dignidade e da igualdade que o constituinte quis garantir em seu favor, assim como do modelo social consagrado pela Convenção da ONU. No fundo, ao se debater a expressão terminológica mais adequada, busca-se evitar rotular o ser humano por alguma característica que ostente<sup>16</sup>.

Nesta dissertação, ao invés de se recorrer a termos como “inválidos”, “minorados”, “incapacitados”, “excepcionais”, “deficientes” ou então “pessoas portadoras de deficiência” (que já é mais sofisticado), utilizar-se-á a expressão “pessoa com deficiência”. Isso porque esta é a expressão utilizada pela própria Convenção da ONU, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com *status* de emenda constitucional. Por trás desta expressão, portanto, está o modelo social de compreensão da deficiência, responsável por reduzir o estigma da deficiência e revelar que a sua existência se deve muito mais às barreiras sociais e ambientais do que a uma qualidade intrínseca de seu portador.

---

<sup>16</sup> CARMO, Apolônio Abadio do. **Ob. cit.** Rio de Janeiro: Editora Gráfica Barbeira, 1994, pp. 9-10.

## 1.2 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O artigo 203, V, da Constituição Federal de 1988, responsável por garantir à pessoa com deficiência que não possa prover a sua própria manutenção um benefício mensal de salário mínimo, integra o Título VIII de nossa Lei Fundamental, referente à Ordem Social, assim como sua Seção IV, atinente à Assistência Social. Sua posição topográfica em nosso texto constitucional está a demonstrar algumas características essenciais do benefício assistencial em referência, que são dignas de breves notas.

Com efeito, ao dispor sobre a ordem social, a Constituição Federal de 1988 tem por finalidade precípua garantir aos indivíduos o “desfrute de uma vida plena por intermédio do acesso aos capítulos fundamentais da atividade humana”<sup>17</sup>. Por conseguinte, pode-se afirmar que a intenção do legislador constituinte, ao conceber um Título próprio para a ordem social, foi a de claramente garantir às pessoas o acesso a direitos básicos, necessários a sua manutenção em níveis mínimos de dignidade.

O artigo 193 da Constituição Federal preceitua que a ordem social tem por base o primado do trabalho, e que seu objetivo primordial é o de garantir o bem-estar de todos e a justiça social. É certo, porém, que nem todas as pessoas reúnem condições para atender ao primado base da ordem social, isto é, de exercitarem seu direito ao trabalho, que representa o principal meio de sobrevivência dos indivíduos em geral. Atenta a estas situações, a Constituição Federal tratou de conceber uma Seção específica para atender indivíduos que não possam trabalhar com a mesma facilidade dos demais, e que, portanto, estariam a demandar atenção especial do Estado: cuida-se da Seção IV, afeta à assistência social.

A assistência social corresponde, em breves linhas, ao conjunto de programas adotados pelo Estado e pelos particulares com vistas a atender pessoas que não possam prover suas necessidades mais básicas. Sua atuação, conforme salientam Celso Bastos e Ives Gandra, é informada pela solidariedade<sup>18</sup>. Tomada hodiernamente como um valor-princípio de envergadura constitucional<sup>19</sup>, e não apenas como um sentimento altruísta a

---

<sup>17</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: arts. 193 a 232**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 345.

<sup>18</sup> Cf. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Ob. Cit.** São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 345.

<sup>19</sup> Cf. TORRES, Ricardo Lobo. Existe um Princípio Estrutural da Solidariedade? *In*: GRECO, Marco Aurélio. GODOI, Marciano Seabra de (Coord.). **Solidariedade Social e Tributação**. São Paulo: Dialética, 2005, pp. 198-9.

mover as pessoas, a solidariedade é responsável por criar uma autêntica sensação de pertencimento a uma coletividade que se apoia e se auxilia reciprocamente, a fim de superar as dificuldades e necessidades em que eventualmente se vejam alguns de seus membros<sup>20</sup>, no que se aproxima decisivamente da noção de fraternidade<sup>21</sup>.

Ressalte-se que a assistência social revela uma particularidade notável em relação aos demais programas sociais desenvolvidos pelo Poder Público. Ao contrário do que se passa, por exemplo, com a Previdência Social, a assistência social não exige a existência de prévias contribuições financeiras como condição para o desfrute dos direitos que elenca. Em verdade, basta que concorra um quadro de patente necessidade para que um indivíduo seja titular de um direito assistencial, independentemente de contribuições anteriores<sup>22</sup>.

A esse respeito, oportuna a lição dos já citados Celso Bastos e Ives Gandra:

Podemos concluir, portanto, que a assistência social é prestada a quem dela necessitar, tratando-se, assim, de um princípio de natureza humanitária, e sobretudo universal. Ressaltamos, porém, que o princípio primordial da assistência social é o estado de necessidade, pois basta a sua ocorrência e constatação para que a pessoa tenha o direito de receber esse benefício.<sup>23</sup>

Aliás, é por não depender da prévia contribuição financeira dos beneficiados que a assistencial social concretiza uma solidariedade que se convencionou denominar de altruísta. Com efeito, uma das principais classificações que se realiza da solidariedade enquanto um valor-princípio constitucional é a que aparta a solidariedade mutualista da altruísta. A primeira seria caracterizada pela “intenção de criar uma riqueza em comum em matéria de infraestruturas, de bens e serviços” sem os quais a sociedade não poderia se manter e se desenvolver de forma adequada<sup>24</sup>. Pressupõe, assim, a contribuição de todos para o atingimento do resultado final. A última seria marcada por um caráter de

---

<sup>20</sup> Cf. MARTÍN, Francisco Javier de Lucas. Solidaridad y derechos humanos. *In: 10 palabras clave sobre derechos humanos*. Juan José Tamayo Acosta (director). Navarra: Verbo Divino, 2012, pp. 183-4. Disponível em: <<http://pt.calameo.com/read/0033514780bf6e189e58d>>. Acesso em: 22/05/2017.

<sup>21</sup> Cf. NABAIS, José Casalta. Solidariedade Social, Cidadania e Direito Fiscal. *In: GRECO, Marco Aurélio. GODOI, Marciano Seabra de (Coord.). Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 112.

<sup>22</sup> Cf. FELIPE, Jorge Franklin Alves. Arts. 201 ao 204. *In: AGRA, Walber de Moura; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge (Coord.). Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 2.213.

<sup>23</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Ob. Cit.* São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 353.

<sup>24</sup> Cf. NABAIS, José Casalta. Solidariedade Social, Cidadania e Direito Fiscal. *In: GRECO, Marco Aurélio. GODOI, Marciano Seabra de (Coord.). Ob. Cit.* São Paulo: Dialética, 2005, p. 114.

“dádiva”<sup>25</sup>, de gratuidade, pois seria garantida a favor de quem dela necessitasse sem que fosse exigida qualquer contrapartida prévia, financeira ou não. Fácil perceber, diante da classificação acima, que na base da assistência social encontra-se esta última espécie de solidariedade (a altruísta)<sup>26</sup>.

Pontue-se, uma vez mais, que dentro do contexto geral da assistência social, a concessão de benefícios depende sempre da constatação da necessidade de seu requerente. É por isso que aqueles que usufruem de benefícios assistenciais só mantêm o direito ao seu recebimento enquanto não tiverem condições de trabalhar ou de prover suas próprias necessidades.

Com relação aos idosos e às pessoas com deficiência, porém, o legislador constituinte, segundo o entendimento de doutrina autorizada, partiu da premissa de que a incapacidade para o trabalho seria definitiva, razão pela qual se estaria a falar, nestes casos, de um benefício de prestação continuada, e não intermitente. É o que assumem, por exemplo, Celso Bastos e Ives Gandra, quando defendem o seguinte:

Devemos deixar claro, contudo, que o intuito da assistência social é oferecer benefícios e serviços àqueles que não possuem meios básicos de subsistência, enquanto perdurarem as condições que os impeçam de prover a suas necessidades, com exceção dos velhos e portadores de deficiência crônica ou congênita, incapazes definitivamente para o trabalho. Estes terão direito ao que se chama de benefício de prestação continuada [...].<sup>27</sup>

Adiante, porém, iremos destacar como este pressuposto teórico tem sido paulatinamente relativizado pela jurisprudência dos tribunais pátrios, ante a nova

---

<sup>25</sup> NABAIS, José Casalta. *Solidariedade Social, Cidadania e Direito Fiscal*. In: GRECO, Marco Aurélio. GODOI, Marciano Seabra de (Coord.). **Ob. Cit.** São Paulo: Dialética, 2005, p. 114.

<sup>26</sup> Dentro da conceituação jurídica de solidariedade, é possível cogitar de outra classificação interessante para o estudo específico da assistência social: a que distingue solidariedade vertical de solidariedade horizontal. O atendimento à solidariedade vertical pressupõe a realização, pelo Estado, dos direitos sociais previstos constitucionalmente. Em virtude da dependência que mantém com a atividade do Estado, a solidariedade vertical é também denominada de solidariedade paterna ou solidariedade pelos direitos. De outra perspectiva, a solidariedade horizontal nasce da constatação de que o Estado Social ainda não se manifesta de forma plena, uma vez que os Poderes Públicos convivem com entraves monumentais no momento de implementar os direitos sociais, sobretudo aqueles de ordem financeira e humana. Assim, esta espécie de solidariedade acomete aos indivíduos ou a grupos sociais a possibilidade de promover, por intermédio de uma atividade voluntária, a satisfação dos direitos sociais, sendo, daí, chamada também de solidariedade pelos deveres ou solidariedade fraterna. (Cf. NABAIS, José Casalta. *Solidariedade Social, Cidadania e Direito Fiscal*. In: GRECO, Marco Aurélio. GODOI, Marciano Seabra de (Coord.). **Solidariedade Social e Tributação**. São Paulo: Dialética, 2005, pp. 114-117). Nesse contexto, cumpre afirmar que a solidariedade que se encontra por trás da previsão de um benefício de prestação continuada a ser concedido em favor da pessoa com deficiência que não possa se manter é a vertical, tendo em vista que estamos a partir de um dever imputado ao Estado de atender às necessidades básicas desse grupo específico de indivíduos.

<sup>27</sup>Cf. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Ob. Cit.** São Paulo: Editora Saraiva, 1998, pp. 353-4.

conceituação de pessoa com deficiência<sup>28</sup>. A tendência atual, como teremos oportunidade de anotar em passagem futura desta monografia, é a de desvincular o benefício assistencial a ser concedido à pessoa com deficiência de uma incapacidade total e definitiva para o trabalho, muito embora a compreensão encampada por Ives Gandra e Celso Bastos ainda exerça uma influência inegável na apreciação judicial do tema.

Veja-se, pois, em conclusão, que o benefício assistencial do artigo 203, V, da Lei Maior situa-se no contexto constitucional da Ordem Social e da assistência social, buscando atender as pessoas com deficiência e aos idosos nas suas necessidades mais básicas, e de forma contínua. A análise do dispositivo constitucional em comento evidencia que ele está a serviço dos objetivos constitucionais de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I); de erradicar a pobreza e a marginalização, assim como reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, III); e de promover o bem de todos, sem preconceitos de qualquer natureza (art. 3º, IV). Visto o contexto constitucional em que inserido o benefício de prestação continuada a que se refere o artigo 203, V, da Carta Política, cumpre analisar sua natureza jurídica, ou seja, cumpre averiguar como, do ponto de vista jurídico mais tradicional, mencionado benefício deve ser encarado ou compreendido.

### **1.2.1 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL**

O benefício de prestação continuada a que se refere o artigo 203, V, da Constituição Federal de 1988 compreende um direito fundamental social, ou seja, uma prerrogativa fundamental de segunda dimensão ou geração. Mas o que, precisamente, quer-se dizer com isso? Vale dizer: ao rotularmos o benefício assistencial em estudo enquanto um direito fundamental social, do que estamos a cuidar?

A categorização de um determinado direito enquanto fundamental revela a inegável intenção de traduzi-los como prerrogativas essenciais ao gênero humano, à falta das quais o homem não pode viver com um mínimo de liberdade e igualdade, como também não pode nutrir a expectativa de se preservar enquanto espécie. Os

---

<sup>28</sup> Cf. 5.2.1, *infra*.

direitos fundamentais, então, estão intrinsecamente associados ao gênero humano, decorrendo diretamente da condição humana.

Os direitos fundamentais estão expressos em geral pelos textos constitucionais dos Estados, ainda que muitas das Constituições adotem róis abertos de prerrogativas fundamentais, a serem complementados por outros expedientes jurídicos<sup>29</sup>. Nisso, aliás, reside a principal distinção que se estabelece entre direitos fundamentais e direitos humanos, na medida em que aqueles encontram previsão nas constituições, ao passo que estes são estabelecidos por instrumentos normativos de alcance internacional<sup>30</sup>.

Vidal Serrano Nunes Jr. levanta a mesma necessidade metodológica de identificar o que são, precisamente, direitos fundamentais. Em seu entender, é imperioso que se extraia o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, para que se delimite com precisão as prerrogativas que estão abrigadas sob esta “rubrica semântica”. No enfrentamento deste desafio conceitual, o constitucionalista em destaque averba que os direitos fundamentais encontram na dignidade da pessoa humana uma unidade valorativa que justificaria inseri-los numa mesma classe jurídica. São estas as suas palavras:

---

<sup>29</sup> É o caso do Brasil. A Constituição Federal de 1988 preceitua, em seu artigo 5º, §2º, que o elenco de direitos fundamentais nela expresso não exclui outras prerrogativas decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que o país faça parte.

<sup>30</sup> A diferenciação que se estabelece entre direitos fundamentais e direitos humanos, todavia, não decorre unicamente dos documentos jurídicos que os hospedam. É que os direitos fundamentais e os direitos humanos cumprem papéis distintos dentro do sistema jurídico de proteção à dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais, por estarem previstos nas constituições internas dos países, contribuem para a consagração de um determinado modelo de Estado. Veja-se, por exemplo, que nossa constituição, ao prever os direitos fundamentais sociais, acabou por delimitar o perfil do Estado brasileiro: nosso país é um autêntico Estado de Bem-Estar Social, ou, simplesmente, Estado Social. Ademais, em razão de estarem previstos por normas constitucionais, ou seja, por normas revestidas da maior importância hierárquica dentro do sistema jurídico nacional, os direitos fundamentais têm, em alguns casos, aptidão para gerar comportamentos imediatos do Poder Público. Por outras palavras, os direitos fundamentais se revestem de um caráter muito mais vinculante que os direitos humanos, ainda que algumas prerrogativas jusfundamentais dependam, segundo uma concepção mais tradicional do tema, da intermediação de uma legislação integrativa, que lhes permita a concretização (ex: normas programáticas). Os direitos humanos, em virtude de estarem consagrados em documentos internacionais, contribuem para a criação e para o aprimoramento de um sistema transnacional ou supranacional de proteção à figura humana, com base na constatação de que a violação a uma destas prerrogativas assume consequências não adstritas aos limites territoriais de um dado país. Advirta-se, ainda, que os direitos humanos em geral não apresentam o mesmo caráter vinculativo que os direitos fundamentais, tendo em vista que dependem da adesão de um Estado aos tratados e convenções internacionais e do processo de internalização dos seus termos à ordem jurídica nacional, que podem tomar um tempo considerável. Em muitos casos, os direitos humanos previstos em documentos internacionais sequer contam com a estabilidade dos direitos fundamentais, pois, mesmo quando já incorporados aos sistemas jurídicos internos, assumem uma posição hierárquica de lei ordinária, o que revela a suscetibilidade de serem revogados ou de terem a sua validade contestada pelo controle de constitucionalidade das normas jurídicas. (NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009, pp. 23-4, originalmente apresentada como tese de livre-docência na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo).

[...] a Constituição Federal, ao indicar, em seu art. 1º, inc. III, o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro, buscou, dentre outras coisas, atribuir uma unidade valorativa ao sistema de direitos fundamentais. Note-se que a noção de dignidade, a nosso ver, deve ter como parâmetro não só o indivíduo enquanto tal, mas também enquanto parte da sociedade em que integra. Assim, a dignidade teria um valor intrínseco, associado à noção de preservação da vida, e neste passo, da integridade física e psíquica, e um valor extrínseco, relacionado à inclusão do indivíduo na sociedade. [...] Destarte, quer nos parecer que, analisando o conteúdo dos direitos fundamentais incorporados em nosso texto constitucional, podemos delimitar que o critério material que deles deflui está consubstanciado em três valores caudatários da dignidade da pessoa humana: a liberdade, a democracia política e a democracia econômica e social.<sup>31</sup>

Portanto, apesar de não estar previsto expressamente no Título II do texto constitucional (dedicado aos direitos e garantias fundamentais), o benefício de prestação continuada a que se refere o artigo 203, V, é classificado como autêntica prerrogativa jusfundamental, pois estas não se circunscrevem ao repositório do art. 5º, mas se espraiam por toda a Constituição, e dependem, como visto, para sua configuração, de um elo indissociável com a dignidade da pessoa humana<sup>32</sup>. Este elo será melhor explicitado no próximo tópico deste capítulo, no qual teceremos considerações que visem demonstrar como a garantia de um benefício de salário mínimo mensal à pessoa com deficiência confere concretude à dignidade da pessoa humana e, em especial, à autonomia do indivíduo.

Entretanto, voltando a preocupação central do presente tópico, insta salientar que o benefício assistencial não representa qualquer direito fundamental, mas compreende, em realidade, um direito fundamental social (de segunda geração ou dimensão), como dito anteriormente. Esta constatação levanta a necessidade de explicarmos, ainda que sucintamente, o que se pretende exprimir por tal adjetivação. Diz-se que um direito é social quando impõe ao Estado uma postura ativa de concretização de determinadas finalidades. Por outras palavras, ao invés de uma abstenção estatal, conclama-se por uma atuação positiva do Poder Público, ou seja, exige-se que o Estado efetive

---

<sup>31</sup> NUNES JUNIOR., Vidal Serrano. **Ob. Cit.** São Paulo: Verbatim, 2009. pp. 32-34.

<sup>32</sup> No julgamento do Recurso Extraordinário n. 567.985/MT, o Relator, Ministro Marco Aurélio, confirma nossa asserção no sentido de que o benefício assistencial compreende um direito fundamental. Segundo o Ministro, 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, inciso 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.” (grifos nossos).

prerrogativas como educação, saúde, previdência social, transporte, dentre inúmeras outras, de molde a efetivar uma igualdade material, e não apenas formal<sup>33\_34</sup>.

Os direitos sociais nascem da constatação de que a garantia de uma igualdade perante a lei não era capaz de reduzir o desnivelamento que se agigantava entre os homens. Para que esta de fato se opere, o constituinte deve lançar mão de expedientes diversos, como os de adotar políticas públicas que confirmem tratamento mais vantajoso a um grupo ou categoria de pessoas encontradas em situação de carência ou vulnerabilidade social.

É certo que os direitos sociais são extremamente heterogêneos, pois, dentro desta nomenclatura, estão inseridas prerrogativas das mais variadas, que incluem a educação, a saúde, o transporte, a assistência social (objeto de maior interesse neste estudo), dentre muitas outras. Contudo, em que pese a variabilidade dos direitos sociais, é possível captar, a partir de uma análise deste conjunto heterogêneo de prerrogativas, que elas estão a revelar alguns traços em comum, capazes de motivar que se as considere enquanto partes de um gênero maior de direitos. Recorrendo, uma vez mais, a Vidal Serrano Nunes Jr., podemos resumir estas características a essencialmente três:

Note-se que, ao se falar em direitos sociais, aborda-se necessariamente uma pletera de direitos cujas composturas jurídicas, não obstante marcadas por uma identidade de objetivos, não se apresentam com a mesma natureza. [...] É visível certa assincronia entre os direitos citados. [...] A complexidade inerente ao conceito que se intenta formular deve ser desvanecida por uma abordagem inicial dos vários aspectos comuns às diversas faces ou elementos que devem ser integrados ao dito esforço conceitual. [...].

Em primeiro lugar, devemos fixar que os direitos fundamentais sociais se integram aos chamados direitos fundamentais. Afigura-se estreme de dúvidas que o objetivo de promover a adequada qualidade de vida a todos, colocando o ser humano “a salvo” da necessidade, promove uma “fundamentalização” dos direitos sociais [...].

Um segundo ponto comum [...] diz respeito ao fato de os direitos sociais carregarem como pressuposto a existência de um contingente de pessoas que não contam com os recursos mínimos para sua

---

<sup>33</sup> Cuidaremos da distinção havida entre igualdade formal e igualdade material no Capítulo 3 da presente dissertação. Cf. 3.2, *infra*.

<sup>34</sup> Os direitos fundamentais de primeira dimensão (civis e políticos) são responsáveis por garantir a vida, a liberdade, a propriedade e uma igualdade meramente formal. A nota característica dos direitos de primeira geração está no fato de que sua fruição ocorre singularmente, e depende de uma abstenção estatal. Os direitos fundamentais de segunda dimensão (sociais, culturais e econômicos), por sua vez, apresentam conteúdo bastante diversificado, pois que exigem uma atuação positiva do Estado e estão a serviço da igualdade material, ou seja, de uma igualdade real ou efetiva. Fala-se, ainda, numa terceira geração de direitos fundamentais, que considera o indivíduo enquanto parte do gênero humano, independentemente das fronteiras territoriais entre os Estados (direitos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao desenvolvimento econômico, à paz, à comunicação, etc). Referidas gerações ou dimensões de direitos fundamentais não são substitutivas ou excludentes, mas, ao contrário, complementares.

subsistência digna, bem como supõem a existência de relações econômicas que, pautadas pela desigualdade de suas partes, frequentemente conduzem à submissão de uns a outros. [...]

Um terceiro ponto parece permear todos os direitos sociais, qual seja, o de ter o Estado como referência, quer em uma perspectiva normativa e reguladora, quer em uma perspectiva estritamente prestacional.<sup>35</sup>

Portanto, em arremate ao presente tópico, podemos dizer que direitos fundamentais representam aquelas prerrogativas inerentes ao gênero humano que estão plasmadas no texto constitucional, tutelando o indivíduo em sua liberdade, necessidade e preservação, valores caudatários da dignidade da pessoa humana. Dentro desta definição, pode-se afirmar que o benefício assistencial do artigo 203, V, representa um direito fundamental cuja finalidade, a toda evidência, é a de tutelar o indivíduo (pessoa com deficiência ou idoso) em sua necessidade, pelo que se diz pertencer à segunda geração ou dimensão de prerrogativas fundamentais, afeta aos direitos sociais.

### **1.2.2 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA COMO PRESSUPOSTO ESSENCIAL À DIGNIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

Um estudo mais cuidadoso do benefício assistencial instituído pelo artigo 203, V, do diploma constitucional demonstrará, como já adiantamos brevemente linhas acima, que este também visa conferir concretude à dignidade da pessoa humana, fundamento da República contido no artigo 1º, III, da Lei Fundamental de 1988, na medida em que garante à pessoa com deficiência e ao idoso um mínimo existencial, levando em conta que estes indivíduos encontram, quer por condições físicas, mentais, arquitetônicas ou ambientais, quer por condições etárias, dificuldades adicionais para encontrar um trabalho ou qualquer outra fonte de renda que os permita prover sua própria subsistência.

A dignidade da pessoa humana representa conceito que interessa atualmente a muitas áreas do conhecimento. Sua origem remonta às considerações filosóficas e religiosas que datam do estoicismo e da tradição judaico-cristã, as quais passaram a considerar o homem como um ser concebido à imagem e semelhança de Deus, e por isso merecedor do amparo que se puder lhe dar. Paralelamente a isso, no período clássico sociedades marcadas por uma profunda estratificação consideravam como dignos apenas os indivíduos que ocupassem uma posição sócio-política

---

<sup>35</sup> NUNES JUNIOR., Vidal Serrano. **Ob. Cit.** São Paulo: Verbatim, 2009, pp. 63-67.

hierarquicamente prestigiada, conferindo ao termo um significado próximo àquele de “honrado” e restringindo sua aplicação, portanto, somente a alguns favorecidos<sup>36</sup>.

A racionalização e a secularização decorrentes do Iluminismo contribuíram para que se promovessem os primeiros estudos da dignidade humana dissociados de valores marcadamente religiosos. O principal contributo teórico-filosófico deste marco histórico foi sem dúvida alguma o de Immanuel Kant, sobre o qual voltaremos a falar logo adiante. O importante a salientar por agora é o fato de que a dignidade da pessoa humana, intrinsecamente relacionada ao benefício de prestação continuada, passou a ser objeto de preocupação jurídica ao final da Segunda Guerra Mundial, quando existia a nível global o desejo de perpetuar a paz e de inserir em documentos internacionais de proteção aos direitos humanos a referência a ela. Diversos instrumentos jurídicos internacionais promoveram clara alusão à dignidade da pessoa humana, com o que, então, esta passou a ser objeto de análises e considerações não somente filosóficas, políticas, morais e religiosas, mas também e principalmente, jurídicas.

A definição jurídica de dignidade humana, contudo, sempre representou tormentoso problema. Não há uma afinidade de conceitos quando se trata da dignidade da pessoa humana. Essa situação, aliás, leva alguns a crer que a dignidade da pessoa humana representa expressão desprovida de maior interesse científico e utilidade prática, na medida em que se recorre a ela para fundamentar pretensões que por vezes são diametralmente opostas.

Nesta linha de entendimento, poderíamos citar, por exemplo, o voto do Ministro Dias Toffoli no julgamento de processo submetido ao Supremo Tribunal Federal, no qual se afirma que “se para tudo há de fazer emprego desse princípio, em última análise, ele para nada servirá”<sup>37</sup>. O próprio Luís Roberto Barroso, grande estudioso do tema em apreço e defensor das conveniências que ele gera para o estudo do Direito Constitucional, reconhece que “em termos práticos, a dignidade, como conceito jurídico, frequentemente funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta os

---

<sup>36</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, pp. 34-5.

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 363.889/DF**. Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe-238: 15/12/2011. Public. 16/12/2011. RTJ VOL. 00223-01. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+363889%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+363889%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bdhzsh3>>. Acesso em: 29/03/2017.

seus próprios valores”<sup>38</sup>, o que sem dúvida alguma dificulta o trabalho de delimitá-la conceitualmente. Ingo W. Sarlet, outro importante constitucionalista que se ocupa do assunto nas letras jurídicas nacionais, manifesta semelhante posição, ao assentar que “uma conceituação clara do que efetivamente seja esta dignidade [...] revela-se no mínimo difícil de ser obtida”<sup>39</sup>.

No entanto, impende observar, como o faz Barroso, que a possibilidade de um uso nocivo e particular da dignidade da pessoa humana não é justificativa bastante para que se abandone o conceito em tela:

Assim como acontece com qualquer outro conceito materialmente abstrato – tal como o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do direito constitucional alemão ou o devido processo legal e a cláusula da igualdade da Constituição americana -, existem riscos envolvidos na construção do significado da dignidade humana. Qualquer ideia complexa, de fato, está sujeita ao abuso e à má utilização: a democracia pode ser manipulada por populistas, o federalismo pode se degenerar em hegemonia do governo central e o controle judicial de constitucionalidade pode ser contaminado pela política. Como disse Ronald Dworkin, “seria lamentável abandonar uma ideia relevante ou mesmo um nome conhecido pelo risco de malversação”. Assim sendo, a dignidade humana, não menos do que inúmeros outros conceitos cruciais, precisa de boa teoria, debate público, consenso sobreposto e juízes prudentes.<sup>40</sup>

Afastar a importância normativo-jurídica da dignidade da pessoa humana com base na alegação de que seu conceito não foi colocado de modo claro, direto e uniforme por parte dos trabalhos teórico-doutrinários que se ocupam de sua definição não é viável, pois, segundo Sarlet, “não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é espezinhada e agredida, ainda que não seja possível estabelecer uma pauta exaustiva de violações” dela<sup>41</sup>.

Apesar das dificuldades que a expressão vem suscitando, faz-se necessário que apresentemos o que se entende por dignidade da pessoa humana. Isso porque, se estamos a pontuar que a concessão de um benefício assistencial à pessoa com deficiência está justificada na dignidade da pessoa humana, a qual, no caso brasileiro,

---

<sup>38</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Trad. Humberto Laport de Mello. In: **Revista dos Tribunais** (São Paulo. Impresso), v. 919, p. 127-196, 2012.

<sup>39</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Ob. Cit.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 49.

<sup>40</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Trad. Humberto Laport de Mello. In: **Ob. Cit.** (São Paulo. Impresso), v. 919, p. 127-196, 2012.

<sup>41</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Ob. Cit.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 50.

decorre do quanto disposto no artigo 1º, III, da Constituição Federal, deve-se pressupor, então, por consectário lógico, que alguma definição de dignidade esteja sendo adotada pelo trabalho. A partir de uma conceituação direta da dignidade da pessoa humana, poderemos evidenciar como a concessão do benefício de prestação continuada encontra fundamento nela.

A dignidade da pessoa humana compreende um princípio e ao mesmo tempo um valor jurídico<sup>42</sup>. Na condição de valor, a dignidade da pessoa humana encontra-se na base ou na gênese dos direitos fundamentais, compondo-lhes um núcleo essencial de respeito obrigatório pelo Poder Público e pelos demais particulares. De outro lado, quando se apresenta como um princípio, a dignidade da pessoa humana ganha uma dimensão deontológica capaz de gerar normas a serem observadas em situações concretas, como também auxilia o exegeta na interpretação da ordem constitucional. Recorramos, ainda mais uma vez, ao escólio de Barroso, que neste particular é deveras elucidativo:

Como um valor fundamental que é também um princípio constitucional, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais. [...] Os princípios constitucionais desempenham diferentes papéis no sistema jurídico, e no momento de sua aplicação concreta eles sempre geram regras que regem situações específicas. [...] Por exemplo, o conteúdo essencial da dignidade humana implica na proibição da tortura, mesmo em um ordenamento jurídico no qual não exista nenhuma regra específica impedindo tal conduta. É claro que quando já existem regras mais específicas – indicando que os constituintes ou os legisladores detalharam o princípio de modo mais concreto – não há necessidade de se recorrer ao princípio mais abstrato da dignidade humana. Porém [...] eles podem ser extraídos do significado essencial da dignidade. Este é o primeiro papel de um princípio como a dignidade humana: funcionar como uma fonte de direitos – e consequentemente, de deveres – incluindo os direitos não expressamente enumerados, que são reconhecidos como parte das sociedades democráticas maduras. O outro papel da dignidade humana é interpretativo. A dignidade humana é parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais, como a igualdade, a liberdade ou a privacidade. Sendo assim, ela vai necessariamente informar a interpretação de tais direitos fundamentais, ajudando a definir o seu sentido nos casos concretos.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> A distinção existente entre princípios e valores será oportunamente explicada no Capítulo II desta dissertação. Cf. 2.4.2, *infra*.

<sup>43</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Trad. Humberto Laport de Mello. *In: Ob. Cit.* (São Paulo. Impresso), v. 919, p. 127-196, 2012.

Na visão de Barroso, a dignidade humana, num viés minimalista, está a exigir o respeito ao valor intrínseco dos indivíduos e à sua autonomia. Eventuais restrições somente serão admitidas como legítimas se e enquanto estiverem a serviço de interesses estatais ou finalidades socialmente prestigiadas impostas com vistas a garantir a autonomia das demais pessoas (valor comunitário). Mas no que consistem exatamente o valor intrínseco, a autonomia e o valor comunitário (elementos mínimos da dignidade da pessoa humana)?

Pelo valor intrínseco, o ser humano reveste-se de singularidade na natureza. O homem é marcado por uma série de traços que lhes são característicos e que servem para apartá-lo dos demais seres vivos: sua inteligência, sua sensibilidade, a capacidade de comunicar-se com os próximos, a consciência da morte, dentre outros importantes fatores. O que é singular tem um valor em si mesmo, e não um valor atribuído ou instrumental, como já evidenciava Immanuel Kant em sua obra filosófica<sup>44</sup>. O homem, portanto, não pode ser precificado, pois representa um fim em si mesmo considerado, e não um meio para o atingimento de objetivos de terceiros.

A autonomia do indivíduo, por sua vez, quer dizer algo diverso. Por ela, os indivíduos devem se autodeterminar, isto é, conduzir suas vidas de acordo com projetos e objetivos que entendam ser os mais convenientes perseguir, e da forma que reputarem mais adequada para atingi-los. Nas palavras de Barroso, é por intermédio da autonomia que as pessoas buscam, “da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa”<sup>45</sup>.

O valor comunitário, por fim, traduz fundamentalmente as crenças e ideais encampados pelo grupo social em que inserido o indivíduo, assim como as normas jurídicas dotadas de coerção e colocadas em vigência pelo poder competente (o Estado de maneira geral), que têm o condão de validamente restringir o exercício da autonomia pelo indivíduo, a fim de possibilitar uma convivência civilizada entre as pessoas. Em seus estudos acerca da dignidade, Sarlet trabalha com uma noção aproximada de valor comunitário, a que denomina valor cultural, explicada com as seguintes palavras:

[...] a dignidade da pessoa humana não deve ser considerada, pelo menos não exclusivamente, como algo inerente à natureza humana (no sentido de uma qualidade pura e simplesmente), isto na medida em

---

<sup>44</sup> Cf. KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2008, pp. 76-7.

<sup>45</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Trad. Humberto Laport de Mello. *In: Ob. Cit.* (São Paulo. Impresso), v. 919, p. 127-196, 2012.

que a dignidade possui também um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa se complementam e interagem mutuamente[...]. Ainda a respeito deste ponto, vale registrar a lição de Ernst Benda, de acordo com o qual, para que a noção de dignidade não se desvaneça como mero apelo ético, impõe-se que seu conteúdo seja determinado no contexto da situação concreta da conduta estatal e do comportamento de cada pessoa.<sup>46</sup>

Verifica-se, assim, e de maneira incontestável, que dignidade não remonta exclusivamente à noção de autonomia, e nem tampouco se refere unicamente à necessidade de se tratar os indivíduos enquanto fins em si mesmos considerados, afastando qualquer concepção que os tome como objetos ou meios ao atingimento de finalidades outras. Embora esses dois aspectos consubstanciem elementos que irrefutavelmente compõem o conceito de dignidade da pessoa humana, é vital anotar que a sua definição passa também pela consideração de uma dimensão comunitária-cultural, a impor o respeito a regras de convivência que são colocadas como limites naturais ao exercício da autonomia pelo indivíduo e dos poderes conferidos ao Estado.

Vistos os valores inerentes ao conceito de dignidade, cumpre apontar que, quando se cuida do benefício de prestação continuada à pessoa com deficiência, percebe-se que ele é condição imprescindível para que o titular deste direito fundamental usufrua, em primeiro lugar, da dignidade enquanto autonomia. Explicamo-nos. A autonomia, compreendida enquanto a autodeterminação dos indivíduos, exige a existência de alguns direitos, relacionados basicamente às liberdades públicas, às prerrogativas de participação política e ao atendimento das necessidades materiais mais essenciais das pessoas.

Apenas quando se garante ao indivíduo o acesso aos itens básicos de sobrevivência é que se pode pensar no exercício de alguma autonomia de sua parte. A ninguém é viável exercer os direitos civis e políticos, e se conduzir com independência segundo um ideal próprio de vida, sem contar com a satisfação de prestações positivas encampadas pelo mínimo existencial. Vejamos como Barroso disserta sobre a associação inegável que a autonomia mantém com a garantia de direitos sociais:

Para serem livres, iguais e capazes de exercer uma cidadania responsável, os indivíduos precisam estar além de limiares mínimos de bem-estar, sob pena de a autonomia se tornar uma mera ficção. Isso exige o acesso a algumas prestações essenciais – como educação básica e serviços de saúde –, assim como a satisfação de algumas

---

<sup>46</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Ob. Cit.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, pp. 57-8.

necessidades elementares, como alimentação, água, vestuário e abrigo.<sup>47</sup>

Considerando, por conseguinte, que o benefício de prestação continuada tem justamente por finalidade garantir a satisfação das necessidades mais elementares que a pessoa com deficiência possa ter, fica patente que a sua instituição e efetivação estarão a serviço da dignidade da pessoa humana enquanto autonomia. Nota-se que a existência do benefício assistencial se torna, então, uma condição para que a pessoa com deficiência venha a exercer outros direitos fundamentais relacionados à autonomia (como os civis e políticos) e viva com um mínimo de dignidade. A mesma forma de encarar a questão é esposada pelo Ministro Marco Aurélio, que assim expõe sua visão:

Como “autonomia”, a dignidade protege o conjunto de decisões e atitudes que concernem especificamente à vida de um indivíduo. [...] 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.<sup>48</sup>

Mas não é só no que atina à autonomia da pessoa com deficiência que atua o benefício de prestação continuada. O direito fundamental a um benefício de salário mínimo a ser concedido à pessoa com deficiência que não possa prover à própria subsistência revela também a importância do valor comunitário inerente à dignidade da pessoa humana. É que, ao instituir um benefício assistencial em favor de uma categoria específica de indivíduos, o legislador constituinte sinalizou claramente a existência de finalidades sociais a serem observadas por todos na determinação de suas vidas. Os objetivos de eliminar a pobreza, reduzir a marginalização social, promover o bem de todos, garantir a inclusão de pessoas que convivam com dificuldades adicionais por condições físicas, psíquicas, mentais ou de qualquer outra índole, denotam, todos eles, um claro intuito de buscar um estado de coisas em que a solidariedade humana prevaleça.

---

<sup>47</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Trad. Humberto Laport de Mello. *In: Ob. Cit.* (São Paulo. Impresso), v. 919, p. 127-196, 2012.

<sup>48</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 567.985/MT**. Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe-194. Divulg. 02/10/2013. Public. 03/10/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+567985%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+567985%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/acljv3b>>. Acesso em: 29/03/2017.

A solidariedade, encarada, em primeiro lugar, como uma ideia bem vista pela sociedade (ou seja, como uma ideia culturalmente prestigiada, como prefere encarar a questão Sarlet), e, em segundo lugar, como uma finalidade albergada pelo texto constitucional, se revela como uma das vertentes do valor comunitário da dignidade da pessoa humana capazes de restringir, em alguma medida, a autonomia das demais pessoas. Acerca dessa possível limitação da autonomia dos indivíduos com vistas a garantir a assistência e a proteção de outras em contexto de vulnerabilidade, disserta com propriedade o próprio Sarlet, quando cuida do que chama de dimensão dúplice de dignidade:

[...] sustenta-se que uma dimensão dúplice da dignidade manifesta-se enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo – e principalmente – quando ausente sua capacidade de autodeterminação. Assim, a dignidade, na sua perspectiva assistencial (protetiva) da pessoa humana, poderá, dadas as circunstâncias, prevalecer em face da dimensão autonômica, de tal sorte que, todo aquele a quem faltarem condições para uma decisão própria e responsável[...] poderá até mesmo perder [...] o exercício pessoal de sua capacidade de autodeterminação, restando-lhe, contudo, o direito a ser tratado com dignidade (protegido e assistido).<sup>49</sup>

O agir das pessoas que não são titulares do direito ao benefício de prestação continuada dependerá do projeto de vida que cada uma assuma como ideal para si. No entanto, esse mesmo agir (pautado pela autonomia, como regra geral) deve observar a solidariedade como valor comum a todos, e atender o fim geral de garantir às pessoas com deficiência o que for necessário a sua manutenção, pois ideais comunitários como o que aqui se coloca são igualmente parte integrante da noção minimalista de dignidade da pessoa humana. A confirmar nossa impressão, cumpre reproduzir mais um excerto das palavras usadas pelo Ministro Marco Aurélio ao dissertar sobre a dignidade da pessoa humana e sua íntima relação com o benefício assistencial do artigo 203, V:

O autor – Luís Roberto Barroso – entende a dignidade ainda como um “valor comunitário”. Atuará 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

---

<sup>49</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Ob. Cit.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 61.

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 dobram; eles dobram por ti”.<sup>50</sup>

Como conclusão ao presente tópico, podemos afirmar que (i) o benefício de prestação continuada do artigo 203, V, da Constituição Federal é condição obrigatória para que a pessoa com deficiência em estado de miserabilidade usufrua da autonomia a que tem direito como decorrência da dignidade humana, uma vez que garante a ela o acesso a itens de maior necessidade, sem os quais não poderia se manter e optar por um projeto pessoal de vida; e (ii) o mesmo direito fundamental revela a existência de uma dimensão comunitária da dignidade da pessoa humana, manifestada pela solidariedade, que se apresenta tanto como um ideal cultural da sociedade como quanto um valor-princípio constitucional, limitando, de forma completamente autorizada pela sistemática constitucional, a autonomia das demais pessoas.

### **1.2.3 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL DE EFICÁCIA LIMITADA E DE PRINCÍPIO PROGRAMÁTICO**

José Afonso da Silva, em obra primorosa, destacou que as normas constitucionais se apresentam de diferentes formas quando se tem por objeto de estudo sua eficácia e aplicabilidade. Com efeito, toda norma constitucional é caracterizada por sua juridicidade, por sua imperatividade e, em maior ou menor grau, por sua eficácia. No entanto, no que atine a este último aspecto em particular (a eficácia), faz-se necessário observar que as normas constitucionais podem ser repartidas em distintas espécies, a depender da forma como são aplicadas nas situações de que cogitem.

Importa encarecer, assim, que não existe norma constitucional desprovida completamente de qualquer eficácia. Toda norma constitucional apresentará um mínimo

---

<sup>50</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 567.985/MT**. Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe-194. Divulg. 02/10/2013. Public. 03/10/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+567985%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+567985%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/acljv3b>>. Acesso em: 29/03/2017.

de eficácia, pois, ainda que não regule diretamente a situação nela contemplada, já terá o condão de impedir a edição de normas complementares ou ordinárias contrárias aos seus dizeres. Além disso, uma norma constitucional que não incida diretamente no contexto fático que pretende regular sinaliza as intenções do legislador constituinte, ou seja, o espírito que serviu de base para dispor sobre aquele determinado tema desta forma, e não de outra.

Daí porque as diferenças que se estabelecem entre as normas constitucionais quanto à sua eficácia e aplicabilidade dizem respeito apenas ao grau ou a intensidade com que estes traços aparecem em cada comando constitucional, não havendo que se pensar em normas constitucionais dotadas de eficácia e outras que não o sejam. Confirma-se, a esse respeito, a advertência que o próprio José Afonso da Silva promove antes de iniciar o estudo da classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia e aplicabilidade:

Temos que partir, aqui, daquela premissa já tantas vezes anunciada: não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma norma jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida. Se todas têm eficácia, sua distinção, sob esse aspecto, deve ressaltar essa característica básica e ater-se à circunstância de que se diferenciam tão só quanto ao grau de seus efeitos jurídicos.<sup>51</sup>

Colocada esta necessária premissa, José Afonso da Silva nos leciona, com propriedade, que as normas constitucionais podem ser de eficácia plena, de eficácia contida ou ainda de eficácia limitada.

As normas constitucionais de eficácia plena, também referidas por normas autoaplicáveis ou autoexecutáveis, correspondem aos comandos constitucionais que, desde a sua entrada em vigor, já reúnem as condições necessárias para a sua integral aplicabilidade, pois a normatividade nelas inserta é suficiente para o atingimento das finalidades previstas, independentemente da emissão de regras integrativas. Para dizer o mesmo por outros termos, as normas constitucionais de eficácia plena são aquelas

---

<sup>51</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 81.

“dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade”, aplicando-se “só pelo fato de serem normas jurídicas”<sup>52</sup>.

As normas de eficácia contida, por sua vez, compreendem os comandos constitucionais que, não obstante sejam capazes de produzir todos os efeitos desejados, admitem a possibilidade de restrição das consequências jurídicas inicialmente previstas<sup>53</sup>. A restrição da aplicabilidade das normas de eficácia contida pode ocorrer de diferentes maneiras. Por vezes, a norma constitucional prevê que uma lei infraconstitucional (ordinária ou complementar) poderá ser publicada, restringindo o conteúdo dos preceitos constitucionais. Em outras ocasiões, o papel de restringir a norma constitucional será delegado a outras normas constitucionais, à ordem pública, aos bons costumes, à necessidade/utilidade pública, ao interesse social ou econômico, ao perigo público iminente e à segurança pública/segurança nacional/integridade nacional. Não nos compete analisar o conteúdo de cada instituto por meio do qual uma norma constitucional tem sua eficácia e aplicabilidade restringidas, mesmo porque não são as normas de eficácia contida que nos interessam mais de perto, mas sim as normas de eficácia limitada.

As normas de eficácia limitada, por vezes referidas de normas não autoaplicáveis ou não autoexecutáveis, representam os comandos constitucionais que não têm aptidão para regular, direta e imediatamente, as situações de que cogitem, dependendo da emissão de uma normatividade ulterior, que lhes integre o conteúdo. Mencionadas normas admitem, ainda, uma subclassificação, segundo a qual podemos tratar de normas de princípio institutivo e normas de princípio programático.

As primeiras são aquelas que representam o início, começo ou esquema de um determinado órgão, entidade ou instituição, cabendo à legislação ulterior proceder à efetiva tarefa de instituí-las. Por esta razão, José Afonso da Silva considera pertinente denomina-las, de igual modo, de normas de princípio orgânico ou organizativo. As últimas, de seu turno, evidenciam o perfil dirigente de nossa atual constituição<sup>54</sup>, pois que se referem às normas que traçam programas a serem realizados pelas funções do poder, com vistas a atender as finalidades sociais do Estado<sup>55</sup>. Sobre o indissociável vínculo que as normas constitucionais de princípio programático mantêm com o

---

<sup>52</sup>SILVA, José Afonso da. **Ob. Cit.** São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 100.

<sup>53</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. **Ob. Cit.** São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 114.

<sup>54</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. **Ob. Cit.** São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 121.

<sup>55</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. **Ob. Cit.** São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 123.

constitucionalismo dirigente, convém reproduzir trecho da obra de José Afonso da Silva:

As constituições contemporâneas constituem documentos jurídicos de compromisso entre o liberalismo capitalista e o intervencionismo. [...] Esse embate entre o liberalismo, com seu conceito de democracia política, e o intervencionismo ou o socialismo repercute nos textos das constituições contemporâneas, com seus princípios de direitos econômicos e sociais, comportando um conjunto de disposições concernentes tanto aos direitos dos trabalhadores como à estrutura da economia e ao estatuto dos cidadãos. O conjunto desses princípios forma o chamado conteúdo social das constituições. Vem daí o conceito de constituição dirigente, de que a Constituição de 1988 é exemplo [...]. Por isso, ela não raro foi minuciosa [...] e o enunciado de suas normas assumiu, muitas vezes, grande imprecisão, comprometendo sua eficácia e aplicabilidade imediata, por requerer providências ulteriores para incidir concretamente. Muitas normas são traduzidas no texto supremo apenas em princípio, como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos posteriormente pela atividade dos legisladores ordinários. São estas que constituem as normas constitucionais de princípio programático [...].<sup>56</sup>

Diante do quadro colocado sucintamente acima, é possível enquadrar o benefício assistencial do artigo 203, V, da Lei Maior de 1988 enquanto uma norma constitucional de eficácia limitada. Isso porque o próprio enunciado do dispositivo constitucional em comento está a evidenciar que a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência dependeria do tratamento que a lei conferisse ao tema.

A lei a que o artigo 203, V, da Constituição se reporta já foi editada por nosso Congresso Nacional (Lei n. 8.742/93), mas sua aplicação envolve aspectos controvertidos, que serão analisados oportunamente. O que pretendemos destacar, por ora, é o fato de que a aplicabilidade do artigo 203, V, da Constituição depende fundamentalmente da emissão de uma normatividade ulterior que lhe permita a integral produção de efeitos. A eficácia limitada, aliás, consubstancia um traço comum dos direitos de matiz assistencial, consoante se depreende da lição de Celso Bastos e Ives Gandra:

É compreensível, pois, que nesta seção, onde vamos estudar a assistência social entre outras externalizações do constituinte, sintamos sempre a ambivalência de muitos de seus dispositivos, que, nada obstante a aparência e mesmo a pretensão de estarem conferindo direitos subjetivos aos cidadãos, nada mais estão a fazer do que definir metas a serem cumpridas no futuro, ou mesmo constituir um rol de ideais cuja realização plena é imprevisível.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> SILVA, José Afonso da. **Ob. Cit.** São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 132-134.

<sup>57</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Ob. Cit.** São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 344.

Ademais, o direito assegurado pelo artigo 203, V, da Carta da República, segundo esta célebre proposta classificatória, também pode ser classificado validamente de uma norma constitucional de princípio programático, tendo em vista que a previsão de um benefício assistencial em favor da pessoa com deficiência tem por objetivo atender suas necessidades mais básicas e está, portanto, inserida no contexto do constitucionalismo dirigente, ou seja, do constitucionalismo que busca atender as diversas demandas sociais do Estado, inclusive as das pessoas com deficiência.

### **1.3 CONCLUSÕES PARCIAIS**

O presente capítulo dedicou-se ao estudo de duas questões principais: (i) a de delimitar o que se entende por deficiência a partir da perspectiva constitucional; e (ii) a de compreender o contexto constitucional em que situado o benefício assistencial instituído em favor de pessoas com deficiência que não possam prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, a fim de extrair sua variada natureza jurídica.

Quanto à primeira questão, verificamos que a definição de deficiência passou por uma série de etapas ou fases distintas até culminar no modelo social: a primeira, marcada pela intolerância; a segunda, pela indiferença; a terceira, pelo assistencialismo; e a atual, pela inclusão social desses indivíduos. Dissemos que a deficiência não pode ser conceituada somente a partir dos impedimentos físicos, mentais, intelectuais e sensoriais que muitos indivíduos apresentam, e da relação de causalidade que esses impedimentos mantêm com as desvantagens sociais experimentadas pelos seus portadores. Diante das inovações trazidas pela Convenção da ONU, internalizada no direito pátrio como uma norma constitucional, é imperioso que entendamos deficiência enquanto a existência de impedimentos físicos, mentais, intelectuais e sensoriais que, em interação ou conjugação com as barreiras ambientais e sociais, impedem a participação plena de seus portadores em igualdade de condições com os demais integrantes da sociedade; ou seja, é necessário que aliemos o critério médico ao modelo social de compreensão da deficiência, de molde a revelar que a dificuldade de se incluir a pessoa com deficiência deve-se também às complicações derivadas do ambiente em que ela se encontra, e não apenas aos impedimentos biológicos que apresente.

Já no que toca à segunda questão, pudemos perceber que a Constituição Federal de 1988 previu o benefício de prestação continuada a que se refere o artigo 203, V no

Título dedicado à Ordem Social e na Seção destinada a cuidar da Assistência Social. A localização do benefício assistencial em referência no texto constitucional está a demonstrar alguns traços que lhes são marcantes.

Por primeiro, pontuamos que o artigo 203, V, da Lei Fundamental de 1988, por representar um autêntico benefício assistencial, não depende de prévia contribuição vertida pelo futuro beneficiário, como ocorre no campo da Previdência Social. Em segundo lugar, a posição topográfica do artigo 203, V, da Carta Política demonstra que o benefício em referência foi instituído com vistas a atender o valor da solidariedade humana, o qual, afinal, está a justificar a instituição de toda a assistência social, desde os seus primórdios. Diga-se, ainda, em terceiro lugar, que por compreender um benefício contido no Título dedicado à Ordem Social, o artigo 203, V, de nossa Lei Maior tem por finalidade essencial garantir aos indivíduos que serão favorecidos com seu recebimento a fruição de direitos mínimos, assegurando, por via de consequência, o atendimento a objetivos constitucionais (art. 3º, I, III e IV).

O breve estudo da raiz constitucional do benefício de prestação continuada a ser concedido às pessoas com deficiência demonstrou, de igual forma, que este se reveste da natureza de um direito fundamental social. Com isso, afirma-se que o benefício assistencial representa um direito previsto pela Constituição que decorre da condição humana do indivíduo, e que visa, em última análise, tutelá-lo em sua necessidade. O caráter social do direito fundamental ora em estudo está a exigir uma atuação positiva do Poder Público, um nítido fazer, não bastando que o Estado adote a postura de se abster. É por meio de prestações estatais positivas como a referida pelo artigo 203, V, da Constituição que se promove a dignidade da pessoa humana e se criam condições propícias (i) ao desenvolvimento da autonomia das pessoas com deficiência; e (ii) à efetivação do valor comunitário da solidariedade.

Nossa análise salientou, além disso, que do ponto de vista da aplicabilidade, a norma contida no artigo 203, V, da Constituição Federal de 1988 revela uma eficácia limitada, já que este dispositivo constitucional depende da emissão de uma legislação que lhe integre o conteúdo. Vale dizer: o enunciado do artigo 203, V, segundo a proposta classificatória de José Afonso da Silva, não garante diretamente ao indivíduo que eventualmente titularize o direito fundamental ali previsto sua imediata fruição ou satisfação.

Em verdade, o gozo do direito ao benefício de salário mínimo mensal depende da promulgação de uma legislação ordinária que especifique as condições e os

requisitos em que ele será concedido à pessoa com deficiência, algo que a esta altura já ocorreu, com a edição da Lei n. 8.742/93, ainda que sua aplicação envolva aspectos controvertidos, a serem apreciados oportunamente nesta dissertação de mestrado. A corroborar esta assertiva, basta verificar o próprio enunciado do artigo 203, V, da Constituição Federal, que se vale da expressão “conforme dispuser a lei”.

Vimos, no mais, que o benefício de prestação continuada representa uma norma de eficácia limitada de princípio programático, na medida em que inserida no contexto de um constitucionalismo dirigente, predisposto ao enfrentamento de questões sociais. O Estado Brasileiro assume a forma de um claro Estado de Bem-Estar Social, o que resta evidenciado pelo numeroso elenco de prerrogativas sociais, incluindo o benefício assistencial do artigo 203, V, da Constituição Federal.

Concluir que o benefício de prestação continuada do artigo 203, V, da Carta da República é um direito fundamental social concretizador da dignidade da pessoa humana e uma norma de eficácia limitada de princípio programático revela importantes características que ele ostenta, mas não esgota sua compostura constitucional. É necessário que se compreenda o benefício assistencial enquanto um princípio constitucional, na esteira do que as decisões judiciais acerca da temática em apreço têm feito (ainda que não o declarem expressamente).

Tal constatação, contudo, levanta a inafastável obrigação didática de explicar o que vem a ser um princípio e como ele tem sido concebido pela ótica do constitucionalismo contemporâneo (pós-positivista), como condições prévias e necessárias à boa compreensão do artigo 203, V, da Constituição Federal de 1988. O enfrentamento destas questões dar-se-á no capítulo que segue.

## **2. TEORIA DOS PRINCÍPIOS E O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DO ART. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.**

Direitos fundamentais como o previsto no artigo 203, V, da Constituição Federal de 1988 compreendem, pela ótica do constitucionalismo contemporâneo, princípios constitucionais. Esse contexto ressalta nitidamente aos olhos quando se analisa como funciona atualmente a concessão do benefício de prestação continuada à pessoa com deficiência.

Com efeito, as decisões que vêm analisando a concessão ou denegação do benefício assistencial à pessoa com deficiência, mais do que se ater à disposição literal do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/1993 (a qual, em tese, seria responsável por lhe conferir os contornos necessários a sua boa aplicação), têm considerado a normatividade que decorre de princípios constitucionais, como o previsto no artigo 203, V, da Carta Política, no momento de tomar uma posição, demonstrando uma clara aplicação direta da Lei Fundamental.

Considerando, pois, que o artigo 203, V, da Lei Maior representa um princípio constitucional, faz-se necessária uma incursão na moderna teoria dos princípios, analisando-se o que vem a ser um princípio, quais são as funções atualmente desempenhadas por eles no sistema constitucional e quais são as diferenças que assumem em relação às regras jurídicas. O estudo de todas estas questões certamente auxiliará a conclusão de que o direito fundamental contido no artigo 203, V, da Constituição Federal, por consubstanciar um autêntico princípio constitucional, passou a ser concedido de forma mais alargada por nossos magistrados e tribunais.

### **2.1 CONCEITO DE PRINCÍPIO**

Todo trabalho acadêmico que se proponha ser consistente do ponto de vista metodológico pressupõe a apresentação do conceito do objeto colocado em estudo. O presente capítulo se ocupará dos chamados princípios jurídicos. Assim, a primeira preocupação, como não poderia deixar de ser, será a de definir o que se pode entender por princípio de maneira geral.

O termo “princípio”, usado numa acepção comum, pode apresentar uma série de significações diferentes. Utiliza-se o termo, por exemplo, para se referir ao começo ou a origem de uma determinada coisa (v.g. “no princípio dos tempos”); para designar uma

opinião ou uma específica forma de agir (v.g. “tenho por princípio não abrir mão da ética mesmo em situações difíceis”); ou mesmo para destacar uma informação básica e elementar que serve para dar consistência a uma seção ou a um conjunto de conhecimentos interligados (v.g. “princípios da física ou da química”).

Miguel Reale trabalha com essa última concepção de princípio, ao afirmar que estes podem ser definidos como

“verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.<sup>58</sup>

A noção segundo a qual os princípios traduzem importantes elementos dentro de um conjunto de conhecimentos específicos também é bem trabalhada por Ruy Samuel Espíndola, para quem

pode-se concluir que a ideia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa uma estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais ideias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam.<sup>59</sup>

Começa-se a perceber, portanto, que os princípios estão intimamente relacionados com a ciência e a pesquisa, na medida em que se faz menção a eles em várias áreas do conhecimento humano, tal como na Filosofia, na Sociologia, na Política, na Física, na Lógica, dentre outros campos do saber.

Dado o fato de que os princípios assumem importância num complexo muito grande de áreas do saber humano e que, bem assim, podem apresentar validade mais ampla, atingindo um maior número de campos do conhecimento, ou, ao revés, mais restrita, atingindo um menor número de campos do conhecimento, é possível estabelecer uma classificação que tome em consideração esses dois fatores e promova uma distinção entre os princípios de acordo com sua abrangência. É o que faz o já citado Miguel Reale, autor de célebre proposta classificatória vazada nos seguintes termos:

Ora, os princípios podem ser discriminados em três grandes categorias, a saber: a) *princípios ominivalentes*, quando são válidos

---

<sup>58</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 285.

<sup>59</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 47.

para todas as formas de saber, como é o caso dos *princípios de identidade* e de *razão suficiente*; b) *princípios plurivalentes*, quando aplicáveis a vários campos do conhecimento, como se dá com o *princípio da causalidade*, essencial às ciências naturais, mas não extensivo a todos os campos do conhecimento; c) *princípios monovalentes*, que só valem no âmbito de determinada ciência, como é o caso dos *princípios gerais de direito* (destaques presentes na obra original)<sup>60</sup>.

Acima, afirmou-se que uma das acepções próprias do vocábulo “princípio” refere-se a uma ideia ou diretriz básica que rege todo um determinado conjunto de conhecimentos. Sabe-se também que o Direito representa um campo de conhecimentos específicos, que visam, em essência, explicar como o fenômeno jurídico se manifesta em uma dada coletividade. Tem-se, por conseguinte, que sendo o Direito uma área do conhecimento, isto é, uma ciência autônoma, apresentará os seus próprios princípios, a que se podem chamar de princípios jurídicos.

Nesse sentido, insta salientar, desde logo, que a análise dos princípios jurídicos vem ganhando em importância para o estudo do fenômeno jurídico e, em especial, do Direito Constitucional<sup>61</sup>. Portanto, apresentar um conceito adequado de princípio jurídico não revela uma importância circunscrita ao bom desenvolvimento das ideias a serem trabalhadas neste capítulo, ou seja, não se limita a garantir apenas uma coerência metodológica, mas também é fundamental para que o jurista possa situar-se no contexto atual do constitucionalismo contemporâneo, marcado pela valorização dos princípios<sup>62</sup> como vetores de aplicação do direito.

Considerando, pois, a necessidade de definir o que vem a ser princípios no Direito, o jurista se depara com uma dificuldade inicial: a polissemia ou plurivocidade que o termo ganhou no âmbito jurídico. Ruy Samuel Espíndola assevera, com propriedade, que o vocábulo “princípio” pode ser compreendido como (i) preceito que se coloca acima do direito, isto é, da ordem posta; (ii) um tipo específico de norma; ou (iii) proposições construídas de forma independente de um ordenamento jurídico concreto ou específico.

E arremata Espíndola afirmando, com boa dose de razão, que a multiplicidade de sentidos atribuídos ao termo “princípio” não pode ser benéfica ao Direito, na medida em

---

<sup>60</sup> REALE, Miguel. **Ob. Cit.** São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 285.

<sup>61</sup> Cuidaremos de como a compreensão dos princípios jurídicos alterou-se no plano histórico abaixo. Cf. 2.2, *infra*.

<sup>62</sup> A partir de agora, toda vez que se fizer referência ao termo “princípio”, sem qualquer adjetivação específica, o leitor deve ter em mente que esta monografia pretende retratar os princípios jurídicos.

que nos impede de promover uma verdadeira Ciência Jurídica<sup>63</sup>. Toda ciência, como é cediço, tem por pressuposto natural a clareza ou a delimitação precisa de seus termos e conceitos. Daí porque a adoção de uma das variadas opções de significado criadas pelo Direito ao termo “princípio” é medida que se impõe.

A presente monografia tomará como ponto de partida a compreensão de que todo princípio é parte integrante do ordenamento jurídico, tal como ocorre em relação às regras jurídicas<sup>64</sup>. Vale dizer: este trabalho partirá da premissa de que o sistema jurídico é composto de duas espécies diferentes de normas, a saber, as normas que se manifestam na forma de regras jurídicas e aquelas outras normas que se expressam como princípios jurídicos, adotando, por conseguinte, a compreensão do termo “princípio” contida em (ii).

É de bom alvitre ressaltar que a concepção de princípio enquanto uma verdadeira norma a compor o ordenamento jurídico pode ser considerada como majoritária na doutrina, tanto nacional quanto internacional. Todavia, em que pese o consenso que parece se estabelecer em relação ao assunto em comento, é importante pontuar que a normatividade dos princípios nem sempre foi pacífica entre os estudiosos do fenômeno jurídico. Pelo contrário: afirma-se, com absoluta segurança, que a depender do momento histórico de que se cogita, os princípios foram encarados de variadas formas ou maneiras.

Compreender como a noção dos princípios desenvolveu-se no plano histórico até chegar ao entendimento segundo o qual eles consubstanciam normas, tal como ocorre em relação às regras jurídicas, é, portanto, tarefa primordial. Por meio da análise do processo histórico de desenvolvimento da compreensão principiológica do direito, é possível descobrir o porquê de se conceber os princípios dessa forma específica (é dizer, enquanto normas do sistema jurídico), e não de outra maneira.

## **2.2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA COMPREENSÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS**

Ao tratar de como os princípios passaram a ostentar a normatividade que se lhes atribui, Ruy Samuel Espíndola afirma categoricamente que o atual estado de coisas

---

<sup>63</sup> Cf. ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Ob. Cit.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pp. 48-9.

<sup>64</sup> Também o assunto relativo às diferenças que se pode estabelecer entre os princípios jurídicos e as regras jurídicas será desenvolvido posteriormente neste capítulo. Cf. 2.4, *infra*.

deflui das disputas epistemológicas existentes entre duas conhecidas correntes do pensamento jurídico: as relativas ao jusnaturalismo e ao juspositivismo<sup>65</sup>. No que consistem os dois movimentos a que se fez referência e de que forma cada um deles compreende os princípios jurídicos? Para bem entender a essência do jusnaturalismo e do juspositivismo, deve-se esclarecer, de início, as diferenças fundamentais que existem entre os conceitos de direito natural e de direito positivo.

Bobbio sustenta, com propriedade, que o direito natural é aquele que vale em toda parte, independentemente do ordenamento jurídico de que se cogite, sendo imutável no tempo e perceptível ou conhecível por meio da razão que é inerente aos homens. Nessa condição, o direito natural se ocupa de comportamentos que podem ser classificados como bons ou ruins.

Por outro lado, o direito positivo é aquele que vale para apenas alguns lugares, pois se refere ao conjunto de normas jurídicas regularmente produzidas por um órgão ou autoridade competente e que sujeitam os indivíduos às suas prescrições independentemente da vontade que estes têm de atender ou não aos comandos positivados (na ideia de coerção, inclusive, é que os positivistas identificam o direito e o separam dos demais conjuntos de normas encontradas no seio de uma comunidade, tais como as regras morais ou religiosas).

O direito positivo, à diferença do que ocorre em relação ao direito natural, pode mudar com o passar do tempo, e é conhecível pelos indivíduos a ele sujeitos por meio de uma declaração da vontade alheia (do órgão competente para produzi-lo), ou seja, por meio do ato de promulgação. Some-se a essas distinções o fato de que o direito positivo não tem por objetivo classificar os comportamentos enquanto bons ou ruins, como acontecia em relação ao direito natural, mas apenas qualificar como jurídicas ou antijurídicas determinadas condutas. Por outras palavras, o valor dos comportamentos humanos em abstrato no âmbito do positivismo jurídico depende daquilo que é ordenado ou vetado por um dado ordenamento jurídico, e não de atributos valorativos inerentes a esses comportamentos<sup>66</sup>.

Tomando como norte as diferenças acima estabelecidas entre direito natural e direito positivo, as controvérsias entre o jusnaturalismo e o juspositivismo ficam muito mais tangíveis.

---

<sup>65</sup> Cf. ESPÍNOLA, Ruy Samuel. **Ob. Cit.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 57.

<sup>66</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito** (compiladas por Nello Morra, tradução e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues). São Paulo: Ícone, 1995, pp. 22-3.

Com efeito, o jusnaturalismo pode ser definido, de maneira um tanto grosseira e ampla, como a corrente jusfilosófica que associa o fenômeno jurídico a uma origem divina, metafísica ou racional<sup>67</sup>. Oriundo de todo um trabalho ideológico promovido pela burguesia ascendente sobretudo no Século XVIII, que culminou nas revoluções liberais daquele período histórico, baseia-se o jusnaturalismo moderno na crença de que existem valores e pretensões humanas que não decorrem expressamente dos textos escritos das leis, mas da razão humana.

De outro giro, o positivismo jurídico tem origem no Século XIX, no qual o conhecimento científico experimentou uma expansão até então sem precedentes. A partir de numerosas descobertas científicas, gerou-se um sentimento de rejeição às noções religiosas e metafísicas, as quais passaram a ser encaradas como arcaicas e pré-científicas. O desenvolvimento da ciência permitiu o surgimento do que se denomina positivismo enquanto gênero. Defendido sobretudo por Auguste Comte, o positivismo partia do pressuposto de que somente o conhecimento científico poderia ser valorizado, devendo-se afastar toda e qualquer alegação que retire o seu fundamento ou sua justificativa em fatores espirituais, sobrenaturais ou divinos.

Esse cenário possibilitou o surgimento do positivismo jurídico<sup>68</sup> e ajuda a explicar o motivo pelo qual essa corrente jusfilosófica afastava de forma tão veemente a existência de valores ou axiomas no Direito, assim como um papel informador ou nuclear dos princípios dentro do sistema jurídico. Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos ilustram de maneira acurada o contexto que ora se busca retratar:

---

<sup>67</sup> Sabe-se que o jusnaturalismo teve início desde a Era Clássica e passou por diferentes etapas históricas até atingir o ponto em que entrou em contendas com o positivismo jurídico. Durante a antiguidade greco-latina, por exemplo, vigia a ideia de que os direitos naturais corresponderiam ao modo de funcionamento e à dinâmica do Universo, concepção esta que ficou conhecida como Jusnaturalismo Cosmológico. Na Idade Média, com a consolidação do cristianismo como religião preponderante no continente europeu, verificou-se o surgimento de uma nova face do jusnaturalismo: a atinente ao Jusnaturalismo Teológico, responsável por diferenciar a justiça humana da divina, e associar a ideia do justo àquilo que provinha de Deus. Finalmente, sobrevivendo o Iluminismo, e como consequência da secularização das instituições, o jusnaturalismo ganhou uma nova faceta, calcada na razão. É com base nesta última versão do jusnaturalismo que traçamos as diferenças com o positivismo jurídico. Para uma interessante análise do tema relativo ao jusnaturalismo, ver SOARES, Ricardo Maurício Freire. Reflexões sobre o jusnaturalismo: O direito natural como direito justo. *In: Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, v. 7, pp. 41-58, 2008.

<sup>68</sup> Sustenta-se que o positivismo enquanto gênero permitiu o surgimento de diversas espécies diferentes, tais como o Positivismo na História e o Positivismo Jurídico. Diversos fatores podem ser apresentados para justificar a associação comumente realizada entre o Positivismo de Auguste Comte e as diversas variações que o termo recebeu: a identidade de nomenclaturas, a existência de vínculos históricos e a relação de extensão ou ampliação de sentido. (Cf. LACERDA, Gustavo. Biscaia de. Augusto Comte e o “Positivismo” Redescobertos. *In: Revista Sociologia Política*, Curitiba, v. 17, n. 34, pp. 319-343, out. 2009).

O positivismo filosófico foi fruto de uma crença exacerbada no poder do conhecimento científico. Sua importação para o Direito resultou no positivismo jurídico, na pretensão de criar-se uma *ciência* jurídica, com características análogas às ciências exatas ou naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos *de fato*, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos *de valor*, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve tratar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça.<sup>69</sup> (destaques presentes na obra original).

Observa-se, então, que o positivismo define o direito em função do elemento da coação<sup>70</sup>. Dessa maneira, tem-se que as normas jurídicas só podem ser assim adjetivadas a partir do momento em que elas se impõem por sobre uma coletividade de pessoas de forma independente da vontade de cada um dos seus membros, ou, para dizer o mesmo de forma mais singela, quando valem por meio da força.

Compreendidas, assim, ainda que de maneira superficial, as noções de jusnaturalismo e de juspositivismo, deve-se cuidar do tema de como as mencionadas correntes jusfilosóficas trataram os princípios jurídicos. Ruy Samuel Espíndola explica que, na fase jusnaturalista, os princípios jurídicos, tomados numa dimensão abstrata e metafísica, apresentavam uma “duvidosa propriedade praxeológica”<sup>71</sup>. Invocando o escólio de Floréz-Valdés, Espíndola assevera que os princípios assumem, no âmbito do jusnaturalismo, a forma de axiomas jurídicos ou postulados estabelecidos pela reta razão, mas não a de uma norma jurídica propriamente dita.

No que se refere à doutrina brasileira, a noção de princípio enquanto axioma parece ser defendida por Miguel Reale, para quem “a experiência jurídica pressupõe determinadas constantes valorativas ou axiológicas – sem as quais a história do Direito não teria sentido”<sup>72</sup>.

A partir do desenvolvimento do juspositivismo, no entanto, os princípios jurídicos passaram a ser compreendidos de maneira muito diversa. O positivismo oriundo do Século XIX e que se estendeu até meados do Século XX propugnava o reinado absoluto da lei. Não por outro motivo o positivismo deu causa ao surgimento de

---

<sup>69</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 232, 2003.

<sup>70</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. **Ob. Cit.** São Paulo: Ícone, 1995, pp. 131-2.

<sup>71</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Ob. Cit.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pp. 58-9.

<sup>72</sup> REALE, Miguel. **Ob. Cit.** São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 295.

variados códigos, numa vã tentativa de regular toda a infinidade de situações que poderiam figurar no mundo fenomênico ou factual. No entanto, mesmo os positivistas consideravam que as compilações de normas positivadas não poderiam atender integralmente a grande trama de variáveis empíricas que a vida em sociedade envolve. Assim, passaram a reservar aos princípios jurídicos a função de desempenhar o papel de fonte subsidiária de direito, aplicável todas as vezes em que houvesse uma lacuna ou vazio legislativo no sistema jurídico.

Espíndola defende, de maneira correta, que a assunção de um papel meramente subsidiário reservava aos princípios uma normatividade muito precária, pois estes só poderiam ser aplicados quando a lei não regulasse de maneira imediata um caso concreto. Essa situação, por sua vez, bastava para que se compreendessem os princípios enquanto postulados hierarquicamente inferiores às regras, isto é, os princípios não seriam válidos por si só ou pela proximidade que apresentassem em relação ao ideal de justiça, mas apenas e tão somente enquanto estivessem de acordo com o quanto preceituado pelas regras jurídicas.

Percebe-se, pois, que, no que se refere à normatividade dos princípios, tanto as alternativas jusnaturalistas quanto a juspositivistas não parecem fornecer a resposta adequada, uma vez que a primeira concebe os princípios enquanto valores ou axiomas quase que transcendentais, ao passo que a última os subordina ao direito posto (leia-se, às regras jurídicas) e lhes reserva um papel insignificante de meros agentes integradores do ordenamento jurídico. De que forma, então, os princípios passaram a ser compreendidos como normas jurídicas atualmente? A normatividade dos princípios é justificada, sobretudo, pela construção da corrente pós-positivista que assentou seu lugar no constitucionalismo contemporâneo.

Do ponto de vista histórico, comporta ressaltar que a escalada do positivismo havia dado ensejo à elaboração de ordenamentos jurídicos completamente dissociados de elementos valorativos e da importância que a dignidade humana assume para o Direito. A baixa importância conferida aos princípios jurídicos e à ideia de dignidade humana representa um dos fatores que explicam a eclosão dos genocídios étnicos que ocorreram durante a Segunda Guerra Mundial (1939-1945).

As atrocidades que se cometeram durante o período em referência revelaram à consciência humana que o direito não poderia representar apenas e tão somente um compilado valorativamente neutro de comandos prescritivos, mas, antes, deveria estar em consonância com os valores essenciais de uma ordem pautada pela dignidade

humana. Todo esse contexto deu azo a uma tentativa de resgate dos princípios do estado de inércia a que haviam sido submetidos pelo positivismo.

Novamente recorrendo às lições de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, pode-se dizer que

a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem de qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.<sup>73</sup>

Nas últimas décadas do Século XX, o pós-positivismo chegou ao seu ápice, alcançando os princípios à condição de postulados axiológico-normativos previstos nos textos constitucionais dos diferentes Estados. Com a positivação dos princípios nas constituições, não parece haver dúvida de que eles apresentam normatividade, tal como acontecia inequivocamente com as regras jurídicas. Mais do que isso: os princípios representam os padrões dos quais se serve o intérprete ou o jurista para verificar a compatibilidade da ordem jurídica com seus fundamentos axiológico-normativos.

Dentro desse ideário ainda nebuloso do pós-positivismo, constata-se uma clara associação entre valores, axiomas, princípios e regras jurídicas, dentro de um ambiente geral de reaproximação do Direito com a Ética. Analisar o conjunto de normas constitucionais no contexto do constitucionalismo contemporâneo pressupõe, portanto, o conhecimento de categorias ou padrões jurídicos que um positivista do Século XIX ou de meados do Século XX desconhece por completo, ou confere pouca importância (como é o caso dos princípios). Daí porque Barroso sustenta e encarece a necessidade de adotarmos o que classifica de “nova hermenêutica constitucional” ou “nova interpretação constitucional”, com todas as suas técnicas e peculiaridades (não mais limitadas ao método clássico de subsunção, consistente na aplicação quase que automática da regra ao fato, mas abertas ao conteúdo principiológico das normas constitucionais e a diferentes possibilidades interpretativas que dessa característica decorrem).

---

<sup>73</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: **Ob. Cit.** Rio de Janeiro, v. 232, 2003.

A passagem do positivismo para o pós-positivismo teve o condão de promover uma profunda transformação na forma como se encarava os princípios. Walter Claudius Rothenburg afirma que antes (durante o positivismo) os princípios eram tidos como meros preceitos de ordem política ou moral a que recorriam os juízes e magistrados na insuficiência das regras postas, mas não como autênticos comandos de Direito, o que justificava, inclusive, a separação conceitual de princípio e norma<sup>74</sup>. Atualmente, porém, o mesmo não se pode sustentar, na medida em que os princípios passaram a ocupar lugar proeminente nas constituições hodiernas e compreendem importantes vetores de aplicação do direito, exercendo múltiplas funções dentro de uma determinada ordem jurídica.

Assim, é possível resumir as significativas alterações promovidas pelo pós-positivismo a, essencialmente, dois fatores (i) o caráter dos princípios é outro (são normas agora), assim como (ii) o lugar de sua normatividade também é outro, justificando que os antigos princípios gerais de direito sejam hoje referidos por princípios constitucionais. Paulo Bonavides, após longa análise do processo de evolução da compreensão dos princípios no Direito, assim disserta a respeito do que se acaba de afirmar:

O ponto central da grande transformação por que passaram os princípios reside, em rigor, no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que esta, inconcussamente proclamada e reconhecida pela doutrina mais moderna, salta dos Códigos, onde os princípios eram fontes de mero teor supletório, para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais.<sup>75</sup>

É evidente que o salto teórico a que se alude no presente tópico, que permitiu que se declarasse a normatividade dos princípios, é resultado do esforço de diversos juristas, como Vezio Crisafulli<sup>76</sup>, Joseph Esser, Wilhelm-Cannaris, Genaro Carrió, Jerzy

---

<sup>74</sup> Cf. ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 13.

<sup>75</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, pp. 299-300.

<sup>76</sup> Bonavides é enfático ao afirmar que Crisafulli foi o primeiro jurista a abordar a normatividade dos princípios a partir de conceituações claras e diretas. Em 1952, o italiano definiu princípio como norma jurídica “determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente o conteúdo”. Antes de Crisafulli, dentro do contexto positivista, pode-se colher uma ou outra manifestação no sentido de que os princípios não estariam sujeitos às regras, mas seriam, isso sim, autônomos (v.g. a assertiva de F. de Clemente, produzida por volta de 1916, segundo a qual os princípios teriam “vida própria e valor substancial pelo mero fato de serem princípios”). Entretanto, não obstante existam manifestações prévias ao escólio de Crisafulli, Bonavides defende que foi este jurista o primeiro a defender mais incisivamente ou categoricamente a

Wróblewski, Ronald Dworkin e Jean Boulanger (considerado por Bonavides o mais insigne precursor da normatividade dos princípios<sup>77</sup>). Seria inviável cogitar como os juristas em destaque, cada um a seu modo, trataram dos princípios, pois a incursão nesta seara sem dúvida representaria uma fuga aos propósitos deste capítulo<sup>78</sup>. Contudo, fica o registro da importância que tiveram no marco do pós-positivismo.

Visto, portanto, que o estágio pós-positivista do constitucionalismo contemporâneo insere os princípios nas constituições atuais e lhes reserva um papel central, de verdadeiro protagonismo, junto ao ordenamento jurídico, podem-se mencionar, como conclusões inevitáveis, duas constatações: (i) os princípios, hoje, não se limitam a exercer uma função supletiva ou integradora, mas, antes, desempenham diferentes funções no âmbito do sistema jurídico; e (ii) a diferenciação entre princípios e regras necessita ser melhor trabalhada, por constituir pressuposto essencial para o bom enfrentamento da complexa trama de problemas e situações geradas no contexto do pós-positivismo.

Assim é que os próximos dois tópicos do presente capítulo tratarão precisamente desses temas, cada um a seu turno.

### 2.3 FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Os princípios, como visto linhas acima, passaram de fontes supletivas do direito para a condição de fontes primárias da normatividade, sobretudo no que diz com o Direito Constitucional. Com isso pretende-se dizer que, se anteriormente, durante o período de tempo em que o positivismo esteve em voga, aos princípios era atribuído um papel exclusivo de preencher eventuais vazios legislativos (daí surgindo a hoje superada distinção que se promovia entre os princípios como orientações políticas, sociais ou morais e as normas jurídicas), atualmente não se pode sustentar o mesmo. O pós-positivismo alçou os princípios aos textos constitucionais e permitiu que estes passassem a desempenhar funções relevantes no sistema jurídico.

Estabelecer as funções em espécie que os princípios desempenham no Direito é tarefa primordial para que se compreenda o papel nuclear que eles exercem no sistema

---

normatividade dos princípios, bem como a produzir um conceito com base nessa constatação (Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, pp. 265-6).

<sup>77</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo. **Ob. Cit.** São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 275-277.

<sup>78</sup> A única doutrina a ser melhor trabalhada nos próximos tópicos é a de Dworkin, e, ainda assim, dentro de um aspecto particular (a diferença entre princípios e regras jurídicas). Cf. 2.4.1, *infra*.

jurídico. A doutrina se debruça sobre o tema ora em análise e identifica uma série de funções diferentes levadas a cabo pelos princípios, mas não se pode dizer que haja uma uniformidade quanto ao tratamento conferido ao tema. Alguns juristas, por exemplo, apresentam um elenco maior de funções dos princípios numa comparação com outros juristas<sup>79</sup>. Por outro lado, a terminologia empregada para designar uma mesma função específica também pode sofrer variações a depender do teórico analisado.

O rol de funções abaixo exposto não tem a pretensão de exaurir todos os papéis a que se prestam os princípios dentro do Direito. O objetivo deste tópico, em realidade, é o de demonstrar, a partir de algumas colocações, como os princípios atualmente exercem atribuições muito mais relevantes para o sistema jurídico do que outrora (por ocasião do positivismo). Além disso, o elenco das funções sobre as quais se discorrerá na sequência facilitará a compreensão, em momento posterior da presente dissertação, de como o benefício assistencial do artigo 203, V, do Texto Maior de 1988 revela-se atualmente como um princípio constitucional<sup>80</sup>.

### 2.3.1 FUNÇÃO DEFINITÓRIA

Uma das marcas ou traços mais comumente verificados nos princípios jurídicos é a abstração em níveis mais consideráveis que apresentam numa comparação com a concretude própria das regras jurídicas. Melhor explicando, pode-se dizer que os princípios de maneira geral não regulam diretamente os comportamentos sobre os quais exercem uma influência, é dizer, não estabelecem de antemão todas as circunstâncias de sua incidência. São normas, portanto, caracterizadas por uma restrita densidade semântica, o que não se verifica no mais das vezes em relação às regras jurídicas propriamente ditas.

Walter Claudius Rothenburg ressalta acertadamente que a baixa densidade semântico-normativa a que se fez alusão não significa, de modo algum, indeterminação dos princípios, pois é possível extrair como eles influem e determinam os comportamentos humanos num caso concreto por meio de técnicas interpretativas e até

---

<sup>79</sup> Paulo Bonavides, por exemplo, elenca uma tríade de funções primordiais promovidas pelos princípios jurídicos, a saber, as funções fundamentadora, interpretativa e a integrativa. Bobbio, por sua vez, elenca quatro funções fundamentais exercitadas pelos princípios: as funções interpretativa, integrativa, diretiva e limitativa. A diferença de entendimento entre os dois juristas quanto ao número de funções atribuídas aos princípios compreende um singelo e isolado exemplo do que se afirmou acima (Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, pp. 293-4).

<sup>80</sup> Cf. 5.3.1, *infra*.

mesmo de normas de menor estalão ou hierarquia que lhes integram os comandos<sup>81</sup>. Aliás, é precisamente nessa característica de abertura que os princípios podem ascender e regular um número muito mais amplo de casos.

Conquanto os princípios de forma geral se ressintam de uma concretude maior, pode-se afirmar que alguns princípios apresentam menor densidade normativa do que outros princípios. O sistema jurídico é composto, então, de princípios de maior concretude e outros de menor concretude normativa, valendo destacar que neste campo, as diferenças que se operam são de intensidade ou de grau. J.J. Gomes Canotilho, ao cuidar do direito constitucional como um sistema interno de regras e princípios, retrata com a acuidade que lhe é peculiar a existência de princípios com diferentes graus de densidade normativa:

Existem, em primeiro lugar, certos princípios designados por **princípios estruturantes**, constitutivos e indicativos das ideias directivas básicas de toda a ordem constitucional. São, por assim dizer, as traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico do político. [...] Estes princípios ganham concretização através de outros princípios (ou subprincípios) que “densificam” os princípios estruturantes, iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno (a uma “união perfeita” alude Larenz). [...] Estes **princípios gerais fundamentais** podem, por sua vez, densificar-se ou concretizar-se ainda mais através de princípios constitucionais especiais. [...] Os princípios estruturantes não são apenas densificados por princípios constitucionais gerais ou especiais. A sua concretização é feita também por várias *regras constitucionais*, qualquer que seja a sua natureza. [...] Todos estes princípios e regras poderão ainda obter maior grau de concretização e densidade através da *concretização legislativa e jurisprudencial*.<sup>82</sup> (grifos presentes na obra original do autor).

Canotilho evidencia a existência de um sistema jurídico formado por princípios de diferentes graus de densidade semântico-normativa, e que estes princípios vão ganhando sentido por meio da interpretação que se faz de outros princípios, de regras jurídicas e até de atos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

Não cabe ingressar na seara relativa à definição de todos os meios pelos quais um princípio pode ser especificado até o ponto em que será aplicado a um caso concreto, ou seja, conceituar o que sejam princípios constitucionais gerais e especiais,

---

<sup>81</sup> Cf. ROTHENBURG, Walter Claudius. **Ob. Cit.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, pp. 17-8.

<sup>82</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1173-1175.

regras jurídicas e concretização legislativa ou jurisprudencial, pois se imiscuir nessa tarefa seria o mesmo que fugir aos propósitos do presente tópico.

Em verdade, cumpre destacar apenas um dos variados aspectos que se pode extrair do trecho selecionado da obra de Canotilho: o de que princípios mais densos são utilizados para definir princípios de menor concretude. Dizendo o mesmo por outra via, um princípio de maior densidade semântico-normativa não somente pode como mesmo deve ser empregado na definição de outro princípio cujo conteúdo é mais aberto, delimitando o seu sentido e alcance.

Um exemplo da função definitória dos princípios é dado pelo próprio Canotilho, ao asseverar, na obra citada, que o princípio do “Estado de Direito” pode ser “densificado” por intermédio de outros subprincípios: o princípio da constitucionalidade, o princípio da legalidade da administração, o princípio da vinculação do legislador aos direitos fundamentais, o princípio da independência dos tribunais, dentre outros. Outro exemplo da função definitória de que poderíamos cogitar é o que se refere à dignidade da pessoa humana, a qual, como teremos oportunidade de ver em capítulo posterior da presente dissertação, é definida por intermédio da consagração dos demais princípios de direitos fundamentais, em especial aqueles de cunho social, que visam resguardar o mínimo existencial do indivíduo.

### **2.3.2 FUNÇÃO INTERPRETATIVA**

No tópico 2.2 do presente capítulo, ao se cuidar de como os princípios assumiram diferentes papéis dentro do Direito a depender do período histórico analisado, bem como da corrente de pensamento jurídico adotada, foi dito que o pós-positivismo permitiu o surgimento de uma nova forma de se interpretar o texto constitucional. Com efeito, ao intérprete não é dado considerar, no atual estágio do constitucionalismo contemporâneo, os princípios apenas e tão somente enquanto uma fonte supletiva de direito, pois estes se encontram plasmados na constituição e devem orientar o jurista na interpretação e aplicação do direito.

Do contexto referente ao pós-positivismo que se traçou linhas acima, sobressai de forma inegável uma nova função cometida aos princípios: a de servir à interpretação que o jurista realiza da constituição de um Estado e, de resto, de todo o ordenamento jurídico. Isso se explica porque os princípios mantêm um vínculo estreito com a

concepção de sistema jurídico. Em geral são concebidos como diretrizes básicas do ordenamento jurídico, facilitando sua compreensão como um todo único e coerente.

Um dos grandes divulgadores, entre nós brasileiros, da relevância que o princípio assume na concepção sistêmica de direito foi Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem princípio

[...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.<sup>83</sup>

Percebe-se, pois, que somente por meio da interpretação dos princípios é que o jurista pode compreender a racionalidade própria do sistema jurídico, pois estes passaram a consubstanciar os mais importantes padrões de aplicação do direito.

### **2.3.3 FUNÇÃO FUNDAMENTADORA**

Não há dúvidas de que os princípios não só podem, mas como mesmo devem ser utilizados pelos juízes para fundamentar as decisões que tomam no âmbito dos litígios e casos judiciais que se lhes apresentam. Na medida em que passaram a consubstanciar os mais importantes vetores de aplicação do direito, negligenciar o uso dos princípios é o mesmo que deixar de aplicar à espécie o principal fundamento que deveria ser esposado na motivação da decisão judicial.

Sabe-se que o direito envolve, muitas vezes, uma incerteza muito grande na sua aplicação. Dois juristas que se debruçam sobre os mesmos fatos e sobre as mesmas leis a regê-los podem, naturalmente, chegar a posições diferentes, e não raro as duas conclusões podem ser fundamentadas com argumentos sólidos o suficiente para convencer os seus interlocutores. No âmbito dos princípios, a problemática que ora se destaca ganha em dramaticidade. Isso porque os princípios apresentam uma abstração muito maior do que aquela verificada nas regras e, bem assim, não podem ser aplicados seguindo a lógica mais simples da subsunção do fato à norma, a qual, no mais das vezes, confere muito maior segurança ao intérprete e ao indivíduo envolvido.

---

<sup>83</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 939.

Em verdade, para operar com os princípios jurídicos e a abstração comumente verificada em seu bojo, o jurista deve trabalhar com uma metodologia distinta que o permita fundamentar adequadamente as suas decisões ou conclusões, preenchendo os espaços abertos que os princípios conferem à interpretação. Tal metodologia deve se atentar para o fato de que os princípios em geral entram em rota de colisão entre si, e não raro ao intérprete será dado optar por apenas um deles em detrimento do outro<sup>84</sup>. Assim é que se faz necessária uma metodologia que, em breves linhas, propugne por uma maior fundamentação jurídica, que conte com um conjunto maior de razões e contrarrazões e permita, em última análise, verificar o motivo pelo qual um princípio, sob determinadas condições, prevalece sobre outro princípio colidente.

Daí porque se fala, nos dias de hoje, em uma *teoria da argumentação jurídica*. Uma tal teoria tem por objeto averiguar, dentro das múltiplas possibilidades interpretativas que o direito envolve, a resposta correta, ou ao menos aquela que melhor possa ser fundamentada do ponto de vista racional<sup>85</sup>. E, com o fito de chegar a melhor decisão judicial possível, a teoria da argumentação irá propor uma série de parâmetros pelos quais pode-se avaliar a correção ou a fundamentação de um determinado juízo.

Toda decisão judicial que se pretenda correta ou bem fundamentada deve recorrer, a título de exemplo, a elementos normativos, mesmo que estes estejam previstos apenas de forma implícita no texto da lei. Deixar de fazer qualquer menção à normativa aplicável é temerário, pois possibilita a substituição do direito previsto, produzido em bases democráticas, por um suposto senso de justiça ou de equidade pessoal do magistrado.

---

<sup>84</sup> O tópico 2.4, *infra*, trabalhará com mais detalhes a forma pela qual se processam os conflitos entre princípios.

<sup>85</sup> Neste ponto, é imperioso realizar uma necessária observação. A pergunta que indaga se existe, para todo caso jurídico, uma única resposta correta, representa uma das principais discussões ou problemáticas da contemporânea filosofia do direito. Ronald Dworkin defende a tese de que haveria uma resposta correta para todo caso jurídico. Robert Alexy, no entanto, não partilha do mesmo entendimento. O alemão é categórico ao afirmar que um sistema jurídico não pode apresentar de antemão todas as relações de prioridade que se estabelecem entre os seus princípios, pois a averiguação de qual será o prevalente e qual será o preterido depende, fundamentalmente, das circunstâncias do caso concreto, que não podem ser conhecidas antes que ele se verifique no plano factual. Por conseguinte, a teoria da argumentação jurídica não pode se predispor a encontrar a resposta correta de maneira fixa. Deve, isso sim, focar-se em delimitar fundamentações em bases racionais que deem suporte para este ou aquele juízo, posição ou decisão. Para maiores detalhes sobre as discordâncias que Alexy apresenta em relação às teorias dworkianas neste particular, ver ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. In: **Seminario “IV Jornada Internacionales de Lógica e Informática”**, San Sebastián, set. 1988.

A fundamentação adequada do ponto de vista racional envolve, ainda, o uso dos precedentes jurisdicionais e da dogmática<sup>86</sup>. Mas cumpre destacar, sobretudo, o papel que os princípios exercem no dever jurisdicional de justificar as decisões tomadas. A argumentação jurídica, especialmente quando inserta em questões de cunho constitucional, necessita, para ser classificada de correta ou bem fundamentada em bases racionais, do recurso a duas espécies distintas de princípios: os princípios instrumentais de hermenêutica constitucional, já referidos acima, bem como dos princípios materiais contidos no texto constitucional, carregados dos valores e fins almejados pela ordem jurídica.

Aqui, pois, exsurge de forma inequívoca a função fundamentadora dos princípios e seu estreito vínculo com a teoria da argumentação jurídica: uma fundamentação adequada pressupõe a utilização dos princípios incidentes à espécie e o equacionamento das colisões que eles possivelmente podem apresentar uns em relação aos outros.

#### 2.3.4 FUNÇÃO BLOQUEADORA/LIMITATIVA

Leciona J.J. Gomes Canotilho que os princípios atuam em duas dimensões distintas no âmbito de um sistema jurídico: a *positiva* e a *negativa*. Diz-se que atuam numa dimensão positiva porque os princípios informam materialmente os atos dos poderes públicos. Para ficarmos com um exemplo fornecido pelo próprio constitucionalista português, o princípio da publicidade dos atos jurídicos impõe que, uma vez reconhecida eficácia a um determinado ato, seja ele levado ao conhecimento dos indivíduos afetados<sup>87</sup>.

Não é essa a dimensão que, contudo, afigura-se como objeto deste subtópico. Comporta ressaltar, em realidade, a dimensão negativa dos princípios, que nada mais é do que a aptidão que eles apresentam para afastar, barrar, obstar ou impedir a elaboração de leis ou outros elementos de direito que sejam incompatíveis ou estejam em desacordo com o estado de coisas considerado ideal. Novamente é Canotilho quem nos fornece os exemplos para ilustrar a situação colocada: o princípio do Estado de Direito afasta o Estado de Não Direito; o princípio do Estado Democrático afasta a

---

<sup>86</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 554-560.

<sup>87</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Ob. Cit.** Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.165.

ditadura; e assim por diante<sup>88</sup>. Luís Roberto Barroso, de seu turno, refere-se à função negativa como eficácia negativa dos princípios. Sustenta que por ela, há efetiva autorização para que “sejam declaradas inválidas todas as normas ou atos que contravenham os efeitos pretendidos pela norma”<sup>89</sup>.

Como teremos oportunidade de ver adiante <sup>90</sup>, o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/1993 (responsável por conferir aplicabilidade ao artigo 203, V, do Texto Maior) é justificado pela omissão parcial em relação ao dever constitucional de garantir um mínimo de dignidade às pessoas com deficiência. Nesta situação, ficou patente que o estreito critério legal para concessão do benefício assistencial à pessoa com deficiência esbarraria no princípio contido no artigo 203, V, da Constituição. Por isso, o princípio serviu de fundamento para se *bloquear* (por intermédio do reconhecimento de sua inconstitucionalidade) o comando legal que não se adequava a finalidade constitucional de reduzir a pobreza e marginalização social de pessoas com deficiência.

### 2.3.5 FUNÇÃO SUPLETIVA/INTEGRATIVA

Como se viu, durante o período em que esteve em voga o positivismo jurídico, os princípios desempenharam apenas e tão somente a função de preencher as lacunas que a lei apresentava na regulação dos casos mais difíceis ou complexos. Sobrevindo o atual estágio do constitucionalismo contemporâneo, marcado pela concepção pós-positivista do direito, os princípios passaram a ser consagrados pelos textos constitucionais e a exercer um número muito mais elevado de funções. É dizer, foram deslocados de mera fonte supletória do direito para a condição de vetores essenciais na sua interpretação e aplicação.

Diante da noticiada mudança na compreensão jurídica dos princípios, poder-se-ia pensar que hoje eles não mais exercem a função de fonte supletiva do direito. No entanto, não se vislumbra nenhuma razão ou motivo prestante que justifique a subtração de uma das funções realizadas pelos princípios. Assim é que, de par com todas as novas funções que os princípios exercitam nos quadrantes do pós-positivismo, eles

---

<sup>88</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Ob. Cit.** Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.165.

<sup>89</sup>BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In: Ob. Cit.*, Rio de Janeiro, v. 232, 2003.

<sup>90</sup>Cf. 5.3.1, *infra*.

permanecem integrando o ordenamento jurídico na inexistência de regras que normatizem uma situação em concreto.

No Brasil, a função supletiva dos princípios é expressa pela Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942), a qual, em seu artigo 4º, *caput*, preceitua que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”<sup>91</sup>.

A primeira questão que se coloca ao se apreciar o enunciado retrotranscrito é a de se saber o preciso significado da expressão “princípios gerais de direito”. Eros Grau, com base nas posições de Antoine Jeammaud e Jerzy Wróblewski, cuida de distinguir os “princípios gerais de direito” dos “princípios positivos de direito”<sup>92</sup>. Nesse sentido, os princípios gerais de direito representariam proposições descritivas que expressam as tendências do direito positivo em geral, não estando vinculadas a um sistema específico de normas. Tais proposições sujeitam-se a valorações que se baseiem na dicotomia falso/verdadeiro.

Os princípios positivos de direito, por outro lado, compreendem os postulados básicos de um sistema jurídico determinado, que não podem se sujeitar a juízos de valor como o referido acima, mas tão somente a análises que tomem em conta sua validade ou invalidade, sua vigência ou derrogação e/ou sua eficácia ou inaptidão para produzir efeitos.

Quando os princípios gerais de direito são utilizados pelos tribunais para fundamentar suas decisões, diz-se que passam da condição de princípios descritivos para princípios efetivamente positivados. Vale dizer, os princípios gerais de direito admitem conversão para princípios positivos de direito.

Pois bem. Uma análise precipitada do artigo 4º da Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro poderia levar o intérprete à conclusão de que apenas os princípios gerais de direito como espécie, isto é, somente aquelas proposições que não estão veiculadas a um ordenamento jurídico específico, mas que visam, em essência,

---

<sup>91</sup> Semelhante disposição era encontrada no artigo 126 do Código de Processo Civil de 1973, que assim dispunha: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”. Com a revogação da Lei Processual de 1973, talvez como corolário da importância que os princípios assumiram junto ao ordenamento como um todo, o preceptivo correspondente (art. 140) omitiu-se em expressar a função supletiva dos princípios gerais de direito. Confira-se o seu teor: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.

<sup>92</sup> GRAU, Eros Roberto. *Apud* ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Ob. Cit.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 52.

descrever o fenômeno jurídico como um todo, é que poderiam servir de substrato ou fonte supletiva de vazios legislativos. Essa conclusão, porém, não seria a mais acertada, como bem adverte Ruy Samuel Espíndola<sup>93</sup>, pois a melhor exegese do dispositivo em referência é a que considera como fonte supletiva do direito tanto os princípios gerais de direito como os princípios positivos de direito.

A corroborar essa assertiva, duas razões podem ser invocadas. Em primeiro lugar, não faria sentido algum afirmar que apenas os princípios gerais de direito como espécie se prestam a finalidade de integrar o ordenamento jurídico, na medida em que atualmente, na fase pós-positivista, os princípios constitucionais (portanto, os princípios positivados; com expressa previsão textual) devem servir de vetores de aplicação do direito a todo momento, ou seja, nos casos em que há efetivo regramento pelo direito e nos casos em que se opera os vazios legislativos. E, em segundo lugar, porque o artigo 4º se refere implicitamente aos princípios positivos de direito ao recorrer a expressão “lei” (a norma posta engloba os princípios positivados)<sup>94-95</sup>.

Dessa maneira, estando assente que tanto os princípios gerais de direito (enunciados descritivos do fenômeno jurídico como um todo, não vinculados a um dado sistema de normas) quanto os princípios positivados de direito (postulados que tem expressa previsão textual nas leis escritas) se prestam a exercer a função supletiva, cabe referir, mesmo que rapidamente, uma outra discussão doutrinária que envolve o tema suscitado: o artigo 4º da Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro, ao prever que, à falta da lei, o juiz deve recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, estabeleceu uma ordem rígida de forma propositiva ou consentiu com o uso optativo pelo magistrado de qualquer um desses elementos? Expressando o mesmo por outras palavras, seria admissível que o juiz, na inexistência de lei, optasse por se utilizar de algum princípio geral de direito diretamente ou deveria ele respeitar a ordem do art. 4º da LINDB, averiguando, pois, num primeiro momento, se algum outro dispositivo deve ser aplicado por analogia?

Maria Helena Diniz parece advogar pela corrente que sustenta a existência implícita de uma ordem rígida a ser observada pelo juiz na colmatação de vazios legais, pois sustenta que “quando a analogia e o costume falham no preenchimento da lacuna, o

---

<sup>93</sup> Cf. ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Ob. Cit.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 54.

<sup>94</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Ob. Cit.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 54.

<sup>95</sup> Em sentido contrário, defendendo que a expressão “princípios gerais de direito” seja lida como princípios positivos de direito, posiciona-se Fábio Perin Shecaira. (Cf. SHECAIRA, Fábio Perin. “Quando a lei for omissa...” Sobre a controvertida noção de princípio geral de direito. *In: Direito, Estado e Sociedade* (Impresso), v. 41, p. 85, 2012).

magistrado supre a deficiência da ordem jurídica adotando os princípios gerais de direito”<sup>96</sup>. Contudo, em se considerando a importância de que se revestem os princípios atualmente, não apenas no campo das fontes de integração do direito, mas no âmbito do sistema jurídico como um todo (resultado do contexto pós-positivista do constitucionalismo contemporâneo), aceitar essa posição é, com a devida vênia, impensável e insustentável. Os princípios não podem ser limitados a exercer um papel meramente integrador do direito (e dentro dessa função, representar o último recurso a ser utilizado numa ordem que inclui a analogia e os costumes como elementos de preferência), posto que hoje sua aplicação é generalizada, isto é, servem eles de fundamento para a aplicação do direito em geral.

## **2.4 A DIFERENÇA ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS**

A diferenciação que se faz entre princípios e regras tem se tornado um dos temas mais mencionados em trabalhos jurídicos que cuidam do Direito Público de uma maneira geral, a ponto de Humberto Ávila afirmar, de forma categórica, que a distinção em referência “virou moda”<sup>97</sup>. Atualmente, quase todo trabalho teórico que milite na área do Direito Constitucional, especialmente no que tange aos direitos fundamentais, faz uso dos conceitos de princípio e de regra para desenvolver as ideias que destas concepções advém.

A doutrina se debruça sobre os critérios que permitem distinguir os princípios das regras já há algum tempo. Nesse período em que se analisou as diferenças entre uma e outra categoria de normas jurídicas, foram esboçados alguns critérios que se predisporiam a auxiliar o interprete na identificação do que viria a ser um princípio e do que viria a ser uma regra.

Num primeiro momento, juristas do calibre de Del Vecchio e de Norberto Bobbio sustentaram que a marca distintiva dos princípios em relação às regras jurídicas estaria no traço da generalidade. Melhor explicando, os princípios seriam frutos de intensos processos de generalização operada pela ciência do direito, ao passo que as regras teriam uma concretude muito maior. Essa condição específica dos princípios teria consequências na sua aplicação ao caso concreto: na medida em que os princípios são

---

<sup>96</sup> DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 458.

<sup>97</sup> Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 18.

mais vagos e indeterminados do que as regras, eles careceriam de uma mediação intermediadora, seja aquela procedida pela legislação, seja aquela levada a cabo pelo próprio magistrado. As regras, por outra perspectiva, admitiriam aplicação direta, tendo em vista que os enunciados que as contém já preencheriam de antemão todas as condições de sua implementação.

Em que pese o brilhantismo de seus principais defensores, a tese da generalidade como critério de distinção entre princípios e regras não se mostrou suficiente na explicação das reais diferenças entre uma categoria normativa e outra. Marcelo Campos Galuppo, invocando a objeção de Esser ao critério aqui colocado, explica que a generalidade, muito embora constitua um traço comumente verificado no âmbito dos princípios jurídicos, não consubstancia uma característica obrigatória deles, uma vez que os princípios não se formam por um processo de generalização crescente<sup>98</sup>. Assim, a generalidade poderia ser tomada no máximo como uma consequência dos princípios, mas não como causa ou origem deles.

A insuficiência dos critérios distintivos relativos à *generalidade* e à *determinabilidade na aplicação ao caso concreto* levou a doutrina a conceber outras formas de diferenciar os princípios das regras. Canotilho arrola alguns desses ulteriores critérios de distinção<sup>99</sup>. Pode-se citar, a guisa de exemplo, os critérios da *fundamentalidade*, segundo o qual os princípios são normas de natureza estrutural, a cumprir tarefas de ordem fundamental para o sistema jurídico, ao passo que as regras compreenderiam normas de menor importância dentro da ordem jurídica (esse critério parece ser ainda adotado por grande parte da doutrina nacional<sup>100</sup>); da *proximidade da ideia de direito*, o qual considera os princípios como postulados diretamente vinculados à noção de justiça, e as regras como meras decorrências da funcionalidade do sistema; ou da *natureza normogénica*, que parte da premissa de que os princípios fundamentam e dão base às regras, estando, pois, na sua origem.

A existência de todos estes critérios aponta para um inegável dissenso em relação às diferenças que se podem estabelecer entre princípios e regras jurídicas. E como se afirmou alhures, não se pode fazer ciência adequadamente enquanto não se trabalhar com conceitos, definições, classificações e diferenciações colocadas de forma

---

<sup>98</sup> Cf. GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o seu modo de aplicação. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 143, jul./set. 1999.

<sup>99</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Ob. Cit.** Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.160-1.

<sup>100</sup> Veja-se, por exemplo, o escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello transcrito em trecho anterior deste trabalho, cuja referência bibliográfica encontra-se na nota de rodapé n. 83.

bem clara e assente. O sempre lembrado Canotilho é quem tenta perscrutar a origem do problema aqui levantado. Após analisar os diferentes critérios de distinção entre princípios e regras e constatar a complexidade gerada pela coexistência de várias opções encontradas na doutrina, o constitucionalista português pontua, com autoridade, que enquanto não se esclarecer duas questões fundamentais, não haverá o necessário consenso em relação à temática em apreço.

Que questões seriam estas? Em primeiro lugar, é imperioso que se esclareça se os princípios exercem meramente uma função retórico-argumentativa ou se de fato representam normas de conduta (as regras, sem dúvida alguma, assumem a forma de modais deônticos; a indefinição ocorre em relação aos princípios). A segunda questão, de seu turno, é a de se saber se entre princípios e regras há um denominador comum, de forma que seria aconselhável cogitar-se apenas de diferenças de intensidade ou de grau, ou se, ao revés, os princípios e regras distinguem-se do ponto de vista qualitativo ou estrutural, de modo que princípios compreenderiam uma coisa, enquanto que as regras, outra<sup>101</sup>.

Os critérios de que se deu notícia até aqui partem do pressuposto de que a diferença entre princípios e regras é meramente de grau ou de intensidade. Grosso modo, eles consideram o traço mais abstrato e fundamental dos princípios e os contrapõem à natureza mais concreta e menos fundamental das regras. Todavia, é importante ressaltar que a doutrina mais contemporânea do Direito Constitucional tem partido de outra constatação para cuidar das diferenças que se verificam entre princípios e regras: a de que as distinções são qualitativas ou estruturalistas. Ressalte-se, inclusive, que mesmo Canotilho, que havia apresentado os critérios acima enunciados, baseados na abstração e na fundamentalidade dos princípios, manifesta sua concordância em relação à diferenciação dita estrutural entre as categorias normativas.

No campo da distinção estrutural que se pode promover entre princípios e regras, as obras de dois autores ganharam, por seus próprios méritos, uma inegável notoriedade. Faz-se referência, aqui, aos trabalhos de Ronald Dworkin e de Robert Alexy.

Este tópico valer-se-á, em grande parte, das obras destes dois grandes juristas, como não poderia deixar de ser. Partiremos, num primeiro momento, de como o papel dos princípios foi ressaltado por Dworkin num contexto em que o positivismo estava completamente sedimentado, sobretudo por influência de seu antecessor em Oxford

---

<sup>101</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Ob. Cit.** Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.161.

(H.L.A. Hart). Na sequência, trataremos de como Robert Alexy desenvolve a teoria de Dworkin e analisa a questão dos princípios de um ponto de vista dogmático, a ponto de criar uma verdadeira teoria dos direitos fundamentais.

Entretanto, muito embora as obras de Dworkin e de Alexy se revistam de uma monumentalidade sem precedentes no estudo dos princípios jurídicos e dos direitos fundamentais, não nos parece suficiente encerrar a análise das diferenças existentes entre os princípios e as regras jurídicas com a explicação de suas teorias. Após a publicação de seus trabalhos, diversas foram as críticas que se apresentaram às considerações de Dworkin e de Alexy. Ignorar as objeções movimentadas contra as teorias desses dois juristas seria o mesmo que tomar a distinção entre princípios e regras jurídicas como evidente e autoexplicativa; em última análise, seria o mesmo que não estimular ulteriores discussões e o desenvolvimento de um senso crítico a respeito do tema, o que certamente não parece uma boa opção, ainda mais no âmbito acadêmico.

É por essa razão que a presente monografia, para além de empreender a uma tentativa de explicar as teorias desenvolvidas por Dworkin e Alexy (no que se refere, particularmente, às diferenciações entre princípios e regras), destacará também algumas das críticas que se fizeram às obras desses dois autores. Acreditamos que, por intermédio desse expediente, o assunto em apreço poderá ser melhor apreendido e investigado.

#### **2.4.1 A POSIÇÃO DE RONALD DWORKIN**

Em *Taking Rights Seriously*<sup>102</sup>, Ronald Dworkin desenvolve sua teoria do direito, calcada, como acima se mencionou, numa ofensiva geral ao positivismo abraçado por um número considerável de juristas. Na tradição anglo-saxã, é extremamente comum que, no âmbito de textos acadêmicos, eleja-se a obra de um determinado teórico como paradigma e, a partir dela, promovam-se críticas ou trabalhe-se maneira mais acurada conceitos e definições apresentados anteriormente.

Neste particular, Dworkin não foge à regra. O jusfilósofo norte-americano toma a obra de H. L. A Hart como paradigma de suas críticas ao positivismo jurídico, por considerá-la a mais bem representativa e bem estruturada quanto ao tema, embora

---

<sup>102</sup> Tomamos como referência para o desenvolvimento deste subtópico a versão brasileira de *Taking Rights Seriously*, traduzida para o vernáculo por Nelson Boeira, com especial destaque ao “Modelo de Regras I”. Ver DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

mencione, aqui e acolá, o pensamento de J. L. Austin e mesmo de Benjamin Bentham. Em seguida, elenca os pressupostos do positivismo jurídico que serão objeto de suas críticas:

a) O positivismo considera o direito de uma comunidade enquanto o conjunto de regras que determinam o comportamento dos indivíduos e que podem ser identificadas e separadas dos demais conjuntos de normas (como as regras religiosas ou morais) por intermédio do seu processo de elaboração ou formulação. Já por isso se constata que o conteúdo de uma norma é indiferente para que se classifique ela como jurídica ou não jurídica. O fator determinante é, isso sim, a maneira pela qual ela foi produzida ou, para recorrermos aos termos do próprio Dworkin, o seu *pedigree*<sup>103</sup>;

b) Além disso, o positivismo pressupõe que se uma pessoa ou situação não está coberta ou disciplinada por uma regra jurídica, então não há que se falar em aplicação do direito na espécie. Abre-se, pois, ao magistrado competente para conhecer deste caso em específico a possibilidade de empregar o seu discernimento pessoal ou o poder discricionário a ele franqueado, bem como qualquer outro padrão não jurídico que lhe permita criar a regra jurídica aplicável ao caso ou complementar uma já existente;

c) Finalmente, o positivismo estabelece que uma “obrigação jurídica” existe quando, e somente quando, há uma regra jurídica válida que exige que uma pessoa faça ou deixe de fazer alguma coisa.

Cumpra, nessa senda, averiguar como Dworkin efetivamente afasta cada um dos mencionados pressupostos assumidos pelo positivismo. Pelo primeiro deles, como visto, o positivismo encara o direito enquanto um conjunto de normas que se particulariza ou se identifica em razão do processo necessário a sua elaboração ou produção. Dizendo o mesmo por outros termos, o direito consubstanciaria um conjunto de normas que podem ser identificadas como jurídicas por meio de uma regra de reconhecimento, isto é, com o auxílio de um teste fundamental que permita a sua verificação.

Em que consiste a tal regra de reconhecimento? Austin afirma que uma norma será considerada como jurídica quando for fruto da ordem de um soberano. Essa tese, todavia, é facilmente refutada por Dworkin, dada a simplicidade com que trata o fenômeno jurídico. Dworkin assevera que no contexto atual do direito, não haveria que

---

<sup>103</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. **Ob. Cit.** São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 28.

se falar em produção jurídica afeta exclusivamente a um soberano, a um grupo ou a uma instituição. As sociedades modernas são marcadas pela sua complexidade e pelo pluralismo político, de maneira que o teste fundamental invocado por Austin parece irremediavelmente comprometido.

Sem prejuízo desse primeiro argumento, há outra razão, ainda mais determinante, para afastar a regra de reconhecimento traçada por Austin. Pelo teste fundamental de Austin, o direito seria identificado pela ameaça do uso da força. Levando esse raciocínio às últimas consequências, porém, perceber-se-ia que não haveria diferenças substanciais entre os comandos prescritivos do direito e a ordem emanada por um bandido, pois ambos recorrem à força ou à coerção para convencer os indivíduos a acatarem suas determinações. Considerando, contudo, que a distinção entre o direito e as ordens de um bandido é bastante evidente para qualquer um que analise o fenômeno jurídico, sobressai uma inegável inconsistência do pensamento de Austin.

Não por outro motivo que Hart sente a necessidade de desenvolver a teoria propugnada por Austin e efetivamente se lança a essa tarefa. Hart promove uma distinção entre o que chama de regras primárias e regras secundárias. As regras primárias são aquelas que garantem direitos aos indivíduos ou lhes impõem o cumprimento de alguma obrigação, ao passo que as regras secundárias têm por objeto normatizar como e por quem as regras primárias são produzidas, modificadas ou suprimidas. Essa separação, simples numa primeira análise, tem o condão de resolver o impasse criado por Austin. O direito não se confundiria com a ordem emanada de um bandido em função do seu caráter normativo: ele é produzido segundo regras secundárias (como aquelas que traçam a competência do Congresso, por exemplo), o que não ocorre em relação às determinações de um *gangster* ou pistoleiro, desprovidas que são de qualquer legitimidade institucional.

Mas não é só por intermédio das regras secundárias que o direito ganha autoridade. De par com essa alternativa, as regras jurídicas podem surgir das práticas que um determinado grupo social adota, tornando-as, então, padrões de conduta. Assim, Hart concebe duas possíveis explicações para a obrigatoriedade ínsita ao direito: (i) porque ele válido (segundo as regras secundárias); ou (ii) porque ele é socialmente aceito. Analisando a teoria de Hart, percebe-se que a regra de reconhecimento não pode ser válida, ou seja, não pode ser criada de acordo com o esquema institucional de um determinado país, pois que ela mesma é a responsável por criar o teste fundamental do

direito. Diante disso, há de se concluir que a regra de reconhecimento é a única regra que haure sua legitimidade e obrigatoriedade a partir da sua aceitação social.

Esse primeiro pressuposto do positivismo de Hart (o de que o direito está sujeito a um teste fundamental infalível) é rebatido por Dworkin com auxílio do modelo de regras e de princípios. Em casos difíceis como os que cita<sup>104</sup>, a aplicação seca e automática das regras jurídicas não satisfazem plenamente as exigências de justiça. Os juízes, então, recorrem a padrões claramente distintos das regras jurídicas: os relacionados aos princípios jurídicos.

No epicentro de sua teoria revolucionária, Dworkin explica, então, as diferenças entre os princípios e as regras jurídicas. Regras traduzem comandos que são aplicados segundo a lógica do tudo-ou-nada (*all-or-nothing fashion*), de maneira que ou se atende integralmente o conteúdo por elas veiculado, ou, contrariamente, se desatende integralmente o seu enunciado.

Quando a determinação que decorre de uma regra em específico contradiz o preceituado por outra regra, deve-se averiguar qual delas é válida do ponto de vista jurídico. Na execução desta tarefa, o jurista pode recorrer a critérios como o que aponte qual das normas é posterior em relação à outra; se uma das normas tem caráter especial em relação à outra; ou mesmo se uma das normas está num plano hierarquicamente superior numa comparação com o paradigma. Seja lá como for, o decisivo, no plano das regras, é que uma delas deverá ser expurgada do mundo jurídico, mantendo-se apenas e tão somente aquela que seja declarada juridicamente válida.

Os princípios não seguem a mesma lógica. Eles enunciam razões que conduzem os argumentos do intérprete ou do juiz em uma determinada direção, necessitando de uma decisão para que efetivamente sejam aplicados. Nesse diapasão, afigura-se

---

<sup>104</sup>Dworkin cuida de dois casos em que a aplicação da regra jurídica não parecia atender aos imperativos de justiça. No primeiro deles (*Riggs vs. Palmer*, de 1889) o Tribunal de Nova Iorque deparou-se com a questão de se saber se um herdeiro que havia assassinado seu avô com o claro intento de antecipar o recebimento de sua herança poderia efetivamente recebê-la. As regras jurídicas então aplicáveis não previam a ocorrência de situações como essa; portanto, pela normativa aplicável, não havia problema algum no recebimento da herança. No entanto, o Tribunal consignou que o neto não poderia auferir vantagem a partir de sua própria iniquidade, impedindo-o, então, de receber o patrimônio que buscava. No segundo caso (*Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc.*, de 1969) o Tribunal de Nova Jérsei foi confrontado com problemas de ordem contratual após a ocorrência de acidentes automotivos: a fabricante dos veículos, com base em expressa disposição contratual, afirmava que sua responsabilidade se limitava ao conserto dos componentes danificados, enquanto que o adquirente sustentava a necessidade de ser reparado pelas demais despesas que teve, como as de natureza médica. Ao final, a Corte deu razão ao comprador, ao fundamento de que a liberdade de contratar não poderia servir de justificativa para permitir a ocorrência de abusos por parte do contratante economicamente mais forte. Em ambos os casos, percebe-se o seguinte: regras muitas vezes não são suficientes para se fazer justiça. Em tais casos, o recurso aos princípios é indispensável.

plenamente viável que um princípio dê fundamento para que a decisão seja prolatada num determinado sentido e que outro princípio corrobore a adoção de uma postura inversa. Quando, então, dois princípios entram em rota de colisão, um deles deve ceder espaço a outro, o que não significa dizer, de maneira alguma, que o princípio preterido, tal como ocorre com a regra vencida, deva ser suprimido do ordenamento jurídico. Pelo contrário: o princípio que num determinado caso restou relativizado pode, em outra situação (a partir de outras circunstâncias), ser o prevalente. Daí porque se diz que o conflito de princípios não se processa na dimensão de validade, mas sim na dimensão de peso ou importância.

A adoção do modelo de princípios e regras conduz a uma necessária rejeição do primeiro e do terceiro pressupostos adotados pelo positivismo porque advoga pela existência de padrões jurídicos que não se submetem ao teste fundamental de reconhecimento do direito. Os princípios<sup>105</sup> não nascem, pois, das regras jurídicas secundárias, nem tampouco de práticas socialmente aceitas; sua origem é difusa e não pode ser bem resumida a nenhuma das duas opções colocadas por Hart. Dworkin se reporta a essa dificuldade do positivismo em aplicar a regra de reconhecimento no caso dos princípios da seguinte maneira:

Desse modo, mesmo que os princípios encontrem apoio em atos oficiais de instituições jurídicas, eles não têm uma conexão suficientemente simples ou direta com esses atos que lhes permita enquadrar essa conexão em termos de critérios especificados por alguma regra suprema de reconhecimento. [...] Na verdade, o tratamento dado por Hart ao costume equivale a uma confissão de que existem pelo menos algumas regras de direito que não são obrigatórias pelo fato de terem sua validade estabelecida de acordo com os padrões de uma regra suprema – porque são aceitas pela comunidade. Isso reduz a fragmentos a elegante arquitetura piramidal que admiramos na teoria de Hart: não podemos mais afirmar que a regra suprema é obrigatória em razão de sua aceitação e que todas as demais regras são válidas nos termos da regra suprema.<sup>106</sup>

E se se cogita de padrões jurídicos que não encontram origem exclusivamente na regra de reconhecimento, mas que ainda assim são aplicados pelo magistrado na apreciação e solução dos casos concretos, cai por terra também o segundo pressuposto do positivismo: aquele segundo o qual o juiz, à falta de uma regra que incida sobre a

---

<sup>105</sup> Insta pontuar que o termo princípio, neste trabalho, está sendo empregado com a mesma abrangência com que o faz o próprio Dworkin. Aqui e lá, o vocábulo princípio numa acepção geral é utilizado tanto para designar os princípios propriamente ditos, num sentido mais específico, quanto as “políticas”. Por políticas, Dworkin pretende destacar aqueles padrões jurídicos que estabelecem “um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social de uma comunidade”. (Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36).

<sup>106</sup> DWORKIN, Ronald. **Ob. Cit.** São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 66-69.

situação analisada, poderia recorrer ao seu discernimento pessoal ou seu poder discricionário para sanar o problema.

Dworkin explica que a expressão “poder discricionário” pode ser compreendida em três sentidos diferentes. Na primeira acepção, a expressão em comento busca retratar a situação em que os padrões que uma autoridade pública deva aplicar não estejam de antemão definidos, mas exijam a sua capacidade de julgar para delimitar o sentido e alcance da determinação. É o que acontece, por exemplo, no caso, levantado por Dworkin, em que um sargento ordena ao oficial subordinado que leve em patrulha cinco homens experientes. A ordem não veio acompanhada de uma explicação do que vem a ser necessariamente um homem experiente, razão pela qual caberá ao próprio oficial, no exercício de seu poder discricionário, dar cumprimento à determinação recorrendo ao seu juízo pessoal quanto ao tema.

No segundo sentido, “poder discricionário” quer significar a situação em que um funcionário ou órgão público tem autoridade para tomar uma decisão ou providência de forma definitiva, por representar a última instância deliberativa. Nesses casos, a decisão ou providência tomada não poderá ser revista ou reformada por qualquer instância superior. Tanto a primeira acepção quanto esse segundo sentido são considerados por Dworkin como significações “fracas” da expressão “poder discricionário”, e em relação a elas o norte-americano não dedica maior atenção, por considerar que os positivistas não as tomam em conta para explicar a atuação dos juízes na falta da lei.

Os positivistas, segundo Dworkin, empregam a expressão “poder discricionário” numa acepção forte. Quando isso ocorre, “poder discricionário” representa a situação em que um funcionário público não está limitado por quaisquer padrões jurídicos em sua atuação. Dessa forma, o juiz, diante de um caso concreto não regulado pelo direito, não estaria sujeito às suas amarras, podendo decidir conforme suas convicções morais, políticas, religiosas ou filosóficas. Dworkin rebate essa noção novamente com o auxílio do seu modelo de regras e princípios. Ora, na medida em que o direito não se resume às regras postas, mas inclui de igual maneira os princípios, não se poderia afirmar que o magistrado, na falta de uma regra, esteja completamente livre para decidir sem recorrer a qualquer padrão jurídico, pois ele ainda deve guardar observância ao senso de justiça e de equidade, bem como aos princípios.

Some-se a isso o fato de que, segundo Dworkin (analisando o contexto das jurisdições norte-americana e britânica), é comum verificar a rejeição de regras jurídicas estabelecidas de forma válida por parte dos juízes. A constatação de que os magistrados

não se atêm aos padrões jurídicos regularmente estabelecidos impõe aos positivistas o reconhecimento da necessidade de um parâmetro por meio do qual se tenha claro quando e de que forma um juiz pode alterar uma regra estabelecida. Aqui entram em cena os princípios: quando a modificação de uma regra jurídica importar o favorecimento de um princípio, estará ela justificada.

Curiosamente, é o que se passa com o artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/1993. Seu estreito critério para concessão do benefício assistencial às pessoas com deficiência não atendia aos imperativos de justiça social, na medida em que deixava ao largo do direito fundamental insculpido pelo art. 203, V, da Constituição muitos indivíduos que não se encaixavam em seus requisitos, mas ainda assim se encontravam num contexto de miséria ou de carência social. Diante disso, o Judiciário, mesmo antes do reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/1993 já relutava em aplicar o dispositivo legal em comento, valendo-se, para tanto, de padrões jurídicos não expressos em lei (princípios constitucionais), mas que atendiam mais satisfatoriamente o senso comum de justiça. Nosso objeto de estudo demonstra, portanto, como a compreensão positivista do direito é insuficiente para entender-se o atual estágio do constitucionalismo.

#### **2.4.2 A POSIÇÃO DE ROBERT ALEXY**

Robert Alexy, tal qual Dworkin, vislumbra a existência de duas espécies normativas a compor o ordenamento jurídico (os princípios e as regras), e se lança ao esforço de tentar distingui-las do ponto de vista estrutural, partindo, no início, de uma concepção semântica de norma. O alemão ressalta que sua teoria baseia-se na ideia de que a norma não se confunde com um dispositivo legal ou constitucional; em realidade, a norma consubstancia o significado ou o sentido do enunciado normativo. Assim, por essa perspectiva, afigura-se plenamente aceitável que uma mesma norma seja expressa por diferentes enunciados normativos. Não por outra razão é que o estudo dos princípios e das regras não pode ficar adstrito ao nível dos enunciados normativos, mas sim referir-se ao nível das normas propriamente ditas<sup>107</sup>.

A obra de Alexy leva em consideração muitas das assertivas realizadas por Dworkin, pois parte da premissa segundo a qual o ordenamento jurídico é integrado

---

<sup>107</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Ob. Cit.** São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 53-58.

tanto pelas regras quanto pelos princípios, embora inove num aspecto fundamental: o de compreender essa última categoria normativa (os princípios) enquanto *mandados de otimização*. O que se quer dizer com isso?

Os princípios podem ser cumpridos ou atendidos em diferentes graus. No entanto, por assumirem uma dimensão deontológica, devem os princípios ser aplicados na maior medida do possível, dentro das condições fáticas e jurídicas existentes. As regras, por sua vez, não admitem o cumprimento ou atendimento parcial de seus preceitos. Vale dizer, ou uma regra é válida, e bem assim, deve-se atender de maneira completa o quanto nela disposto, ou então a regra é inválida e, diante disso, deve-se deixar de observar a sua determinação (lógica do tudo-ou-nada).

Explica Alexy que as diferenças que se processam entre uma e outra categoria normativa podem ser melhor explicitadas quando se analisa de que maneira ocorrem os conflitos entre as regras e os conflitos entre os princípios. Com efeito, quando duas ou mais regras dispõem de maneira diferente sobre uma determinada situação, o conflito gerado entre elas admite apenas e tão somente duas soluções viáveis. Em primeiro lugar, pode-se inserir em uma das regras uma cláusula de exceção, por meio da qual fica estabelecido que a outra regra será aplicável no lugar dela, eliminando-se, assim, a tensão existente entre os dois comandos. Alternativamente, em segundo e último lugar, abre-se a possibilidade de declarar a nulidade ou invalidade de uma das regras, mantendo-se, pois, aquela que se pretenda aplicar incólume no ordenamento jurídico.

O conflito entre princípios, ao revés, desenvolve-se de forma completamente distinta. Quando dois ou mais princípios entram em rota de colisão, ao menos um deles deverá ceder espaço ao outro. Isso não significa, porém, que se deva declarar inválido ou nulo o princípio cedente, tendo em vista que a relação de precedência de um princípio sobre outro depende fundamentalmente das condições a envolver o caso concreto. Sob outras condições fáticas e jurídicas, o intérprete pode conferir prevalência ao princípio que foi preterido anteriormente. Daí se conclui que o conflito entre regras ocorre na dimensão de validade, ao passo que as tensões entre princípios –“visto que só princípios válidos podem colidir” – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão de peso”<sup>108</sup>.

Nesse ponto, a principal preocupação de Alexy será a de compreender a fundo a forma pela qual os conflitos entre princípios podem ser sanados. Alexy visualiza a

---

<sup>108</sup> ALEXY, Robert. **Ob. Cit.** São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 94.

possibilidade de, num determinado contexto de tensão entre princípios colidentes, no âmbito do qual um deles aponta para uma direção e o outro serve de fundamento para que a decisão judicial seja proferida em sentido diverso, estabelecer-se uma relação de precedência incondicionada ou uma relação de precedência condicionada entre ambos.

Diante de um conflito de princípios, a primeira alternativa de ação, referente ao estabelecimento de uma relação de precedência incondicionada, não parece ser a mais razoável, pois nenhuma norma jurídica pode ser encarada de forma absoluta, preponderando sobre todas as demais normas do sistema jurídico em toda e qualquer situação. Sendo assim, resta trabalhar com a segunda alternativa de ação, relativa ao estabelecimento de uma relação de precedência condicionada, que também pode ser denominada como relação de precedência concreta ou relativa.

Considerando que, num conflito de princípios, deve-se estabelecer a relação de precedência que um assumirá frente ao outro sob determinadas condições, é possível traçar uma regra jurídica que leve em conta precisamente a existência dessas condições para afirmar, como consequência jurídica, a prevalência do princípio efetivamente aplicado. Uma tal regra é chamada por Alexy de “lei de colisão”. Por ela, para recorrer-se às palavras do próprio alemão, “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”<sup>109</sup>.

Aqui, a complexidade da teoria de Alexy se manifesta de forma evidente. Os princípios não se confundem com as regras, muito embora ambos componham o gênero maior relativo às normas. Os conflitos entre princípios revelam sua natureza distinta das regras, pois o equacionamento desses conflitos depende da consideração das relações de precedência condicionada que se estabelecem entre um princípio em detrimento de outro. Todavia, a relação de precedência condicionada assume a forma de uma verdadeira regra jurídica, em que as condições fáticas e jurídicas existentes no caso concreto representam o antecedente da regra e o princípio prevalente compreende o consequente da regra.

Eis aí o cerne da teoria dos princípios proposta por Alexy. A título de arrematação, entretanto, calha trazer à baila ainda mais uma proposta de diferenciação apresentada por Alexy que permitirá trabalharmos de forma mais adequada com o conceito de princípio. Cuida-se da separação que se promove entre as definições de

---

<sup>109</sup> ALEXY, Robert. **Ob. Cit.** São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 99.

princípio, de um lado, e de valores, de outro. Qual o critério decisivo que permite distingui-los validamente?

Para que se apreenda bem as notas distintivas entre uma e outra categoria, deve-se lembrar, desde logo, que os princípios são normas. Se são normas, os princípios se revelam a partir dos conhecidos modais deônticos do proibido, do permitido e do obrigatório. Em última análise, os princípios operam no campo do dever-ser normativo. O mesmo não se passa em relação aos valores jurídicos, que não são conceitos deônticos, mas sim conceitos axiológicos. Ao trabalhar-se com os valores, não se busca analisar se são eles aplicáveis a um caso concreto, mas, em essência, visa-se averiguar se algo pode ser classificado de bom segundo um critério previamente colocado como justo.

Alexy menciona que as qualificações de bonito, corajoso, seguro, econômico, democrático, social, liberal, etc., representam asserções que os indivíduos produzem considerando um dado aspecto da realidade. Fala-se que um homem é bonito ou feio levando-se em conta o critério beleza; fala-se que um homem é corajoso ou covarde tomando-se por referência o critério coragem; e assim sucessivamente. Todas essas conclusões são frutos de juízos de valor que as pessoas promovem quando têm em vista um estado de coisas ideal ou um dado critério de comparação. Também o direito promove os citados juízos de valor, deles decorrendo os valores jurídicos.

Este trabalho utiliza-se da teoria dos princípios, e não da teoria dos valores, estando aí a razão para que invocássemos a distinção em apreço. Ainda que a separação conceitual entre princípios e valores admita refinamentos, como adverte Alexy<sup>110</sup>, as breves linhas acima parecem atender ao fim maior de não permitirmos a confusão entre uma categoria jurídica com outra. Passa-se, por conseguinte, às objeções que tanto a teoria de Dworkin quanto a teoria de Alexy, ambas embasadas numa diferenciação qualitativa-estrutural de princípios e regras, começaram a enfrentar após as suas publicações.

### **2.4.3 CRÍTICAS À DISTINÇÃO FORTE ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS**

O estudo dos princípios enquanto parte integrante do direito, ou seja, enquanto uma das espécies de normas que compõe o sistema jurídico foi e ainda é, até o presente

---

<sup>110</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Ob. Cit.** São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 147.

momento, influenciado pelas obras de Dworkin e de Alexy. Como se disse acima, ambos partem do mesmo pressuposto para desenvolverem as suas respectivas teorias: o de que os princípios e as regras, muito embora constituam espécies do mesmo gênero (norma jurídica), são diferenciados em razão das características a eles iminentes ou inerentes.

Em comum na obra de Dworkin e de Alexy está o fato de que as regras são aplicadas à maneira tudo-ou-nada, com o que se pretende dizer que ou se atende integralmente ao seu conteúdo ou se desatende por completo a sua determinação. O conflito entre duas regras que disponham contrariamente a respeito de um mesmo fato ou situação é processado no campo da validade, cabendo ao intérprete preservar uma delas e expurgar a preterida, a não ser que se insira uma cláusula de exceção a um dos comandos em tensão.

Os princípios, por sua vez, representam razões que fundamentam ou conduzem as decisões judiciais para um determinado sentido. Quando dois ou mais princípios entram em conflito, um deverá ceder em favor do outro ou dos demais (dimensão de peso). Mas isso não quer dizer, em absoluto, que o princípio que se deixa de aplicar num caso concreto não possa ser o prevalente em outra situação, no seio da qual as razões que justificavam o seu afastamento não mais existam. Deflui da obra de ambos os teóricos, portanto, que a diferença entre princípios e regras é de caráter qualitativo ou estrutural, e não de intensidade/grau. Isso significa que princípios e regras são categorias normativas distintas, responsáveis por exercer tarefas diferentes no sistema jurídico.

A premissa colocada tanto por Alexy quanto por Dworkin de que princípios e regras são estruturalmente distintos deu azo ao surgimento da diferenciação dita “forte” entre uma categoria normativa e outra. Entretanto, o pressuposto teórico assumido por ambos é por vezes colocado em dúvida por parte daqueles que não aderiram às obras de Dworkin e de Alexy. Neste tópico, procuraremos elencar algumas das críticas que a distinção forte entre princípios e regras enfrenta.

As objeções elencadas a seguir são bem estruturadas e merecem ao menos alguma menção. Contudo, é de suma importância destacar que a referência sucinta a tais críticas não tem caráter exaustivo, mas meramente exemplificativo, pois é nosso objetivo demonstrar apenas e tão somente que mesmo teorias de grande alcance como as propostas por Dworkin e Alexy sempre admitem alguma discussão e mesmo objeção, desde que devidamente fundamentadas.

Promovida a advertência que considerávamos necessária, podemos citar, como uma primeira objeção às propostas de Dworkin e de Alexy, a posição de Aulis Aarnio. O finlandês rejeita por completo qualquer possibilidade de distinção entre princípios e regras, seja aquela que toma em consideração as variações de grau ou intensidade, seja aquela que leve em conta as variações estruturais ou qualitativas, pois parte do pressuposto de que tanto uma quanto outra categoria normativa consubstancia fenômenos deontológicos, e não axiológicos<sup>111</sup>. Na visão de Aarnio, não se faz imprescindível uma separação conceitual entre princípios e regras, uma vez que ambos têm por objetivo regular as condutas humanas na prática, por intermédio dos modais da permissão, da proibição e da obrigação. Tendo, pois, a mesma funcionalidade para o sistema jurídico, melhor seria cogitar-se das normas jurídicas simplesmente como regras<sup>112</sup>.

Quando não faz uso do argumento segundo o qual a distinção entre princípios e regras revela-se desprovida de maiores utilidades, Aarnio tece outra crítica, mais direcionada à obra de Robert Alexy e sua concepção de princípios enquanto mandados de otimização. Essa segunda crítica de Aarnio considera que, se os princípios são de fato mandados de otimização, então seria forçoso concluir que, na sua aplicação, ou os princípios otimizam, ou não otimizam, com o que, então, teríamos uma estruturação muito semelhante, senão idêntica, aquela verificada no campo das regras<sup>113</sup>. Disso decorreria a insubsistência da distinção forte entre princípios e regras.

Uma objeção também mais focada na obra de Alexy pode ser encontrada nas colocações de Jürgen Habermas e, posteriormente, de Klaus Gunther<sup>114</sup>. Lembremos que Alexy diferencia os princípios dos valores, afirmando que aqueles são caracterizados pela sua dimensão deontica, ou seja, pela sua aptidão de regular os comportamentos humanos, ao passo que estes consideram o que é “bom” de acordo com um dado critério de comparação. Essas considerações de Alexy tinham por finalidade, evidentemente, delimitar o escopo do seu trabalho, pois uma teoria dos princípios não

---

<sup>111</sup> AARNIO, Aulis *apud* SOUSA, Felipe Oliveira de. O raciocínio jurídico entre princípios e regras. *In: Revista de Informação Legislativa*, v. 48, pp. 95-109, 2011.

<sup>112</sup> Cf. DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **Justificação Jurídica e Sociedade na Visão de Aulis Aarnio**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 1997, 151f. Dissertação de Mestrado em Direito, pp. 69-70.

<sup>113</sup> AARNIO, Aulis *apud* SOUSA, Felipe Oliveira de. O raciocínio jurídico entre princípios e regras. *In: Ob. Cit.*, v. 48, pp. 95-109, 2011.

<sup>114</sup> HABERMAS, Jürgen; GUNTHER, Klaus *apud* GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o seu modo de aplicação. *In: Ob. Cit.* Brasília, ano 36, n. 143, jul./set. 1999.

poderia ser confundida ou tomada como sinônima de uma teoria dos valores, sob pena de correr-se o risco de negar imperatividade ou normatividade aos princípios.

Habermas e Gunther afirmam, no entanto, que no afã de ressaltar a normatividade dos princípios, Alexy acaba por, contrariamente, esvaziá-los de sua dimensão deontológica. Quando cuida de como se processam os conflitos entre princípios, Alexy, segundo Habermas, propõe um modelo de equacionamento do impasse baseado na “preferência” de um princípio (o prevalente) sobre o outro (o preterido). Todavia, “preferir” um princípio a outro configura expediente muito mais próximo à noção de valor do que propriamente à concepção de princípio, posto que apenas quando considerados enquanto valores que os seres podem ser mensurados segundo a sua preferibilidade.

Galuppo corrobora a crítica de Habermas apontando, em um primeiro momento, o que se pode entender por valor. Invocando Lalande, o jurista brasileiro expressa que valor pode ser compreendido como o “caráter das coisas consistindo em que elas são mais ou menos estimadas ou desejadas por um sujeito ou, mais ordinariamente, por um grupo de sujeitos determinados”<sup>115</sup>. Por outro lado, Alexy defende que os conflitos de princípios sejam sanados com o recurso a uma relação de precedência condicionada, isto é, com uma hierarquia de princípios que não se manifesta de forma rígida, mas que varia de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas a envolver o caso concreto. Se assim é, Alexy acaba por adotar um procedimento típico da axiologia no âmbito dos princípios, ainda que encareça o seu aspecto deontológico, o que revela uma inconsistência insuperável.

Com base na constatação da incompatibilidade do caráter deontológico dos princípios em face do procedimento de natureza axiológica adotado para suprir o conflito eventualmente existente entre eles, Habermas sugere uma forma variada de distinguir os princípios das regras: ao invés de considerarmos que a diferença se manifesta no seu caráter morfológico, devemos considerar que ela reside na sua forma de aplicação, pois que as regras exigem a implementação de um componente condicional “se” para incidirem, sendo irrelevantes as características do caso concreto, enquanto que os princípios exigem um procedimento argumentativo que leve em conta todas as características da situação posta. Essa nova forma de se promover a distinção entre princípios e regras utiliza como critério decisivo a indeterminação maior de

---

<sup>115</sup> GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o seu modo de aplicação. In: **Ob. Cit.** Brasília, ano 36, n. 143, jul./set. 1999.

algumas normas (os princípios) quanto às condições de sua aplicação. Por ela, diante da indeterminação maior dos princípios na sua aplicação, não haveria que se falar em hierarquia de qualquer espécie entre eles.

Colhidos alguns exemplos de críticas à Dworkin e à Alexy junto à doutrina alienígena, podemos apresentar, de igual modo, consistentes objeções que provêm das letras jurídicas nacionais. Nesse sentido, Humberto Ávila é um dos juristas brasileiros que se dedicam a afastar a distinção forte entre princípios e regras. Para tanto, Ávila busca desconstituir todos os critérios que servem de base ou suporte para a diferenciação estrutural dos princípios e das regras, nos seguintes termos:

a) Critério *hipotético-condicional*: por este critério, as regras possuem uma hipótese e uma consequência, de maneira que, se verificado um dado pressuposto fático, então se deve ter um determinado resultado jurídico, numa clara aplicação do raciocínio subsuntivo, ao passo que os princípios representam um fundamento para a aplicação da regra ao caso concreto. Ávila afasta o presente critério de distinção alegando, dentre outras razões, que ele pode ser ludibriado pela formulação linguística que se emprega na criação do enunciado normativo. Afirma o jurista, com propriedade, que “de fato, algumas normas que são qualificáveis, segundo esse critério, como princípios podem ser reformuladas de modo hipotético”, a fim de se apresentar ao modo *se, então* (v.g. “se o poder estatal for exercido, então deve ser garantida a participação democrática” – princípio democrático). E acrescenta que a recíproca também é viável: a formulação linguística de uma regra pode suprimir o antecedente ou o consequente do seu enunciado normativo. Portanto, um critério que revele um vínculo de dependência com a formulação linguística não se presta a dissociar, de maneira cientificamente válida, uma categoria normativa da outra.

b) Critério *modo final de aplicação*: por este critério, as regras são aplicadas ao modo tudo-ou-nada (*all-or-nothing*) e os princípios são aplicados de forma gradual, na medida do que for fática e juridicamente possível. Ávila afasta esse critério ao fundamento de que a aplicação das regras nem sempre ocorre da maneira absoluta a que aludem tanto Dworkin quanto Alexy, recorrendo a alguns exemplos. Para ficarmos com apenas uma das hipóteses levantadas por Ávila, poder-se-ia citar o julgamento do Habeas Corpus n. 73.662-9 pelo Supremo Tribunal Federal, de relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio, no âmbito do qual estava em discussão a aplicação do artigo 224 do Código Penal.

O dispositivo legal em comento, ao prever o crime de estupro, estabelece uma presunção legal absoluta no sentido de que as relações sexuais mantidas com pessoas menores de 14 anos são fruto de violência, não havendo na regra qualquer exceção que possibilite ao magistrado não aplicá-la num caso concreto. Ainda assim, a Suprema Corte brasileira, quando da análise do HC em referência, deixou de aplicar a previsão legal numa situação a envolver uma vítima de 12 anos, por considerar que as circunstâncias particulares não previstas pela norma (aquiescência da vítima ou aparência de pessoa mais velha) eram relevantes para o julgamento da demanda. Com isso, razões relevantes foram invocadas como justificativa para a não aplicação da regra. E, bem assim, se a aplicação das regras exige um complexo processo de ponderação de razões e contrarrazões, não se poderia concluir validamente que elas assumem a feição tudo-ou-nada, isto é, que sendo elas válidas, devem obrigatoriamente incidir num caso concreto.

c) Critério *conflito normativo*: por este critério, os conflitos entre regras e os conflitos entre princípios são solucionados recorrendo-se a expedientes diferentes. Quando duas regras jurídicas dispõem de maneira contraditória sobre uma mesma situação, o impasse somente pode ser resolvido mediante a declaração de invalidade de uma delas, ou, alternativamente, por intermédio da inserção de uma cláusula de exceção em um dos comandos em antinomia. Ao revés, quando dois princípios jurídicos entram em rota de colisão, a solução do problema depende fundamentalmente da ponderação das razões e contrarrazões que justificam a prevalência de um deles sobre outro, é dizer, do peso ou da maior importância que um dos princípios assume, nas circunstâncias do caso concreto, sobre o outro.

Ávila rebate esse pressuposto aduzindo que a ponderação não é um método exclusivamente aplicado no manejo dos princípios. Nada impede, pois, que o sopesamento de razões e de contrarrazões também possa ser verificado no conflito entre dispositivos hipoteticamente formulados, como bem o demonstram o recurso a alguns exemplos trazidos pelo próprio Ávila.

A fim de não nos estendermos na crítica que o autor em referência desenvolve em relação ao critério ora analisado, basta a menção a um dos exemplos: o Código de Ética Médica dispõe expressamente, dentre outras previsões, que o profissional da medicina deve, no exercício de sua função, se atentar para duas importantes obrigações, a saber, a de levar ao conhecimento do paciente as patologias ou doenças que o

acometam, bem como a de empreender a todos os possíveis esforços e a todos os meios disponíveis para curá-lo. Todavia, em algumas situações é possível imaginar que, ao contar a verdade de sua condição ao paciente, o médico acabe por reduzir suas chances de cura, dado o abalo emocional que a notícia pode gerar. Em tais casos, qual dos deveres previstos pelo Código de Ética Médica deve o profissional observar?

É evidente que o impasse não pode ser solucionado mediante a declaração de invalidade de uma das duas regras jurídicas, pois que ambas assumem uma inegável importância para a profissão médica. Assim, o único método alternativo de superação do conflito existente é o que se relaciona ao sopesamento de razões e de contrarrazões que justificam a aplicação de uma das regras em detrimento da outra. Poder-se-ia, por exemplo, após a análise de diversas razões pertinentes, chegar à conclusão de que, num impasse como esse, o direito fundamental do paciente à saúde assume uma importância maior do que a verdade das informações que chegam ao seu conhecimento. Assim, o dever de empreender todos os esforços no sentido de curar o paciente seria observado integralmente na hipótese, ao passo que o dever de informar corretamente o paciente de sua patologia seria preterido. Mas isso não significaria que essa última obrigação devesse ser classificada de inválida.

O fator primordial de diferenciação entre os princípios e as regras jurídicas, para Ávila, reside em aspecto diverso: a maior ou menor margem de apreciação que o intérprete tem na aplicação de uma ou outra categoria normativa. Dessa maneira, quando se trata de aplicar uma regra em conflito com outra, ao intérprete é conferida uma margem menor ou mais restrita de atuação, tendo em vista que o enunciado normativo de tais disposições apresenta uma descrição maior dos comportamentos a serem regulados, cabendo ao jurista apreciar apenas e tão somente a finalidade que justifica a sua preponderância num caso concreto.

De outro passo, quando se cuida de aplicar um princípio em tensão com outro, ao intérprete é conferida uma margem maior ou mais ampla de atuação, uma vez que não existe, no âmbito dos princípios, uma descrição detalhada do comportamento humano a ser por ele regulado, mas apenas a menção a um estado de coisas a ser atingido ou preservado, competindo ao jurista, então, especificar de que forma o princípio determinará as condutas dos indivíduos no caso concreto. Não obstante as diferenças apontadas, uma similaridade existe, no entender de Ávila, entre princípios e regras: ambos pressupõem o complexo processo de ponderação de razões e contrarrazões na superação das antinomias verificadas.

As numerosas críticas que expusemos aqui, as quais, como acima ressaltado, não esgotam as objeções que se formularam em relação à diferenciação estrutural entre princípios e regras, demonstram inequivocamente que os pressupostos a partir dos quais Dworkin e Alexy desenvolveram suas conhecidas teorias podem ser validamente colocados em dúvida. Em que pese tal circunstância, é inegável o mérito que as obras desses dois autores têm, senão por outros motivos, ao menos pelo seguinte: representaram uma tentativa definitiva de destacar a normatividade ínsita aos princípios e de que forma a sua utilização no âmbito jurídico deve ocorrer.

Ainda que outros teóricos tenham afirmado previamente a normatividade dos princípios, Dworkin foi o primeiro a confrontar o positivismo de maneira mais incisiva, desconstituindo cada um dos pilares que lhe davam sustentação por meio de um novo modelo de direito que incluísse também os princípios e as políticas públicas. Alexy, por sua vez, levou a cabo a dificultosa tarefa de transformar o trabalho jusfilosófico de Dworkin em uma teoria estruturada em bases dogmáticas. Cuidou de desenvolver como se deve trabalhar com os princípios na prática jurídica, a ponto de se falar não apenas de uma teoria dos princípios que seja independente da teoria dos valores, mas também de uma teoria da argumentação jurídica e de uma teoria dos direitos fundamentais. Não por outro motivo que esta monografia, mesmo considerando as objeções listadas acima, levará em consideração no desenvolvimento dos temas subsequentes a diferenciação dita estrutural/qualitativa/morfológica que se faz entre princípios e regras, nos moldes propugnados por Dworkin e Alexy.

## **2.5 CONCLUSÕES PARCIAIS**

Princípios compreendem linhas-mestras ou elementos-chaves de um conjunto específico de conhecimentos. O Direito apresenta os seus próprios princípios, e estes desempenharam diferentes funções ao longo da história. No marco do positivismo jurídico, os princípios se prestavam a um papel exclusivamente supletivo ou integrativo, preenchendo os vazios legislativos. O constitucionalismo contemporâneo, todavia, reserva aos princípios papel central na ordem jurídica. Na atualidade, eles representam os principais padrões de aplicação do direito, desempenhando funções muito distintas, que incluem a definitória, a interpretativa, a fundamentadora, a bloqueadora, dentre outras. O lugar de sua normatividade também sofreu modificações: o pós-positivismo inseriu os princípios nas constituições, com o que, então, eles passaram a se espriar e a

informar todo o restante do ordenamento jurídico. Nesse diapasão, é importante destacar que os direitos fundamentais se revestem da condição de princípios constitucionais.

Deve-se destacar, ainda, que princípios não se confundem com as regras. Regras são prescrições que seguem a lógica do tudo-ou-nada, o que equivale a dizer que a regra prevê uma conduta que ou é atendida, ou não o é, sem que concorram, entre um e outro extremo, situações intermediárias de atendimento parcial. O conflito entre as regras se opera no campo da validade. Desta forma, quando duas regras preveem comportamentos opostos, abrem-se duas alternativas: (i) inserir uma cláusula de exceção em uma delas, de modo a eliminar o conflito; ou (ii) reconhecer a invalidade de uma delas, extirpando-a do mundo jurídico.

Os princípios, por outro lado, representam autênticos mandados de otimização, ou seja, padrões jurídicos que devem ser realizados na maior extensão do fática e do juridicamente possível. A colisão de princípios é solucionada por intermédio de expediente distinto do relativo às regras. Um princípio pode ceder espaço a outro diante de circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, mas nem por isso é eliminado do ordenamento jurídico. Em outros casos, em que concorram outras circunstâncias, o princípio cedente pode se tornar o prevalente. De toda sorte, a relação de precedência condicionada que se instaura entre dois princípios dá azo ao surgimento da lei de colisão, regra jurídica composta, no antecedente, pelas condições da prevalência, e no consequente, pelo princípio que prevaleceu.

Colocadas todas estas questões, cumpre destacar que o benefício de prestação continuada a que se refere o artigo 203, V, da Constituição tem por um dos seus sustentáculos principais a igualdade material, na medida em que se pretende garantir o atendimento das necessidades mais básicas da pessoa com deficiência que não possa prover sua própria subsistência ou de tê-la provida por sua família. A bem da verdade, não apenas o benefício assistencial de que ora cogitamos, mas toda a questão da deficiência no constitucionalismo pátrio vem centralizada no princípio matriz da igualdade<sup>116</sup>. Diante disso, dedicaremos o próximo capítulo à explicação de como a igualdade material fundamenta a concessão do benefício de prestação continuada à pessoa com deficiência.

---

<sup>116</sup> Cf. ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção das pessoas com deficiência na Constituição Federal de 1988: a necessária implementação dos princípios constitucionais. *In*: Bruno Dantas, Eliane Cruxên, Fernando Santos, Gustavo Ponce de Leon Lago (Org.). **Constituição de 1988. O Brasil 20 anos depois**. Brasília, DF: Senado Federal, v. V, 2008, pp. 544-561.

### **3. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DO ART. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

#### **3.1 COMPREENDENDO A ISONOMIA**

Um indivíduo se distingue dos demais membros da humanidade não apenas no que toca à sua compleição física, psíquica ou emocional, mas também no que se refere às suas concepções de mundo, às suas ideias políticas, morais, religiosas, filosóficas e de qualquer outra ordem. Para além de características inerentes a cada indivíduo e da forma como cada um pensa, os homens se diferenciam, ainda, quanto à posição que ocupam na estrutura social. A História nos revela que todo agrupamento humano conta com aqueles indivíduos que exercem cargos de prestígio social e dispõem de elevado patrimônio, ao mesmo tempo em que outras pessoas desempenham funções de menor reconhecimento social e vivem com poucos recursos, muitas vezes insuficientes para sua adequada manutenção.

O desnivelamento verificado entre os homens rendeu ensejo ao estudo da igualdade desde “priscas eras”<sup>117</sup>. Pensadores clássicos como Aristóteles já se preocupavam com o tema, que permanece em foco até o marco atual da História. A igualdade vem sendo enfrentada por diversas áreas do conhecimento humano desde então. Filósofos, cientistas políticos, sociólogos e antropólogos, por exemplo, se ocupam do assunto. Nesse sentido, seria inviável cogitar, no presente capítulo, da igualdade em toda a sua extensão científica. Ao revés, cuidaremos de abordar a igualdade pela ótica principal do Direito, embora, em alguns pontos deste trabalho, seja inevitável colher contribuições da filosofia, da ciência política e de teoria da justiça.

Posta essa necessária premissa metodológica, convém indagar no que consiste a isonomia. A resposta a tal questionamento, como sucede ser, não é evidente. Quando confrontados com essa pergunta, muitos fazem automática remissão à célebre frase atribuída a Aristóteles, segundo a qual igualdade nada mais é do que “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”. Embora se reconheça a validade de tal asserção, o fato é que muitos estudiosos contemporâneos têm percebido a sua insuficiência para explicar o que vem a ser igualdade.

---

<sup>117</sup> Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: arts. 5 a 17**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 5.

Contra a mera invocação da concepção aristotélica de igualdade, encontra-se, por exemplo, Norberto Bobbio. Para o italiano, diferentemente da liberdade, que compreende um estado, a igualdade corresponde a uma relação<sup>118</sup>. Por conseguinte, falar-se que o indivíduo X “é livre” faz todo sentido, mas o mesmo não ocorre quando se afirma que este mesmo indivíduo X “é igual”. Ao ouvir que alguém “é igual”, logo se levantam duas necessárias questões: (i) igual a quem?; e (ii) igual em que?<sup>119</sup>.

Ora, na medida em que a concepção aristotélica não indica quem são os iguais e quem são os desiguais, assim como não precisa a contento no que estas pessoas são iguais e no que são desiguais, ela, por si só, não é suficiente para explicar a isonomia em toda a sua plenitude. Nas letras jurídicas nacionais, há também autores que enxergam a insuficiência do conceito aristotélico de igualdade. Pontes de Miranda, já na década de 1940, salientava o seguinte:

Quando, para se examinarem os princípios jurídicos vigentes, ou se edictarem princípios de igualdade, se trazem à baila proposições como “Todos são iguais, devem pois ser tratados igualmente” e “Todos são desiguais, devem pois ser tratados desigualmente”, esgrimem-se armas que não deixam ensejo ao entendimento, porque nenhuma delas tem sentido. Iguais em quê? Desiguais em quê?<sup>120</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello, de seu turno, também pontua que a compreensão aristotélica da isonomia, só por só, não tem o condão de explicar o que realmente se entende pelo princípio. O renomado jurista adverte que a afirmação aristotélica, “assaz de vezes repetida”, deve ser tomada como “ponto de partida” para se compreender o que é a igualdade, e não como “termo de chegada”, como pretendem alguns teóricos<sup>121</sup>.

Se a concepção aristotélica de igualdade não pode traduzir com perfeição o que se entende por este princípio jurídico, cumpre perquirir, então, a sua real definição. Para tanto, todavia, é necessário que façamos uma breve digressão sobre a sua compostura jurídica.

### 3.1.1 PREVISÃO CONSTITUCIONAL E RELEVÂNCIA PRINCIPIOLÓGICA

---

<sup>118</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 07.

<sup>119</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. **Ob. Cit.** Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, pp. 11-13.

<sup>120</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1963, p. 294.

<sup>121</sup> Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 10-1.

A igualdade está positivada como princípio constitucional no Brasil desde a Carta Imperial de 1824 (art. 179, XIII). Todos os textos constitucionais que foram promulgados ou outorgados posteriormente no país fizeram menção à igualdade entre os cidadãos<sup>122</sup>. Atualmente, a Constituição Federal de 1988 prevê a igualdade, de modo mais geral e amplo, no *caput* do artigo 5º, que assim preceitua:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

Celso Bastos e Ives Gandra da Silva Martins asseveram que a Constituição Federal de 1988 adotou expediente que nenhum dos textos constitucionais anteriores havia encampado: o de prever a igualdade como o princípio que encabeça o artigo responsável por relacionar a maior parte dos direitos fundamentais. Até então, os dispositivos constitucionais que elencavam os direitos fundamentais alçavam ao *caput* de seus textos, no mais das vezes, a liberdade, a propriedade e a segurança jurídica, reservando à igualdade apenas um dos numerosos incisos ou parágrafos que se seguiam.

No entender de ambos, essa readequação topográfica não tem significado circunscrito à localização da igualdade no texto constitucional. Segundo os juristas em tela, o fato de a igualdade estar prevista no *caput* do artigo 5º demonstra inequivocamente que ela se tornou um princípio que “informa e condiciona todo o restante do direito”<sup>123</sup>. José Souto Maior Borges, ao analisar a igualdade, vai ainda além do que restou afirmado por Celso Bastos e por Ives Gandra. São estas suas palavras:

No contexto constitucional, o princípio da isonomia não corresponde a uma norma igual em eminência a outra qualquer, ou mesmo aos outros princípios constitucionais. A análise do seu conteúdo revelará a sua insigne posição, que realça decisivamente o significado normativo, em comparação com os outros princípios e normas constitucionais. [...] Pois bem, na região dos princípios constitucionais observa-se essa hierarquia também entre as normas-princípio. Porque não é aleatoriamente que o art. 5º, *caput*, da CF de 1988 enuncia a isonomia antes da discriminação dos direitos e garantias fundamentais que ele próprio institui. Dessa posição “topograficamente” eminente da isonomia, resulta uma proeminência substancial desse princípio. Ele penetra, como uma linfa, os demais direitos e garantias constitucionais, perpassando-lhes o conteúdo normativo. [...] Recorde-

---

<sup>122</sup> Art. 72, §2º, da Constituição de 1891; art. 113, 1, da Constituição de 1934; art. 122, 1, da Constituição de 1937; art. 141, §1º, da Constituição de 1946; art. 150, §1º, da Constituição de 1967; art. 153, §1º, da EC n. 01/1969.

<sup>123</sup> Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Ob. Cit.** São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 14.

se ainda aqui, pela sua atualidade, o magistério de Francisco Campos sobre a isonomia na Constituição Federal: “Esse princípio ela o enuncia em termos absolutos ou plenários, com isso manifestando a intenção de que ele se torne efetivo em toda a latitude do seu sentido e em qualquer circunstância [...]”<sup>124, 125</sup>

Não obstante se cuidem de argumentos de autoridade, é importante destacar que a compreensão da igualdade enquanto um princípio que, em razão da sua posição topográfica no texto constitucional, se tornaria absoluto, não condiz com a moderna teoria dos princípios. Conforme tivemos oportunidade de anotar no capítulo referente aos princípios constitucionais desta monografia, as relações de precedência que se estabelecem entre um princípio e outro são sempre condicionadas, isto é, produzidas pela conjugação das circunstâncias fáticas e jurídicas a incidir num caso concreto, e não absolutas, de maneira que não há que se cogitar de um “superprincípio” que prevaleça em todas as ocasiões no cotejo com os demais<sup>126</sup>.

A nosso ver, a igualdade é princípio constitucional que ostenta inegável relevância jurídica, e que deve ser promovido tanto quanto possível, mas que não se coloca nem acima e nem abaixo dos demais princípios constitucionais, justamente porque não há uma hierarquia pré-definida de princípios constitucionais. Bem por isso, razão assiste, mais uma vez, a Norberto Bobbio quando afirma, categoricamente, que “liberdade e igualdade não são valores absolutos”, e que “não há princípio abstrato que não admita exceções em sua aplicação”<sup>127</sup>.

Se, de um lado, é inviável acolher a tese de que a igualdade assumira hierarquia superior aos demais princípios constitucionais, em virtude das razões acima invocadas, de outro, não há óbice algum a ser levantado com relação à asserção de que a isonomia informaria e condicionaria a interpretação e a aplicação dos demais direitos fundamentais. De fato, conforme teremos oportunidade de ver logo abaixo, as normas constitucionais e legais devem ser aplicadas de maneira equânime aos indivíduos, como

---

<sup>124</sup> BORGES, José Souto Maior. Princípio da isonomia e sua significação na Constituição de 1988. In: **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 8, n. 3, pp. 172-176, mar. 1992.

<sup>125</sup> Na mesma linha de entendimento, Bandeira de Mello defende que “a isonomia se consagra como o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 45).

<sup>126</sup> Nessa senda, Alexy sustenta que a “relação de tensão (entre princípios constitucionais) não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, ‘por si só, de prioridade’. O conflito deve, ao contrário, ser resolvido ‘por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes’. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto”. (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 95).

<sup>127</sup> BOBBIO, Norberto. **Ob. Cit.** São Paulo: Ícone, 1995, p 10.

também devem apresentar conteúdo compatível com o princípio da isonomia. J. J. Gomes Canotilho, aliás, denomina esta inserção da isonomia no contexto geral do sistema jurídico-positivo de dimensão objetiva da igualdade<sup>128</sup>.

### 3.2 IGUALDADE FORMAL X IGUALDADE MATERIAL

A doutrina constitucional costuma distinguir duas espécies principais de igualdade: uma delas formal e a outra dita material. A compreensão dessas espécies de igualdade, que têm conteúdo jurídico bastante diferenciado, fica facilitada quando se analisa, mesmo que brevemente, o contexto histórico que permitiu o surgimento de cada uma delas. Sendo assim, cumpre salientar que a primeira espécie de igualdade a aparecer historicamente foi a formal.

A Europa do Século XVIII era composta de sociedades estamentais, no seio das quais a mobilidade social era virtualmente nula. A nobreza e o clero continham privilégios que não eram extensivos às demais classes sociais, ao passo que a burguesia e o restante da população conviviam com imposições a que não se sujeitavam a aristocracia. Consequência desse estado de coisas foram as revoluções burguesas que tomaram lugar no final do Século XVIII, com especial destaque à Revolução Francesa de 1789. Ao final e ao cabo, essas revoluções restaram exitosas, e o “castelo de privilégios erigido a partir da inserção do indivíduo em dada classe social”<sup>129</sup> foi, enfim, derrubado.

Uma das principais preocupações dos revolucionários burgueses, tão logo saíram vitoriosos de seus movimentos, foi a de produzir documentos jurídico-normativos que vedassem o tratamento arbitrário dos indivíduos, seja para favorecê-los, seja para imputar-lhes gravames de toda ordem, à moda do que ocorria no Antigo Regime. O principal exemplo dessa situação é dado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, de claras pretensões universais, a qual, em seu artigo 1º, logo estatuiu que os homens eram iguais em direitos, sendo apenas admitidas distinções que estivessem calcadas na utilidade comum<sup>130</sup>.

---

<sup>128</sup> Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Ob. Cit.** 2ª ed. Coimbra: Almedina, p. 394.

<sup>129</sup> Cf. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Ob. Cit.** São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 06.

<sup>130</sup> Não é esse o único instrumento normativo a se preocupar em garantir a igualdade entre os indivíduos. Norberto Bobbio aponta, só em França, ainda mais duas normas a prever a igualdade, nos seguintes dizeres: “[...] a passagem do Estado estamental para o Estado liberal burguês resulta claro para quem examinar a diferença entre o Código prussiano de 1794, que contempla três estamentos em que se divide

Percebe-se, pois, que a igualdade formal visa impedir que os indivíduos sejam tratados de maneira arbitrária, ou seja, que eles obtenham privilégios ou estejam sujeitos a imposições sem que concorra alguma razão relevante a justificar tal discriminação<sup>131</sup>. Cuida-se, por conseguinte, de uma igualdade na aplicação da lei, dirigindo-se, sobretudo, aos órgãos responsáveis por efetivar os comandos legais (Executivo e Judiciário). Não por outro motivo a espécie de que ora cogitamos é também chamada de igualdade perante a lei ou igualdade liberal<sup>132</sup>.

A experiência histórica, contudo, revelou que a mera previsão da igualdade no texto constitucional não tinha o condão de, só por só, garantir que os homens de fato gozassem dela no plano empírico ou factual. Mesmo diante da expressa menção à igualdade em declarações de direitos e outros instrumentos normativos, muitíssimas pessoas viviam ao largo de condições minimamente dignas de vida. Celso Bastos e Ives Gandra aduzem que, no tocante a direitos fundamentais como igual acesso à instrução, à saúde e à alimentação, existia um “desnívelamento radical ocorrido em alguns momentos históricos entre o capital e o trabalho”<sup>133</sup>.

Tornou-se imperioso, então, que se concebesse uma igualdade real e efetiva entre os cidadãos. Por outras palavras, não bastava que as leis fossem aplicadas igualmente aos cidadãos ou, se se preferir, que os indivíduos fossem iguais perante a lei. Era cogente que a própria lei veiculasse um conteúdo em paridade com o princípio da isonomia, mesmo que, sob esse pretexto, dispensasse tratamento jurídico diverso a pessoas necessitadas, em situação de manifesta hipossuficiência. A propósito da igualdade material e da necessidade de dispensar tratamento jurídico distinto a pessoas privadas de direitos fundamentais, confira-se o sempre oportuno escólio de Jorge Miranda:

---

a sociedade civil (camponeses, burgueses e nobreza), e o Código napoleônico de 1804, onde só existem cidadãos. No preâmbulo da Constituição francesa de 1791, pode-se ver que os constituintes pretenderam abolir irrevogavelmente as instituições que feriam a liberdade e a igualdade de direitos [...]”. (BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito** (compiladas por Nello Morra, tradução e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues). São Paulo: Ícone, 1995, p. 27).

<sup>131</sup> Este objetivo da igualdade formal de coibir tratamentos arbitrários entre os indivíduos resta claro com o ilustrativo exemplo trazido por Celso Bastos e por Ives Gandra: “[...] não havia dúvidas de que a intenção era impedir que alguém se beneficiasse, por exemplo, de um tratamento mais benévolo, sob o fundamento de ser ele um nobre, como seria o caso de um integrante dessa casta social que, tendo matado alguém, pretendesse subtrair-se à prisão, invocando para tanto sua posição nobiliárquica”. (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: arts. 193 a 232**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, pp. 5-6).

<sup>132</sup> Cf. MIRANDA, Jorge. Os Princípios da Universalidade e da Igualdade na Constituição Portuguesa. *In: Estudos de Direito Constitucional em homenagem a César Asfor Rocha (Teoria da Constituição, direitos fundamentais e jurisdição)*. Paulo Bonavides, Germana Moraes e Roberto Rosas (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 71.

<sup>133</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Ob. Cit.** São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 6.

Os direitos são os mesmos para todos; mas como nem todos se acham em igualdade de condições para os exercer, é preciso que essas condições sejam criadas ou recriadas através da transformação da vida e das estruturas dentro das quais as pessoas se movem.<sup>134</sup>

Outra não é a visão de Norberto Bobbio sobre a igualdade material:

A igualdade nos direitos (ou dos direitos) significa algo mais do que a simples igualdade perante a lei enquanto exclusão de qualquer discriminação não justificada: significa o igual gozo, por parte dos cidadãos, de alguns direitos fundamentais constitucionalmente assegurados [...]. [...] a fim de colocar indivíduos desiguais por nascimento nas mesmas condições de partida, pode ser necessário favorecer os mais pobres e desfavorecer os mais ricos, isto é, introduzir artificialmente, ou imperativamente, discriminações que de outro modo não existiriam, como ocorre, de resto, em certas competições esportivas, nas quais se assegura aos concorrentes menos experientes uma certa vantagem em relação aos mais experientes. Desse modo, uma desigualdade torna-se um instrumento de igualdade pelo simples motivo de que corrige uma desigualdade anterior: a nova igualdade é o resultado da equiparação de duas desigualdades.<sup>135</sup>

Sucedem que a igualdade material, também denominada de igualdade social, efetiva, real, concreta, situada<sup>136</sup>, está vinculada a uma igualdade que opera no plano da criação do direito, pois atina ao conteúdo das normas jurídicas editadas pelo poder competente. Nessa condição, a igualdade material dirige-se de forma incisiva ao Legislativo na produção do direito. É cediço, de outro passo, que a igualdade material envolve uma atuação concreta por parte do Poder Público, ao contrário do que ocorria com relação à igualdade formal, para a qual bastava que o Estado se abstinhasse de aplicar arbitrariamente as normas jurídicas, quer para beneficiar alguém, quer para prejudicar alguém.

No enfrentamento do tema que ora nos ocupa, Cármen Lúcia Antunes Rocha pontua que o Direito Constitucional de há muito superou a noção de que a igualdade se apresentaria apenas como um conceito estático, por intermédio do qual não se exige do Poder Público qualquer conduta comissiva. Em sua visão, o Direito Constitucional contemporâneo exige muito mais do que isso. O sistema jurídico-constitucional

---

<sup>134</sup> MIRANDA, Jorge. Os Princípios da Universalidade e da Igualdade na Constituição Portuguesa. *In*: **Ob. Cit.** Paulo Bonavides, Germana Moraes e Roberto Rosas (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 72.

<sup>135</sup> BOBBIO, Norberto. **Ob. Cit.** São Paulo: Ícone, 1995, pp. 29-32.

<sup>136</sup> Cf. MIRANDA, Jorge. Os Princípios da Universalidade e da Igualdade na Constituição Portuguesa. *In*: **Ob. Cit.** Paulo Bonavides, Germana Moraes e Roberto Rosas (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 72.

demanda que o Estado adote providências tendentes a reduzir as desigualdades reais, encampando, assim, um conceito dinâmico por excelência<sup>137</sup>.

Não quer isso dizer, porém, que a igualdade formal se contraponha à igualdade material, ou que ambas sejam necessariamente excludentes, de maneira que o texto constitucional de um Estado somente pudesse adotar uma ou outra modalidade da isonomia. Em realidade, a igualdade formal e a igualdade material se complementam. Conjuntamente, elas oferecem maior proteção jurídica do que isoladamente poderiam conferir aos titulares de direitos fundamentais.

A se garantir apenas a igualdade formal, ter-se-ia uma proteção insuficiente, na medida em que as situações de carência existentes não seriam suprimidas paulatinamente pela atuação positiva do Estado. De outro giro, a se garantir somente a igualdade material, o Estado poderia, a pretexto de atender situações de inferioridade presentes na sociedade, conferir tratamento arbitrário em favor ou em detrimento de indivíduos especificados<sup>138</sup>.

Esta mesma constatação é promovida por Robert Alexy. Para o alemão, o princípio constitucional da igualdade divide-se em igualdade jurídica e igualdade fática<sup>139</sup>. A igualdade jurídica coincide com a igualdade formal, na medida em que, por

---

<sup>137</sup> Compulsando a Constituição Federal de 1988, a atual Ministra do Supremo Tribunal Federal oferece provas concretas de que nossa ordem constitucional adotou também um conceito dinâmico de igualdade. Para ficarmos apenas e tão somente com um dos exemplos invocados por Cármen Lúcia, basta notar que o artigo 3º coloca como objetivos fundamentais da República construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Diante disso, Cármen Lúcia salienta que “todos os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover – são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional. [...] Se a igualdade fosse apenas vedação de tratamentos discriminatórios, o princípio seria absolutamente insuficiente para possibilitar a realização dos objetivos da República constitucionalmente definidos.” (Cf. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *In: Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, a. 33, n. 131, jul./set. 1996, pp. 283-295).

<sup>138</sup> O constitucionalista português Jorge Miranda corrobora o entendimento de que a igualdade formal e a igualdade material não se excluem: “Já não seria correcta a contraposição, se se supusesse estar diante de dois princípios estanques ou opostos: 1º) porque a igualdade social como igualdade efectiva, real, material, concreta, situada (como quer que se designe) pode ou deve considerar-se imposta pela própria noção de igualdade jurídica, pela necessidade de lhe buscar um conteúdo pleno; 2º) porque, mesmo quando a igualdade social se traduz na concessão de certos direitos ou de certas vantagens especificamente a determinadas pessoas – as que se encontram em situações de inferioridade, de carência, de menor protecção – a diferenciação ou discriminação (positiva) tem em vista alcançar a igualdade e tais direitos ou vantagens configuram-se como instrumentais no rumo para esses fins” (MIRANDA, Jorge. Os Princípios da Universalidade e da Igualdade na Constituição Portuguesa. *In: Estudos de Direito Constitucional em homenagem a César Asfor Rocha (Teoria da Constituição, direitos fundamentais e jurisdição)*. Paulo Bonavides, Germana Moraes e Roberto Rosas (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 72).

<sup>139</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Ob. Cit.* São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 416.

ela, o intérprete fica obrigado a aplicar uma norma jurídica da mesma forma a dois ou mais indivíduos. Já a igualdade fática está associada à igualdade material, pois o atendimento a ela exige muito mais do que a simples aplicação equânime do direito; a igualdade fática requer, em realidade, que se criem distinções jurídicas a fim de eliminar disparidades reais ou factuais.

Alexy expõe ser possível alguém objetar que a reunião de duas facetas tão diversas da igualdade (a jurídica e a fática) num único conceito, de maneira a criar um “superprincípio da igualdade”, representaria um “paradoxo”<sup>140</sup>, pois, ou se trata igualmente as pessoas, independentemente das condições fáticas que as envolvem (atendendo, assim, à igualdade jurídica); ou se assume de vez ser viável tratar diferentemente os indivíduos, ao custo da igualdade jurídica, para que se reduzam os desnivelamentos factuais existentes, promovendo, portanto, situações de vantagem a certos grupos sociais, em observância à igualdade fática.

Todavia, esse paradoxo, conforme o demonstra o próprio Alexy, não é real, mas apenas e tão somente aparente. Sua solução não necessita passar pela escolha de uma das espécies de igualdade e pelo abandono completo de outra. Tanto igualdade jurídica quanto igualdade fática compreendem princípios constitucionais, que podem e devem ser ponderados ou sopesados pela máxima da proporcionalidade a que se refere a teoria dos princípios<sup>141</sup>, perpassada no capítulo 2 deste trabalho.

Sucedem que, quando entrarem efetivamente em rota de colisão (o que nem sempre acontece), a igualdade jurídica pode ceder em favor da igualdade fática, como também a igualdade fática pode não prevalecer ante a igualdade jurídica, tudo a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas a incidir no caso concreto, sem que, no entanto, o princípio cedente numa dada situação seja suprimido do sistema jurídico-positivo. Resta claro, assim, que a igualdade formal ou jurídica e a igualdade material ou fática (como se prefira denominá-las) podem conviver harmonicamente de modo abstrato na ordem constitucional, mesmo à vista de possíveis conflitos no plano concreto.

A essa altura de nossa exposição, entretanto, remanesce a questão de se saber que critérios podem ser levados em consideração para se afirmar que dois ou mais indivíduos são efetivamente iguais, e estão, portanto, a merecer equânime tratamento jurídico equânime, ou quando dois ou mais indivíduos são, ao contrário, desiguais, e

---

<sup>140</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Ob. Cit.** São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 417.

<sup>141</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Ob. Cit.** São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 423.

estão, por via de consequência, a merecer tratamento jurídico diverso. A esse respeito, dedicaremos o próximo tópico.

### 3.3 DOS CRITÉRIOS A APONTAR A RELAÇÃO DE IGUALDADE OU DESIGUALDADE ENTRE TITULARES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Linhas acima, dissemos que a igualdade corresponde a uma relação, sendo certo que para bem compreendermos a sua lógica faz-se necessário conhecer também quem são os iguais e no que são iguais. Com efeito, o Direito apresenta uma série de relações ou vínculos jurídicos. Em que pese se apresentar como mais uma dessas relações jurídicas, a igualdade não pode se confundir com todos os demais vínculos que são apresentados ou criados pelo Direito.

Ela contém um traço que a particulariza e a torna essencial para o fenômeno jurídico: a sua intrínseca associação com a ideia de justiça. É a certeza de que a igualdade compreende uma relação justa que a torna algo desejável e buscado pela humanidade, através do Direito. Fosse um elo de valor axiológico neutro (ou seja, fosse apenas um princípio jurídico, e não também um valor jurídico), não teria sido almejada por tanto tempo pelos homens. Norberto Bobbio retrata com acuidade a ligação que a igualdade mantém com a ideia de justiça:

Dos dois significados clássicos de justiça que remontam a Aristóteles, um é o que identifica justiça com legalidade, pelo que se diz justa a ação realizada em conformidade com a lei [...]; o outro significado é, precisamente, o que identifica justiça com igualdade, pelo que se diz justa uma ação, justo um homem, justa uma lei que institui ou respeita, uma vez instituída, uma relação de igualdade. [...] De todo modo, a igualdade consiste apenas numa relação: o que dá a essa relação um valor, o que faz dela uma meta desejável na medida em que é considerada justa, onde por justa se entende que tal relação tem a ver, de algum modo, com uma ordem a instituir ou a restituir (uma vez abalada), isto é, com um ideal de harmonia das partes de um todo, entre outras coisas porque se considera que somente um todo ordenado tem a possibilidade de durar.<sup>142</sup>

Quer isso dizer que a igualdade só tem valor e só é desejada quando pretende realizar a justiça<sup>143</sup>. Todas as vezes que perder essa finalidade de vista, acabará por se

---

<sup>142</sup> BOBBIO, Norberto. **Ob. Cit.** São Paulo: Ícone, 1995, pp. 14-5.

<sup>143</sup> Para Bobbio, duas são as espécies de justiça que a igualdade pode realizar. Uma delas é a que se refere à justiça retributiva, ou seja, “aquela na qual estamos diante de uma ação de dar (ou fazer), da qual se deva estabelecer a correspondência anterior com um ter ou posterior com um receber, de onde resulta a sequência ter-dar-receber-ter”. A justiça retributiva envolve, portanto, as relações entre mercadoria e preço; entre pagamento e trabalho; entre dano e indenização; e entre crime e castigo, valendo destacar que

tornar uma igualdade injusta, não acobertada pelo Direito e não desejada pela sociedade. Mas como diferenciar uma igualdade justa de uma igualdade injusta?

Norberto Bobbio apresenta-nos o que denomina critérios de justiça. Em poucas palavras, os critérios de justiça traduzem “aqueles critérios que permitem estabelecer, situação por situação, em que duas coisas ou duas pessoas podem ser iguais a fim de que a igualdade entre elas possa ser considerada justa”<sup>144</sup>. Bobbio prossegue explicando que a definição destes critérios de justiça nem sempre é pacífica. Pode-se, por exemplo, conferir importância ao mérito de cada pessoa; ou à sua capacidade; ou ao seu talento; ou ao seu esforço; ou ao seu trabalho; ou ao seu resultado; ou à sua necessidade; ou ao seu posto<sup>145</sup>; ou à sua classe social; ou à sua etnia; dentre tantos outros fatores. Somente quando tivermos definido os critérios de justiça é que a máxima aristotélica (chamada por Bobbio de regra de justiça), segundo a qual cabe-nos “tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na proporção de sua desigualdade”, ganhará algum sentido<sup>146</sup>.

A definição do que Bobbio classifica de critérios de justiça é, de fato, imperiosa. Os indivíduos são evidentemente diferentes uns dos outros. Ao olharmos para duas pessoas, verificaremos, de imediato, que elas são fisicamente distintas e que possuem também variadas opiniões e aptidões. Algumas dessas distinções são relevantes para o Direito, acarretando tratamentos jurídicos distintos; outras não inspiram efeitos jurídicos e são, portanto, irrelevantes. Essa constatação, no entanto, não resolve nosso problema,

---

as duas primeiras são benignas, ao passo que as duas últimas são consequências de atos indesejáveis. A outra espécie diz respeito à justiça atributiva, isto é, “aquela na qual nos encontramos diante do problema de atribuir vantagens ou desvantagens, benefícios ou ônus, direitos ou deveres (em termos jurídicos), a uma pluralidade de indivíduos pertencentes a uma determinada categoria”. E prossegue Bobbio afirmando que, no caso da justiça retributiva, estamos a cuidar de um problema atinente à equivalência das coisas, enquanto que, no caso da justiça atributiva, a preocupação essencial centra-se na equiparação entre pessoas. (BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito** (compiladas por Nello Morra, tradução e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues). São Paulo: Ícone, 1995, pp. 16-7). Dentro do quadro colocado pelo italiano, quer nos parecer que a igualdade material está associada à justiça atributiva.

<sup>144</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. **Ob. Cit.** São Paulo: Ícone, 1995, p. 18.

<sup>145</sup> Os exemplos até aqui são do próprio italiano. Cf. BOBBIO, Norberto. **Ob. Cit.** São Paulo: Ícone, 1995, p. 19.

<sup>146</sup> Segundo Bobbio: “[...] o problema da justiça como valor social não se reduz, como em geral pensam os juristas, à regra de justiça, nem nela se esgota. Com efeito, a regra de justiça pressupõe que já tenham sido resolvidos os problemas que pertencem à esfera da justiça retributiva e da justiça atributiva, ou seja, pressupõe que já tenham sido escolhidos os critérios para estabelecer quando duas coisas devem ser consideradas equivalentes e quando duas pessoas devem ser consideradas equiparáveis. Somente depois que estes critérios foram escolhidos é que a regra da justiça intervém para determinar que sejam tratados do mesmo modo os que se encontram na mesma categoria”. (BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito** (compiladas por Nello Morra, tradução e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues). São Paulo: Ícone, 1995, pp. 20-1).

tendo em vista que permanecemos sem saber quais são as distinções relevantes para o Direito e quais são aquelas que não o são.

Celso Antônio Bandeira de Mello leciona, com propriedade, que a lei desempenha a função primordial de reger diferentemente as pessoas<sup>147</sup>. O servidor público tem uma disciplina legal que não é a mesma do empregado cujo contrato de trabalho é regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT); o estatuto jurídico da criança e do adolescente não é o mesmo do corpo normativo que orienta a conduta daqueles que já atingiram a maioridade, como também são diversos os direitos e deveres correlatos aos idosos; e os exemplos podem seguir a fio, tais são os casos em que a lei cuida diferentemente de dois ou mais indivíduos.

A questão que exsurge desta multiplicidade de regimes é a seguinte: quando a lei está autorizada a promover tratamento jurídico distinto a duas ou mais pessoas, ou seja, quando esta variação está de acordo com o princípio da isonomia; e quando a lei não está autorizada a fazê-lo, isto é, quando tal variação de disciplina legal entra em conflito com o princípio da igualdade?<sup>148</sup>

Uma resposta tentadora à indagação colocada é a que vai pontuar serem inadmissíveis as distinções promovidas com base em características intrínsecas aos indivíduos. Por outras palavras, quando a lei estabelece diferentes regramentos tomando em conta a origem, a raça, o sexo, a cor, a idade ou qualquer outro fator inerente às pessoas, estará ela afrontando a isonomia prevista constitucionalmente.

Em que pese a Constituição Federal de 1988 estabelecer como objetivo da República a eliminação de todas as formas de preconceito que encontrarem origem nas características pessoais acima referidas, a questão é sensivelmente mais complexa, e não pode ser resolvida com a mera remissão ao art. 3º, IV, da Lei Maior. É novamente Celso Antônio Bandeira de Mello quem nos adverte acerca da possibilidade eventual de a lei levar em consideração esses fatores para estabelecer regramentos distintos, sem, com isso, afrontar o princípio da igualdade:

Suponha-se hipotético concurso público para a seleção de candidatos a exercícios físicos, controlados por órgãos de pesquisa, que sirvam de base ao estudo e medição da especialidade esportiva mais adaptada às pessoas de raça negra. É óbvio que os indivíduos de raça branca não poderão concorrer a este certame. E nenhum agravo existirá ao princípio da isonomia na exclusão de pessoas de outras raças que não a negra. [...] Pode-se, ainda, supor que grassando em certa região uma epidemia, a que se revelem resistentes os indivíduos de certa raça, a

---

<sup>147</sup> Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ob. Cit.** São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 12.

<sup>148</sup> Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ob. Cit.** São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 13.

lei estabeleça que só poderão candidatar-se a cargos públicos de enfermeiro, naquela área, os indivíduos pertencentes à raça refratária à contração da doença que se queira debelar. É óbvio, do mesmo modo, que, ainda aqui, as pessoas terão sido discriminadas em razão da raça, sem, todavia, ocorrer, por tal circunstância, qualquer hostilidade ao preceito igualitário que a Lei Magna desejou prestigiar. Assim, também, nada obsta que sejam admitidas apenas mulheres – desequiparação em razão do sexo – a concursos para preenchimento de cargo da polícia feminina.<sup>149</sup>

Estamos de acordo com o eminente jurista quando afirma não ser esse o critério decisivo a apontar a observância ou a inobservância do princípio da isonomia. A bem da verdade, “qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório”<sup>150</sup>. O que se faz necessário é que concorra um vínculo de correlação lógica entre o fator de discriminação eleito pela legislação e o tratamento jurídico diferenciado dispensado a dois ou mais indivíduos.

Sendo assim, para ficarmos com mais um exemplo trazido por Bandeira de Mello, não faria qualquer sentido uma eventual lei que permitisse funcionários gordos de gozar de afastamento remunerado para comparecer à congresso religioso e não estendesse a mesma benesse aos funcionários magros. A afronta à isonomia não ocorre porque se tomou por base uma característica intrínseca ao indivíduo, mas sim porque não há possibilidade de se estabelecer qualquer conexão racional entre a compleição corporal de uma pessoa e o direito a comparecer a um evento religioso<sup>151</sup>.

Em outra situação, a referência ao porte físico de alguém pode ser feita sem que sobressaia qualquer prejuízo ao preceito igualitário. Imagine-se, figurativamente, a abertura de um concurso público destinado a prover vagas de segurança a magistrados. A exigência de altura e peso compatíveis com o cargo estará justificada pela natureza das funções e atribuições a serem futuramente exercidas (proteger juízes em situações de perigo, de risco).

É, pois, na correlação lógica entre o fator de diferenciação escolhido pelo Direito e o tratamento jurídico diverso dispensado pela lei que o intérprete pode averiguar, em cada caso concreto, se há, efetivamente ou não, desrespeito ao princípio da igualdade, embora, nesse particular, algumas observações adicionais necessitem ser promovidas.

---

<sup>149</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ob. Cit.** São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 16-7.

<sup>150</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ob. Cit.** São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 16-7.

<sup>151</sup> Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ob. Cit.** São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 38.

O nexu de logicidade estabelecido entre o elemento discriminatório constatado empiricamente e o distinto regramento normativo pode, como é intuitivo perceber, variar significativamente conforme as coordenadas de tempo e de espaço. Assim, é possível supor que o vínculo racional em comento seja visualizado com facilidade em uma época e não o seja em outra, conforme admite o próprio Bandeira de Mello, na seguinte passagem de sua obra:

Por derradeiro, cumpre fazer uma importante averbação. A correlação lógica a que se aludiu, nem sempre é absoluta, “pura”, a dizer, isenta da penetração de ingredientes próprios das concepções da época, absorvidas na intelecção das coisas. Basta considerar que em determinado momento histórico parecerá perfeitamente lógico vedar às mulheres o acesso a certas funções públicas, e, em outras épocas, pelo contrário, entender-se-á inexistir motivo racionalmente subsistente que convalide a vedação. Em um caso terá prevalecido a tese de que a proibição, isto é, a desigualdade no tratamento jurídico se relacionará juridicamente com as condições do sexo feminino, tidas como inconvenientes com certa atividade ou profissão pública, ao passo que em outra época, a propósito de igual mister, a resposta será inversa. Por consequência, a mesma lei, ora surgirá como ofensiva da isonomia, ora como compatível com o princípio da igualdade.<sup>152</sup>

Ademais, não basta que se estabeleça uma correlação lógica entre um fator de diferenciação e a disciplina normativa que procede a uma desigualação. É salutar que esse vínculo racional que une um elemento ao outro esteja em consonância com as finalidades constitucionalmente prestigiadas.

O exegeta mais desavisado poderia supor que o princípio da isonomia estaria atendido toda vez que fosse possível realizar um liame lógico entre uma diferença empírica e o regramento diverso que dela deriva. Ocorre que, por vezes, a correlação que se promove pode ocorrer às expensas de outros princípios constitucionais, o que não se admite. Assim, o critério apontado por Celso Antônio Bandeira de Mello só é válido se e enquanto guardar compatibilidade com os termos constitucionais, como, aliás, o próprio jurista reconhece. Nesse diapasão, merece destaque este trecho de sua obra:

De logo, importa, consoante salientado, que haja correlação lógica entre o critério desigualador e a desigualdade de tratamento. Contudo, ainda se requer mais, para a lisura jurídica das desequiparações. Sobre existir nexu lógico, é mister que este retrate concretamente um bem – e não um desvalor – absorvido no sistema normativo constitucional. Assim, poder-se-ia demonstrar existência de supedâneo racional, a dizer, nexu lógico, em desequiparação entre grandes grupos empresariais e empresas de porte médio, de sorte a configurar situação detrimetosa para estas últimas e privilegiada para os primeiros. [...]

---

<sup>152</sup> Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ob. Cit.** São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 39-40.

graças à concentração de capital operam (as empresas de grande porte) com maior nível de produtividade, ensejando desenvolvimento econômico realizado com menores desperdícios. A distinção estaria apoiada em real diferença. [...] Sem embargo a desequiparação em pauta seria ofensiva ao preceito isonômico por adversar um valor constitucionalmente prestigiado (livre concorrência e desenvolvimento nacional).<sup>153</sup>

Nesse ponto, acreditamos estar bem dirimido o critério que permite identificar quando a relação de igualdade ou de desigualdade estabelecida pela normativa é justa ou injusta. Por intermédio do expediente proposto por Celso Antônio Bandeira de Mello, é possível apartar, com boa dose de segurança, distinções promovidas com o beneplácito do princípio da isonomia dos privilégios e discriminações realizados ao seu arrepio.

A esse respeito, Willis Santiago Guerra Filho ressalta que, desde a Antiguidade, os gregos já consideravam a generalidade como uma característica essencial das leis<sup>154</sup>. Por ela, não se poderia consentir que a lei fosse aplicada de modo diverso a um indivíduo, quer para favorecê-lo, quer para puni-lo. Na preciosa lição de Jorge Miranda, privilégios se referem a “situações de vantagem não fundadas”, ao passo que discriminações representam “situações de desvantagem” não devidamente justificadas ou motivadas<sup>155</sup>. Tanto os privilégios quanto as discriminações não se compatibilizam com a igualdade, pois o sentido primário deste princípio, ainda segundo o constitucionalista português, é negativo, ou seja, impede que alguém seja tratado de maneira diferenciada dos demais.

Ao exigir-se que o tratamento jurídico diferenciado conferido por uma lei esteja correlacionado com um fator empírico tomado como elemento desigualador, e mais, que este vínculo lógico esteja também de acordo com as finalidades contidas no texto constitucional, o princípio da igualdade oferece ao exegeta a possibilidade concreta de, numa situação posta, averiguar se o que se apresenta é uma diferenciação admitida pela isonomia ou, contrariamente, um privilégio ou uma discriminação, conceitos estes dissonantes da igualdade e, portanto, antijurídicos. Não é por outra razão que o critério definidor da igualdade se reveste de tamanha essencialidade.

---

<sup>153</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ob. Cit.** São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 42-3.

<sup>154</sup> Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.** São Paulo: RCS Editora, 2005, pp. 185-6.

<sup>155</sup> Cf. MIRANDA, Jorge. **Os Princípios da Universalidade e da Igualdade na Constituição Portuguesa.** In: **Ob. Cit.** Paulo Bonavides, Germana Moraes e Roberto Rosas (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 82.

Tecidas todas estas considerações, acreditamos estar em condições de apresentar um conceito jurídico satisfatório de igualdade, que não se resuma a asserção aristotélica de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. A nosso sentir, a igualdade constitui o princípio constitucional informador e condicionador de todo o sistema de direitos fundamentais que, pelo aspecto formal, veda a outorga de privilégios e o tratamento discriminatório dos indivíduos na aplicação da lei; e, pelo aspecto substancial ou material (o que mais nos interessa nesta dissertação), impõe ao Poder Público a adoção de providências concretas no sentido de reduzir o imenso desnivelamento verificado entre os homens, admitindo, nessa senda, a implementação de desigualdades artificiais que possibilitem criar condições mais justas de partida aos cidadãos, ou seja, mais oportunidades para todos, desde que exista uma correlação lógica entre o fator de diferenciação colocado como motivo do *discrímen* e o distinto regramento normativo dele oriundo, que deverá estar em consonância com as finalidades constitucionais.

Neste ponto, importa salientar, ainda, que o benefício de prestação continuada a que se refere o artigo 203, V, da Constituição Federal está a serviço desta última espécie do preceito isonômico, ou seja, da igualdade material, posto que corresponde a uma providência estatal disposta a conferir tratamento diverso (mais benéfico) a indivíduos que se encontram em situação de plena vulnerabilidade social e econômica e que, de outro modo, não poderiam manter esperanças de sobreviver com dignidade: a pessoa com deficiência.

A previsão de um benefício de salário mínimo mensal visa, a toda evidência, erradicar a pobreza extrema a que estão sujeitas muitas pessoas com deficiência no Brasil, de maneira a incluí-las no contexto geral da sociedade, ou seja, a reduzir o histórico quadro de marginalização social e econômica das pessoas com deficiência no país. Por envolver uma conduta positiva do Estado (ação afirmativa), sua associação com a igualdade material é latente.

### **3.4 A CONTÍNUA INTERAÇÃO DA IGUALDADE COM A LIBERDADE**

Um estudo que pretenda compreender de modo mais profundo a igualdade não pode prescindir da íntima relação que ela mantém com a noção de liberdade. A igualdade, como tivemos oportunidade de destacar em momento anterior deste capítulo, não é um princípio absoluto, mas deve, isso sim, ser analisada dentro do contexto geral

de todos os princípios e valores constitucionais, que podem, inclusive, limitá-la em certos aspectos. Assim, a intensidade com que a igualdade se manifesta em um determinado sistema jurídico-positivo depende fundamentalmente do estreito vínculo que ela estabelece com outros princípios constitucionais, máxime o atinente à liberdade.

O sempre lembrado Norberto Bobbio, em obra especificamente dedicada ao tema em análise, pontua que “os dois valores da liberdade e da igualdade remetem um ao outro no pensamento político e na história”, de maneira que seria desaconselhável analisar a igualdade sem apreciar paralelamente a liberdade<sup>156</sup>. Ambos os valores são desejáveis e devem ser implementados na maior medida do possível. Sem embargo da virtude contida nos dois valores, deve-se ressaltar, todavia, que ambos nem sempre se relacionam de modo harmônico. Em muitas ocasiões, o que ocorre é justamente o oposto: a liberdade entra em contenda com a igualdade, e a igualdade esbarra na liberdade.

Historicamente falando, os movimentos revolucionários burgueses clamaram tanto por liberdade quanto por igualdade. Basta rememorar o conhecido lema da Revolução Francesa, em que se buscava “liberdade, igualdade e fraternidade”. Com o êxito das revoluções burguesas, tanto a liberdade quanto a igualdade restaram plasmadas nas declarações de direitos que limitavam o arbítrio do poder estatal.

No entanto, impende observar que a igualdade que se proclamava até então era aquela formal, concebida unicamente com o fito de vedar a concessão de privilégios ou a imposição de tratamentos discriminatórios. Sobrevindo, a partir do Século XIX, os movimentos sociais que almejavam a redução das disparidades verificadas entre o capital e o operariado, ou seja, que tinham por missão um estado de coisas mais consentâneo com uma igualdade real e efetiva, a liberdade e a igualdade passaram a conviver de maneira mais conflituosa do que outrora.

No plano político-ideológico, os liberais burgueses propunham uma sociedade calcada fundamentalmente no direito à propriedade e à livre iniciativa, em que o individualismo aparecia com maior vigor. Por outras palavras, alçavam a liberdade como o mais importante dos valores. De outro extremo, partidários do igualitarismo defendiam uma sociedade em que os homens fossem tratados de forma equânime no número mais elevado de situações, pugnando, assim, por uma realidade mais ligada à perspectiva comunitária.

---

<sup>156</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. **Ob. Cit.** São Paulo: Ícone, 1995, p. 7.

A tensão no âmbito político é perfeitamente constatável no Direito. O Estado, ao exigir dos indivíduos mais abastados o recolhimento a maior de tributos, conforme o princípio da capacidade contributiva, priva-os de uma certa parcela da liberdade, relacionada ao livre exercício da propriedade, com o precípua objetivo de atender ao princípio isonômico, na sua feição material, que impõe ao Poder Público a adoção de atitudes concretas no sentido de reduzir o desnivelamento material existente entre os cidadãos.

É justamente o que se passa com o artigo 203, inciso V, da Constituição Federal de 1988, que impõe o pagamento de um benefício de prestação continuada à pessoa com deficiência que não possa prover à sua manutenção do de tê-la provida por sua família. O financiamento de políticas públicas depende da limitação da liberdade dos indivíduos, que se privam de parcela do seu patrimônio para que o Estado adote providências como a contida neste dispositivo constitucional. Esse cenário, portanto, está a revelar como a liberdade e a igualdade muitas vezes se realizam às custas da outra<sup>157</sup>. Nisso não há inconstitucionalidade alguma, pois, sem um mínimo de igualdade, não se pode defender a existência da própria liberdade. Vejamos, nessa linha, o que Celso Bastos e Ives Gandra têm a dizer:

A liberdade e a igualdade têm sido valores fundamentais que presidem a evolução histórica da humanidade. Mas, infelizmente, esses valores não são plenamente harmônicos. [...] A liberdade, entendida como exacerbação do princípio autonomínístico da determinação individual, pode provocar a desigualdade social. Essa desigualdade, por sua vez, põe em risco a própria liberdade. Pelo menos foi o que se deu no início do capitalismo industrial. Daí porque ser inteiramente procedente a afirmação de Zippelius, segundo a qual: “A realização contínua de certa dose de igualdade, a manutenção das desigualdades dentro de alguns limites que estas não possam ultrapassar, tanto no plano jurídico como no plano material, é indispensável à subsistência da liberdade”.<sup>158</sup>

Muito embora a igualdade e a liberdade se apresentem não poucas vezes em nítido conflito<sup>159</sup>, importa encarecer que, em variadas outras ocasiões, é viável imaginar

---

<sup>157</sup> É por este motivo que Oppenheim assevera que as diferentes concepções de liberdade dependem do “valor atribuído a outras finalidades sociais, quais sejam igualdade, justiça ou o bem-estar, que podem competir com a finalidade de liberdade”. (OPPENHEIM, Félix E. **Dicionário de política**. Norberto Bobbio; Nicola Matteucci; Gianfranco Pasquino. Trads. Carmen C. Varrialle; Gaetano Lo Mônaco; João Ferreira; Luís Guerreiro Pinto Cais. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, p. 712).

<sup>158</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Ob. Cit.** São Paulo: Editora Saraiva, 1998, pp. 17-8.

<sup>159</sup> Apesar de se encontrarem, por vezes, em rota de colisão, é interessante notar que a implementação da liberdade não suscita as mesmas dificuldades que a efetivação da igualdade material levanta. Em geral, os indivíduos gozam diretamente da liberdade assim que ela é reconhecida num documento jurídico. O

um convívio pacífico entre esses dois princípios constitucionais. O ideal é que as leis promulgadas, as políticas públicas e as decisões judiciais tentem resguardar, na maior extensão do possível, tanto liberdade quanto igualdade, pois a extrema valorização de um princípio em detrimento do outro nos conduz sempre a um contexto não desejável, conforme dizia Pontes de Miranda:

O mal do individualismo foi não atender, às vezes, à existência daquela condição (a humana) – somente pensar em termos de unidades dispersadas. O mal do socialismo extremo foi o de tratar daquela e esquecer-se do indivíduo fora do social.<sup>160</sup>

Também Norberto Bobbio enxerga a necessidade de promovermos, toda vez que isso se afigure viável, o convívio harmônico entre a liberdade e a igualdade:

Da crítica das doutrinas igualitárias contra a concepção e a prática liberal do Estado é que nasceram as exigências de direitos sociais, que transformaram profundamente o sistema de relações entre indivíduo e Estado e a própria organização do Estado [...] Por outro lado, os liberais sempre acusaram os igualitários de sacrificar a liberdade individual, que se alimenta da diversidade das capacidades e das aptidões, à uniformidade e ao nivelamento impostos pela necessidade de fazer com que os indivíduos associados sejam tão semelhantes quanto possível: na tradição do pensamento liberal, o igualitarismo torna-se sinônimo de achatamento das aspirações, de compreensão forçada dos talentos, de nivelamento improdutivo das forças motrizes da sociedade. [...] Essa diversidade, contudo, não exclui a proposta de sínteses teóricas e soluções práticas de compromisso entre liberdade e igualdade, na medida em que esses dois valores fundamentais (juntamente com a ordem) de toda convivência civilizada são considerados como sendo não apenas antinômicos, mas também parcialmente complementares.<sup>161</sup>

Equilibrar liberdade e igualdade é medida salutar. O intérprete, diante de um choque entre princípios, deve adotar a solução que permita a preservação e conservação de ambos, se isso for viável, ainda que o princípio prevalente restrinja, em alguma medida, o preterido. É que um direito fundamental não pode ser afetado em seu conteúdo essencial ou mínimo<sup>162</sup>. Toda vez que isso ocorrer, em última análise estar-se-

---

mesmo não se passa com a igualdade, que depende de providências concretas do Estado para que se torne real. Pontes de Miranda sustenta ser conveniente conferir à liberdade e à igualdade o mesmo ritmo, “ainda que uma vá mais depressa do que a outra”. Segundo o jurista, “as grandes crises da Antiguidade, da Idade Média e dos tempos modernos tem sido provocadas pela ‘igualdade retardada’”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1963, p. 283).

<sup>160</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Ob. Cit.** Tomo IV. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1963, p. 286.

<sup>161</sup> BOBBIO, Norberto. **Ob. Cit.** São Paulo: Ícone, 1995, pp. 42-3.

<sup>162</sup> Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 68.

á negando vigência a um princípio que também foi consagrado pelo texto constitucional, o que não se admite.

Tendo em mente essa situação, é de se observar que uma ponderação ou sopesamento entre direitos fundamentais não poderia concluir validamente pela supressão do benefício assistencial do art. 203, V, da Constituição, ao fundamento de que os demais indivíduos, ao contribuírem financeiramente para a manutenção e expansão de programas sociais como este, estariam sendo afetados em sua liberdade de propriedade. Embora a liberdade de propriedade esteja garantida constitucionalmente enquanto um direito fundamental, não há qualquer embasamento teórico para reduzir a zero a aplicabilidade de outro princípio constitucional, como o da igualdade material, que confere sustentação ao benefício do art. 203, V, da Lei Maior de 1988. A ponderação de direitos fundamentais, que se revestem de nítido caráter principiológico, também encontra, ela mesma, limites<sup>163</sup>, não podendo restringir integralmente um deles ao argumento de conferir prevalência a outro.

A igualdade material, como todo e qualquer prerrogativa fundamental, deve ser observada em seu conteúdo essencial. Ora, o benefício de prestação continuada situa-se precisamente neste conteúdo mínimo, uma vez que, à sua falta, as pessoas com deficiência não podem manter esperanças mínimas de prover à sua própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, isto é, de atender as suas necessidades mais básicas ou vitais. Desta forma, ainda que a manutenção de programas como este acarretem uma privação parcial da liberdade de propriedade dos demais indivíduos, que contribuem materialmente para que providências estatais deste matiz sejam realizadas, o benefício de prestação continuada justifica-se por completo, tendo em vista que situado no conteúdo mínimo de outro princípio de direito fundamental: a igualdade material.

### 3.5 CONCLUSÕES PARCIAIS

A igualdade compreende temática estudada pela humanidade desde os tempos mais remotos. Ao falarmos de igualdade, estamos, obrigatoriamente, cogitando de uma relação, sendo necessário precisar-se a quem um indivíduo é igual e no que ele é igual, residindo aí uma das principais diferenças que a igualdade ostenta em relação à liberdade (que consubstancia, ao contrário, um estado individual da pessoa). Por não

---

<sup>163</sup> Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 282.

identificar estas questões afetas à igualdade é que a concepção aristotélica do preceito isonômico, segundo a qual deve-se “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”, revela-se insuficiente.

Atualmente, a igualdade está prevista no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988. A previsão da igualdade no *caput* do dispositivo constitucional que arrola a maior parte dos direitos fundamentais representa expediente inovador na prática constitucional brasileira, pois, até então, a igualdade era prevista apenas em um dos numerosos incisos que se seguiam ao *caput* de artigos correspondentes.

Juristas do calibre de Celso Bastos e Ives Gandra afirmam que a alteração topográfica por que passou a igualdade demonstra inequivocamente que ela traduz um princípio que informa e condiciona todo o restante do direito, com o que estamos de acordo. Outros juristas (como José Souto Maior Borges), todavia, afirmam que esta modificação topográfica estaria a revelar que a igualdade é o princípio mais importante do sistema constitucional, e mais, que seria um princípio absoluto, prevalecendo em todas as situações de conflito com outros princípios constitucionais. Não partimos desta premissa teórica, pois não há que se falar, de acordo com a moderna teoria dos princípios, de um princípio absoluto, a prevalecer em todas as colisões. As relações de precedência que se verificam entre os princípios constitucionais são sempre condicionadas, como defende Alexy.

O preceito isonômico abarca duas espécies distintas de princípios: a igualdade formal e a igualdade material. Pela igualdade formal, os indivíduos não podem ser discriminados, quer favoravelmente (por intermédio da instituição de privilégios), quer desfavoravelmente (por meio da instituição de discriminações). A igualdade formal atua, assim, no campo da aplicação da lei.

De outro lado, pela igualdade material o constituinte constata que a aplicação equânime da legislação não é suficiente para que se garanta o acesso das pessoas a seus direitos básicos. A igualdade material impõe a tomada de providências concretas no sentido de reduzir o imenso quadro de desigualdade constatado no mundo dos fatos, mesmo que isso signifique a instituição de tratamentos jurídicos mais favoráveis a categorias de pessoas em situação de vulnerabilidade (como a atinente às pessoas com deficiência).

Igualdade formal e igualdade material não se excluem, mas coexistem na ordem constitucional. A solução de um impasse entre estas duas espécies do preceito isonômico passa pela ponderação e pelo sopesamento de princípios constitucionais, a

levar em conta as circunstâncias fáticas e jurídicas a incidir no caso concreto, como se passa, de resto, com qualquer colisão entre princípios. O benefício de prestação continuada do artigo 203, V, da Constituição, está a serviço da igualdade material, uma vez que pretende reduzir o quadro de extrema pobreza a que se sujeitam várias pessoas com deficiência no Brasil por meio de uma atitude concreta do Estado (ação afirmativa).

O Direito normalmente cria distinções entre as pessoas, na medida em que prevê regimes diferenciados para cada categoria de indivíduos. Essas distinções de regime estarão de acordo com o princípio da isonomia se, e enquanto se, houver um vínculo de correlação lógica entre o fator de diferenciação escolhido pelo legislador e a diferença de tratamento jurídico conferido pela norma. A adequação ao princípio da isonomia exige, ainda, que esta correlação lógica esteja de acordo com finalidades constitucionalmente prestigiadas.

Por tudo isso, pode-se afirmar, com tranquilidade, que a previsão de um benefício salarial às pessoas com deficiência que não reúnam sozinhas condições de se manter não afronta a igualdade material, mas, isso sim, está a serviço dela, já que concorre um liame lógico entre o elemento de discriminação e a diferenciação de tratamento jurídico existente. Some-se a isso o fato de que a previsão de tal benefício às pessoas com deficiência nestas condições atende integralmente objetivos constitucionais, como aqueles contidos no art. 3º, I (construir uma sociedade mais livre, justa e solidária), III (erradicar a pobreza e a marginalização social) e IV (promover o bem de todos, sem preconceitos de qualquer ordem).

A igualdade por vezes entra em contendas com a liberdade, caso em que caberá ao intérprete ponderar ou sopesar estes princípios à luz do caso concreto. No entanto, impende observar que a igualdade deve ser observada em seu conteúdo essencial, garantindo-se aos indivíduos um mínimo existencial sem o qual não há que se falar em dignidade humana. O benefício de prestação continuada do art. 203, V, da Constituição depende da contribuição das demais pessoas, que financiam, direta ou indiretamente, todas as políticas públicas do Estado. Apesar de restringir a liberdade de propriedade das pessoas que não são titulares do benefício, a previsão do art. 203, V, concretiza, num patamar mínimo e não reduzível, a igualdade material, pelo que está, do ponto de vista teórico-constitucional, plenamente justificada e embasada.

Neste ponto, encerramos a análise da compostura constitucional do benefício de prestação continuada. Vistas a natureza jurídica de que se reveste (direito fundamental social de eficácia limitada e programática, segundo a tradicional proposta classificatória

das normas constitucionais quanto à sua eficácia e aplicabilidade, de José Afonso da Silva; e de princípio constitucional, de acordo com teorias que tomam em conta os avanços do constitucionalismo contemporâneo), assim como o fundamento que lhe confere sustentação (igualdade material), é o momento de ingressar nos reflexos que teve dentro da legislação ordinária, de molde a compreender por quais razões sua aplicação encontrou dificuldades e passou a depender quase que exclusivamente de uma apreciação judicial.

#### **4. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 20, §3º, DA LEI N. 8.742/93 E OS CRITÉRIOS JUDICIAIS PARA AFERIÇÃO DA MISERABILIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

No Capítulo 1 da presente dissertação de mestrado, tivemos oportunidade de anotar que o benefício de prestação continuada a que se refere o artigo 203, V, da Constituição representava um direito fundamental social cuja eficácia era limitada, pois a realização do programa social ali previsto estava a depender da promulgação de uma lei que permitisse sua integral execução. O dispositivo constitucional em questão recorreu a expressão “conforme dispuser a lei”, o que evidencia uma aplicabilidade limitada.

Nossa atual ordem constitucional foi instaurada no ano de 1988. Contudo, apenas em 07.03.1993 foi editada normativa infraconstitucional com o fito de regular o artigo 203, V, da Carta Política, situação por si só reveladora de uma atuação aquém do Poder Legislativo, que tomou cinco longos anos para dar uma resposta ao problema urgente a envolver pessoas com deficiência completamente desamparadas. Colocando, porém, a conhecida questão da morosidade de nosso Legislativo de lado, fato é que a Lei n. 8.742/93, também referida por Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), trouxe um critério objetivo para que se concedesse o benefício de prestação continuada previsto constitucionalmente.

Seu artigo 20, §3º, preceituava que famílias só poderiam ser consideradas incapazes de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa caso sua renda mensal *per capita* fosse inferior a ¼ de salário mínimo. Na aplicação do critério legal em apreço, todavia, desde logo se percebeu algumas problemáticas. Diversas famílias que possuíam membros com necessidades especiais e contassem com renda mensal *per capita* superior a ¼ de salário mínimo, mas ainda assim se encontrassem em situação de patente miserabilidade, ficavam ao largo da fruição do benefício, simplesmente porque não atendiam a um critério objetivo, instituído de forma rígida pela legislação aplicável.

Após alguns anos de aplicação do critério instituído pela Lei n. 8.742/93, percebeu-se que a sistemática então adotada não atendia ao desejo constitucional de atender às necessidades básicas da pessoa com deficiência. A Lei Fundamental de 1988 revelava a intenção inegável de garantir a erradicação da pobreza por meio do benefício assistencial, implementando uma igualdade material em níveis mínimos, objetivo este próprio de um constitucionalismo dirigente. Contudo, a norma do artigo 20, §3º, da Lei

n. 8.742/93 parecia restringir a finalidade encampada pelo texto constitucional, constatação que rendeu ensejo a uma primeira tentativa de se discutir sua constitucionalidade, no ano de 1998. Estamos a nos referir à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232-1/DF, sobre a qual teceremos comentários mais detalhados ainda neste capítulo.

Antes, porém, de ingressarmos na análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232-1/DF e dos processos que se seguiram a ela, é imperioso que realizemos uma necessária incursão na diferenciação que se estabelece entre as posturas de autocontenção judicial e ativismo judicial. Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de analisar a constitucionalidade do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93 em duas ocasiões distintas, sendo a primeira delas no ano de 1998, e a segunda no ano de 2013, como já se disse. As análises resultaram em conclusões opostas, pelos motivos e fundamentos que serão expostos quando se cuidar de cada um dos processos separadamente.

No entanto, é necessário destacar que o Supremo Tribunal Federal adotou, em cada ocasião, uma postura diversa: na primeira vez em que se deparou com a questão da constitucionalidade do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93, no ano de 1998, o Pretório Excelso claramente privilegiou uma atitude de autocontenção judicial; posteriormente, quando sua atenção veio a ser novamente chamada para enfrentar a temática em apreço, já no ano de 2013, a Suprema Corte se valeu de expediente contrário, isto é, de uma postura de ativismo judicial. Portanto, a compreensão das diferentes posições assumidas pelo Supremo Tribunal Federal quanto à compatibilidade do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93 passa necessariamente pela anterior diferenciação havida entre a autocontenção judicial e o ativismo judicial.

#### **4.1 AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL E ATIVISMO JUDICIAL**

A atuação do Judiciário é tema que atualmente revela inegável interesse acadêmico, na medida em que os pressupostos assumidos pela teoria clássica da separação ou divisão dos poderes vêm sendo cada vez mais postos em dúvida. Na concepção original de Montesquieu, as distintas funções do poder não poderiam estar reunidas num só monarca, como também não poderiam estar enfeixadas nas mãos de um só organismo, porque tal situação representaria a eliminação do estado de liberdade que se deve garantir em favor de todo e qualquer indivíduo:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.<sup>164</sup>

A existência de órgãos distintos, em favor dos quais estaria reservada a possibilidade de exercer as diferentes funções estatais, garante, na visão clássica, a liberdade, a segurança e o gozo dos direitos fundamentais pelos indivíduos. Distribuídas entre organismos variados, as funções do poder seriam responsáveis por exercer controle umas sobre as outras, num sistema que ficou conhecido em larga escala como “freios e contrapesos” (*checks and balances*), tudo com vistas a permitir que os cidadãos pudessem exercer suas prerrogativas fundamentais sem qualquer embaraço por parte do Estado<sup>165</sup>.

A teoria da separação dos poderes foi incorporada pelos diversos Estados europeus e americanos, em especial após o marco das revoluções burguesas do fim do Século XVIII. A partir da concepção clássica da divisão dos poderes, atribuiu-se ao magistrado e aos tribunais o papel de um aplicador neutro da legislação e da dogmática jurídica, como se o juiz fosse capaz de se desvincular inteiramente do contexto em que inserido e das raízes sociais do Direito<sup>166</sup>. O Judiciário, ainda de acordo com a visão clássica, seria imune a qualquer influência do poder político ou mesmo do meio social em que se encontra, pois seu compromisso seria o de aplicar a normativa emanada do Legislativo, de modo completamente imparcial.

A adesão à teoria clássica da divisão dos poderes foi tão marcante que ela restou plasmada pela própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Em seu artigo 16, o mencionado documento preceituava que não se poderia admitir a existência de constituição onde não houvesse sido estabelecida a separação dos poderes.

---

<sup>164</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Apresentação Renato Janine Ribeiro. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 168.

<sup>165</sup> Cf. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 341.

<sup>166</sup> Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? In: **Revista USP**, São Paulo, v. 21, pp. 12-21, mar. / maio 1994.

Suas bases, entretanto, começaram a ser validamente postas em questão no contexto do constitucionalismo norte-americano, caracterizado sobretudo pela existência de um documento escrito, a Constituição de 1787, e pela rigidez do texto constitucional. Nos Estados Unidos da América assentou-se a *judicial review*, teoria que propugnava a possibilidade de o Judiciário rever providências tomadas pelas demais funções do poder, como leis e atos administrativos, a fim de verificar sua compatibilidade vertical com a Constituição, base de todo o ordenamento jurídico<sup>167</sup>.

A formulação da *judicial review* permitiu o surgimento de uma precoce judicialização da política nos Estados Unidos<sup>168</sup>. Quer isso dizer que a análise de temas de grande importância social ou política ficaram cada vez mais a cargo do Judiciário, em detrimento das instâncias tradicionalmente políticas do Estado. Assim, o Legislativo e o Executivo, a quem competiria, ao menos de forma original, de acordo com a divisão clássica dos poderes, deliberar sobre esses temas, experimentaram um esvaziamento de suas funções originárias, ao passo que os magistrados e tribunais vivenciaram um incremento em suas atribuições.

Para Luís Roberto Barroso, a judicialização da política compreende uma consequência natural do modelo constitucional adotado por alguns países. A partir do momento em que um sistema constitucional conforma as atribuições do Judiciário de uma maneira ampla, aos juízes e tribunais não há alternativa senão a de decidir um número elevado de questões, mesmo que isso possa transparecer uma invasão na competência das demais funções do poder. Por conseguinte, a judicialização da política não representa um ato de vontade dos juízes de se imiscuir na atividade do Legislativo

---

<sup>167</sup> Em geral, costuma-se dizer que a possibilidade de o Judiciário controlar atos emanados das demais funções do poder com o propósito de garantir a supremacia da Constituição (*judicial review*) foi atestada de forma pioneira pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no enfrentamento do caso *Marbury vs. Madison*, de 1803. Por esta razão, reservou-se ao precedente jurisprudencial em apreço uma importância central no estudo da judicialização da política e do ativismo judicial. Todavia, deve-se salientar que a importância do precedente em destaque na compreensão da *judicial review* vem sendo cada vez mais discutida, mesmo entre os norte-americanos. Muitos entendem que o caso envolveu a disputa de interesses eminentemente privados, sem qualquer relevância social, e que a decisão final tomada pelo juiz Marshall foi assim proferida à vista de elementos políticos, e não propriamente em razão de convicções teórico-jurídicas que mantinha. (Cf. LEVINSON, Sanford V. Why I Do Not Teach *Marbury* (Except To Eastern Europeans) And Why You Shouldn't Either, 38 Wake Forest Law Review 553 (2003). Disponível em: <<http://faculty.maxwell.syr.edu/tmkeck/Readings/Levinson2003.htm>>. Acesso em: 13/05/2017).

<sup>168</sup> ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Constitucionalismo. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Junior, Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/98/edicao-1/constitucionalismo>>. Acesso em: 13/05/2017.

ou do Executivo, mas, isso sim, um dever que possuem de fazê-lo, ante a regência constitucional a que submetidos<sup>169</sup>.

No constitucionalismo estadunidense, contudo, a Suprema Corte norte-americana não se limitou a promover a judicialização da política, mas também a adotar uma postura denominada de ativismo judicial. O ativismo judicial não se confunde com a judicialização da política, pois representa uma atitude deliberada de magistrados de interpretar proativamente o texto constitucional, conferindo a maior efetividade possível aos seus termos.

Com o passar dos anos, a Suprema Corte norte-americana tratou de questões envolvendo segregação racial entre brancos e negros (*Dred Scott v. Sanford* e *Brown v. Board of Education*), ações afirmativas (*Regents of the University of California v. Bakke* e *Fullilove v. klutznick*), devido processo legal (*Miranda v. Arizona*), direito à privacidade (*Griswold v. Connecticut*), dentre tantas outras, tomando, por vezes, decisões de caráter conservador, e, em outras situações, posições de traço mais liberal. O enfrentamento de temas tão variados como os mencionados aqui denota o ativismo da Suprema Corte estadunidense, uma vez que esta não estava obrigada, pelo modelo constitucional a que sujeita, a analisar este amplo espectro de matérias, mas ainda assim decidiu apreciá-las. Cuidando das características básicas do ativismo judicial, Barroso afirma o seguinte:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.<sup>170</sup>

Cumprе salientar, de outro giro, que a Suprema Corte estadunidense nem sempre adotou a postura proativa de interpretar a Constituição em termos mais efetivos. Em algumas ocasiões, a estratégia conferida pela Suprema Corte norte-americana no

---

<sup>169</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: **Revista da Escola de Magistratura Regional Federal**, v. 1, pp. 389-406, 2010.

<sup>170</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: **Ob. Cit.** v. 1, pp. 389-406, 2010.

juízo de causas submetidas à sua apreciação seguiu linha contrária, de pura abstenção ou deferência em relação aos atos emanados das demais funções do poder, numa atitude costumeiramente chamada de autocontenção judicial.

A autocontenção judicial representa o oposto do ativismo judicial. De acordo com Barroso, ela se manifesta quando o Judiciário adota uma postura de deferência ao produto final da atuação do Legislativo ou do Executivo: a lei em sentido lato e o ato administrativo. Quer isso dizer que o Judiciário, quando encampa uma atitude de autocontenção judicial evita, sempre que puder, um confronto com as instâncias tradicionalmente políticas do Estado.

Nesse cenário, a Suprema Corte (i) deixa de aplicar diretamente a constituição, especialmente quando ela não trata diretamente da situação concreta; (ii) declara a inconstitucionalidade de normas emanadas do Poder Legislativo apenas e tão somente quando houver patente e ostensiva violação da Constituição; e (iii) não intervém na definição de políticas públicas<sup>171</sup>. No enfrentamento de política realizada pelo Presidente Roosevelt, por exemplo, a Suprema Corte estadunidense prestigiou a postura de autocontenção judicial. Cuida-se do caso *Korematsu v. United States*, no qual Roosevelt havia instituído um tribunal de exceção com competência para “processar e julgar mais de cem mil nacionais de ascendência japonesa por suposta infidelidade à Constituição”, mas a Suprema Corte em nenhum momento discutiu a legitimidade do tribunal<sup>172</sup>.

Portanto, é plenamente viável sustentar que a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América conta com exemplos variados de ativismo judicial e de autocontenção judicial, embora haja uma tendência mundial de judicializar cada vez mais uma ampla gama de questões. Em todo o globo, constata-se que o Judiciário se afirma como foro competente para apreciar matérias que não são exclusivamente jurídicas, mas que estão a envolver pautas eminentemente sociais e políticas, situação

---

<sup>171</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: **Ob. Cit.** v. 1, pp. 389-406, 2010.

<sup>172</sup> Cf. ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Constitucionalismo. **Ob. Cit.** Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Junior, Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/98/edicao-1/constitucionalismo>>. Acesso em: 13/05/2017.

que rende ensejos a rediscussões da ideia liberal-positivista da neutralidade absoluta do magistrado<sup>173</sup>.

Cogitando desse movimento de expansão judicial, Antoine Garapon conclui que, diante da inércia do Legislativo e do Executivo, o direito acabou representando a última alternativa por meio da qual indivíduos e grupos poderiam formular suas pretensões políticas, com o que, então, o eixo das discussões e deliberações dessa natureza deslocou-se para o Judiciário. Tal deslocamento, em sua visão, e no que nos interessa mais de perto para o presente trabalho, foi facilitado, em primeiro lugar, pela produção de legislações débeis, claramente insuficientes para atender as demandas sociais da população a que se dirigia; e, em segundo lugar, pela promulgação de textos constitucionais que albergam princípios a serem considerados e aplicados pelo Judiciário. Vejamos excerto em que o magistrado francês expõe suas constatações:

A irrupção do ativismo jurídico só poderá ser compreendida se relacionada a um movimento profundo, do qual ele é apenas uma das manifestações. Não se trata de uma transferência da soberania para o juiz, mas sobretudo de uma transformação da democracia. A grande popularidade dos juízes está diretamente ligada ao fato de que foram confrontados com uma nova expectativa política, da qual se sagraram como heróis, e que encarnaram uma nova maneira de conceber a

---

<sup>173</sup> Barroso destaca que o ideal de neutralidade absoluta do magistrado, bem como a tese de que o Direito apresentaria uma independência total da Política, situações propugnadas pela teoria clássica da separação dos poderes, já não são tomadas como verdades fundamentais no âmbito do constitucionalismo contemporâneo. Atualmente, percebe-se com clareza que as fronteiras entre Direito e Política não são tão delimitadas como se pensara outrora. Pelo contrário: muitas vezes, estes dois campos revelam áreas de intersecção inegáveis, sendo tênue a linha demarcatória dos dois domínios. Basta ver, aliás, que a Constituição e as leis são frutos de autênticos processos políticos, e que os juízes e tribunais, no momento de decidir, carregam valores pessoais (morais, ideológicos, filosóficos e religiosos) que exercem certa influência na tomada de suas posições. Além disso, os magistrados por vezes se preocupam com os efeitos sociais que suas decisões podem gerar, não estando alheios a esse fator. Diante disso, a chamada Teoria Crítica do Direito afasta a pressuposta neutralidade do magistrado (pois este não se centra exclusivamente na aplicação do direito posto e da dogmática jurídica), defende que o fenômeno jurídico está a serviço das instâncias alçadas ao poder e que, com isso, o Judiciário apenas se predisporia à manutenção das relações de domínio constatadas. Ver, nesse sentido, CHAUI, Marilena. **O que é ideologia?** São Paulo: Brasiliense, 2012, p. 98-99, que enxerga no Direito instrumento de dominação de uma classe sobre outra, com esteio nas obras de Karl Marx. Pensamos assistir razão à Barroso quando o jurista afasta essa compreensão mais extremada da problemática. Mesmo em face dos fatores sócio-políticos citados, que de fato exercem influência no fenômeno jurídico, o Direito mantém sua autonomia. Vale dizer: ainda que estejam associados de maneira mais intensa do que a teoria clássica da divisão dos poderes sugeria, o Direito não se confunde com a Política. O juiz não pode decidir de forma livre e desarrazoada, com base exclusiva nas suas posições político-partidárias ou filosófico-morais. Deve, ao revés, recorrer a padrões jurídicos obrigatórios, como as normas, a doutrina, a jurisprudência e outras estruturas argumentativas no momento de justificar as posições que assume. (Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In: **Revista da Escola de Magistratura Regional Federal**, v. 1, pp. 389-406, 2010). Por isso, é possível afirmar que a neutralidade do Judiciário continua a representar um pressuposto da atividade judicante, mas que seu conceito deve ser repensado. Quer-nos parecer que a neutralidade não significa aplicação estrita do Direito e total independência do Judiciário em relação a fatores sócio-políticos; mas uma equidistância ou imparcialidade do magistrado frente às partes em litígio mesmo diante da existência de circunstâncias sócio-políticas relevantes e influentes, cuja existência não pode ser ignorada ou desconsiderada.

democracia. [...] (O direito) converteu-se na nova linguagem com a qual se formulam as demandas políticas que, desiludidas com um Estado inativo, se voltam maciçamente para a justiça.

Para a teoria clássica da democracia, especialmente ilustrada pelo sistema francês, a lei é a expressão da soberania popular. O juiz não tem qualquer influência sobre ela, limitando-se a aplicá-la. Essa concepção tão “legicêntrica” do direito é combatida por dois fenômenos diferentes, porém convergentes: a inflação de textos mal redigidos com conteúdo fraco, de um lado, e a integração numa comunidade política supranacional, de outro. A emancipação do juiz tem sua origem, antes de mais nada, no colapso da lei que garantiu, na visão clássica, a subordinação do juiz, e na nova possibilidade de julgar a lei oferecida pelos textos que contém princípios superiores, como a Constituição ou os Tratados Internacionais.<sup>174</sup>

No Brasil, o número de causas em que o Supremo Tribunal Federal adota uma postura ativista também é crescente. Com a redemocratização do país, a promulgação de uma constituição analítica e a criação de um sistema de controle de constitucionalidade extremamente abrangente, a possibilitar a propositura de ações por um número elevado de legitimados<sup>175</sup>, fatores aliados a uma intensa crise de representatividade por que passam os poderes políticos do país, nossa Suprema Corte passou a enfrentar mais e mais assuntos que seriam tradicionalmente discutidos em outros foros, em especial o Congresso Nacional.

Mencionado expansionismo judicial não raro enfrenta fervorosas críticas no Brasil. Alega-se, por exemplo, que os juízes, ao promover diretamente os direitos e garantias plasmados no texto constitucional, estão a usurpar funções que seriam, em realidade, do Poder Executivo (responsável por implementar políticas públicas) e do Poder Legislativo (a quem compete produzir as leis que fundamentarão a adoção das políticas públicas). Os membros do Executivo e do Legislativo são eleitos pelo povo para o exercício de um mandato, o que não ocorre em relação aos magistrados. Portanto, verificar-se-ia, a partir do ativismo judicial, uma crescente atuação dos juízes sem que houvesse a necessária legitimidade democrática a justificar a deliberação de pautas sociais e políticas<sup>176</sup>.

---

<sup>174</sup> GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001, pp. 39-40.

<sup>175</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *In: Ob. Cit.* v. 1, pp. 389-406, 2010.

<sup>176</sup> J.J. Gomes Canotilho defende a falta de legitimidade democrática dos juízes para decidir sobre a necessidade de promover tal ou qual ação social. Assevera o português que “os juízes não podem se transformar em conformadores sociais, nem é possível, em termos democráticos processuais, obrigar juridicamente os órgãos políticos a cumprir determinado programa de ação”. (Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 946).

Acresça-se a isso o fato de que não se afiguraria razoável permitir que um cidadão usufrua de um direito social porque se utilizou do Poder Judiciário e não se reserve a outro indivíduo, nas mesmas condições, o mesmo direito, somente porque deixou de ingressar com uma ação na Justiça. Muitas pessoas estão privadas do acesso à Justiça, ainda que a Constituição garanta expressamente esse direito fundamental, seja em virtude de razões de ordem econômica (impossibilidade de custear as despesas inerentes ao processo e os honorários advocatícios), seja em função de motivações sociais (falta de informação quanto à possibilidade de se pleitear judicialmente um direito constitucional), pelo que o ativismo representaria apenas o favorecimento daqueles que reúnem condições de se valer do Judiciário para pleitear um dado direito.

Outra importante crítica que se movimenta contra o ativismo judicial é a que se refere à clausula da reserva do possível, segundo a qual o Estado, dada a conhecida escassez de recursos financeiros e humanos a seu dispor, não poderia atender, a um só tempo, todas as demandas de sua população. Esse argumento visa, em última análise, condicionar a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º, da Constituição) à disponibilidade econômica e de pessoal do Poder Público.

Além destes argumentos, costuma-se dizer que as decisões judiciais que são fruto de uma interpretação efetiva da constituição implementam diretamente os direitos previstos no texto constitucional e influem na administração da coisa pública, subvertendo a ordem de prioridades sociais que competia ao Executivo e ao Legislativo traçarem. E tal fato é temerário, na ótica de uma parcela da doutrina, pois os juízes não têm conhecimentos técnicos e tampouco contam com dados suficientes acerca da realidade social do país ou da situação financeira do Estado. Diante disso, o Judiciário, na visão crítica que se estabelece acerca do ativismo judicial, deveria ocupar-se em realizar uma *microjustiça*, isto é, aplicar a lei ao caso concreto, deixando a cargo dos Poderes Executivo e Legislativo a tarefa de atender aos ditames da justiça social e, com isso, promover uma *macrojustiça*<sup>177</sup>.

Apesar das críticas que se estabeleceram em torno do ativismo judicial, é imprescindível destacar que muitas vezes a concretização dos direitos fundamentais depende fundamentalmente de uma postura proativa dos juízes, como ocorre com especial singularidade no caso do benefício assistencial a ser concedido à pessoa com

---

<sup>177</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: **Revista Jurídica UNIJUS**. Uberaba: v. 11, n. 15, pp. 13-38, nov. 2008.

deficiência. Portanto, ainda que a teoria clássica da separação dos poderes reste em alguma medida afetada pela atuação cada vez mais proeminente do Judiciário, e se constate um esvaziamento das funções originais do Legislativo e do Executivo, com todas as consequências prejudiciais mencionadas acima, pode-se afirmar que é precisamente em razão do ativismo judicial que direitos fundamentais como o do artigo 203, V, têm encontrado na prática uma efetivação mais consentânea com as finalidades constitucionais que presidiram a sua instituição. Se o Judiciário se abstivesse de interpretar a Constituição de modo mais efetivo, o direito fundamental ao recebimento de um benefício de prestação continuada jamais seria implementado em termos tão amplos como felizmente tem sido, pelo que se pode sustentar igualmente a existência de consequências positivas a decorrer do ativismo judicial.

A dicotomia estabelecida entre autocontenção judicial e ativismo judicial, explicada de forma perfunctória no presente tópico, nos ajudará a compreender adequadamente por que o Supremo Tribunal Federal alterou a posição que havia sido assumido anteriormente, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232-1/DF, quanto à constitucionalidade do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93. Como teremos oportunidade de anotar nos tópicos seguintes do presente capítulo, foi porque o Supremo Tribunal Federal abandonou sua atitude de autocontenção judicial e passou a conferir aos termos da Constituição uma efetividade maior, prestigiando uma postura de ativismo judicial, que o critério legal para concessão do benefício de prestação continuada foi considerado como inconstitucional.

#### **4.2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.232-1/DF**

Em 24 de fevereiro de 1995, o Procurador-Geral da República ingressava com Ação Direta de Inconstitucionalidade visando, em suma, o reconhecimento da incompatibilidade do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93 com a Carta Política. Na oportunidade, alegava-se que o dispositivo em referência limitava e restringia o direito garantido por norma constitucional (art. 203, V), pelo que não poderia ser mantido hígido no ordenamento jurídico.

O feito foi levado a julgamento por nossa Suprema Corte somente no ano de 1998. O Ministro Ilmar Galvão, relator do processo, considerou que a hipótese prevista pelo artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93 não poderia ser taxado de inconstitucional, uma vez que a situação ali contemplada estava a revelar uma verdade irrefutável: a de que

famílias com renda mensal *per capita* inferior a ¼ de salário mínimo são realmente miseráveis e não são capazes de prover a manutenção da pessoa com deficiência.

Entretanto, o Ministro Relator, em seu voto, levantou uma necessária questão: o fato de a norma do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93 estatuir uma verdade incontestável e, por isso, se manter de acordo com o texto constitucional, não significava dizer que o comando em tela era autossuficiente e capaz de eliminar qualquer outra situação caracterizadora da miserabilidade da pessoa com deficiência. Na visão do Relator, poder-se-ia cogitar de outros casos em que a pessoa com deficiência era miserável e estaria a depender da concessão do benefício assistencial, pois o artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93 não encerrava uma hipótese exclusiva de fruição do mencionado direito fundamental. Confira-se a sua argumentação nesse sentido:

A questão que resta é a de saber se a hipótese prevista pela norma é a única suscetível de caracterizar a situação de incapacidade econômica da família do portador de deficiência ou do idoso inválido. Revelando-se manifesta a impossibilidade da resposta positiva, que afastaria grande parte dos destinatários do benefício assistencial previsto na Constituição, outra alternativa não resta senão emprestar ao texto impugnado interpretação segundo a qual não limita ele os meios de prova da condição de miserabilidade da família do necessitado deficiente ou idoso.

Apesar de visionária, a posição externada pelo Ministro relator não encontrou eco em seus colegas, exceção feita ao Ministro Néri da Silveira, que o acompanhou. O Ministro Nelson Jobim logo manifestou discordância com a tese acima transcrita, por entender que competiria à lei, e apenas à ela, dispor sobre a forma de comprovação da miserabilidade. A lei em referência havia sido promulgada nesses termos, e não seria possível, então, para o Ministro Nelson Jobim, que se conferisse interpretação conforme na espécie, pois a definição do critério ocorreu de forma clara e objetiva.

Por maioria, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232-1/DF e manteve no ordenamento jurídico o artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93. A análise do acórdão sucintamente relatado aqui indica alguns fatores interessantes que nos auxiliam a compreender o porquê de o Supremo Tribunal Federal ter assentido com a existência de um critério tão pouco afinado com a vontade constitucional de garantir o mínimo existencial às pessoas com deficiência.

Na análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal prestigiou uma postura de autocontenção judicial (*self-restraint*). À época em que a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232-1/DF foi julgada pelo

Supremo Tribunal Federal, já existia a consciência de que a norma do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93 não atendia satisfatoriamente o comando constitucional inserto no artigo 203, V. Contudo, a Corte deixou de reconhecer este fato por compreender que a questão não poderia ser sanada por intermédio de uma ação do controle concentrado de constitucionalidade. Nos anos finais do século passado, o Supremo considerava que a solução passava por uma atitude a ser tomada exclusivamente pelo Poder Legislativo, órgão colocado como competente para conferir eficácia e aplicabilidade à norma constitucional em comento.

Além disso, a jurisprudência de nossa Suprema Corte, àquela altura, ainda não havia concebido maneiras mais efetivas de suprir a omissão inconstitucional. Diante de casos em que normas constitucionais não haviam sido regulamentadas por leis ordinárias ou complementares, o Supremo Tribunal Federal limitava-se a comunicar a omissão ao órgão responsável por editar o ato normativo (em geral o Poder Legislativo), sem fixar um período razoável de tempo para sua promulgação ou indicar um regramento alternativo a ser observado enquanto não sobreviesse a lei integrativa.

Estes fatores são bem explicados por Gilmar Mendes no julgamento da Reclamação n. 4.374/PE:

O raciocínio lógico do Ministro Jobim exerceu forte influência naquele julgamento<sup>178</sup> e acabou levando o Tribunal a adotar uma posição de autocontenção ante a constatação da insuficiência da legislação definidora dos critérios para a concessão do benefício assistencial. [...] Já se fazia claro, no entendimento de todos os Ministros que participaram daquele julgamento e igualmente do Procurador-Geral da República, que o critério objetivo previsto na LOAS não era por si só inconstitucional, mas, por outro lado, era visivelmente insuficiente para possibilitar a efetividade do benefício assistencial assegurado pelo art. 203, V, da Constituição. A Corte, seguindo a proposta do Ministro Jobim, acabou entendendo que esse problema da omissão inconstitucional não poderia ser resolvido por meio da ação direta de inconstitucionalidade, bastando, portanto, julgar improcedente a ação. Recorde-se que, naquele momento, o Tribunal mantinha firme posicionamento no sentido da infungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão (ADI 986, Relator Néri da Silveira, DJ 8.4.1994), assim como entendia que a constatação da omissão inconstitucional apenas deveria ser comunicada ao legislador.

Comporta revelar, entretanto, que mesmo diante dos obstáculos noticiados acima por Gilmar Mendes, a Procuradoria-Geral da República, responsável por propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade, assim como uma parte do Plenário do Supremo

---

<sup>178</sup> Gilmar Mendes refere-se à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232-1/DF.

Tribunal Federal, composta pelos Ministros Ilmar Galvão e Néri da Silveira, vislumbraram a possibilidade de se realizar, na ocasião, interpretação conforme a Constituição do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93<sup>179</sup>.

À época, a Procuradoria-Geral da República e a referida parcela do Plenário da Suprema Corte cogitaram da aplicação da interpretação conforme a Constituição do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93, para o fim de atestar que a hipótese nele contida evidenciava uma clara situação de miserabilidade (família com renda mensal *per capita* inferior a ¼ de salário mínimo), mas não excluía os meios de prova da condição de extrema pobreza dos necessitados com deficiência. Dessa maneira, é possível afirmar, segundo pensamos, que o critério legal de concessão do benefício de prestação continuada à pessoa com deficiência poderia ter sido declarado como inconstitucional já por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232-1/DF, mesmo diante das circunstâncias noticiadas acima.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal acabou por reconhecer a validade do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93 com a Constituição Federal, a despeito de seu evidente descompasso com a vontade constitucional de estender o benefício de prestação continuada a todas as pessoas com deficiência que realmente dele necessitassem. A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232-1/DF restou ementada da seguinte forma:

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.<sup>180</sup>

---

<sup>179</sup> A análise das normas jurídicas possibilita, em algumas ocasiões, uma série de interpretações diferentes, fato este de conhecimento comum entre os juristas. As múltiplas vias interpretativas que as normas jurídicas por vezes envolvem são consequências naturais do potencial semântico que todo texto, normativo ou não, ostenta. Pelo princípio instrumental de hermenêutica constitucional da interpretação conforme a Constituição, quando uma norma do sistema jurídico admitir variados sentidos, o intérprete deverá privilegiar aquele que for compatível com o texto constitucional, mesmo que a interpretação adotada não retrate o sentido mais óbvio ou evidente do enunciado normativo. O princípio da interpretação conforme a Constituição possibilita que o órgão incumbido de verificar a constitucionalidade de normas infraconstitucionais mantenha hígido o ordenamento jurídico sem recorrer ao expediente de eliminar expressões textuais ou artigos inteiros de lei. Por outras palavras, a interpretação conforme substancia tanto um princípio instrumental de hermenêutica constitucional quanto uma técnica de julgamento pela qual se reconhece a inconstitucionalidade de uma dada interpretação “sem redução do texto” da norma colocada sob análise.

<sup>180</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1232**. Rel. Min. Ilmar Galvão, Rel. p/ Acórdão: Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/1998, DJ 01-06-2001 PP-00075 EMENT VOL-02033-01 PP-00095. Disponível em:

Os magistrados e tribunais de instâncias ordinárias, entretanto, demonstraram certa relutância em acatar o entendimento encampado pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que a Corte em referência represente o órgão de cúpula do Judiciário. Por meio de uma atuação diligente, e sem qualquer receio de serem censurados por Ministros de Tribunais Superiores, magistrados brasileiros consideraram o artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93 enquanto uma regra válida do ponto de vista constitucional (conforme havia assentado a Suprema Corte), mas desenvolveram teses e justificativas racionais para deferir a concessão do benefício assistencial fora da rígida e estreita hipótese legal.

Nesse contexto, as instâncias ordinárias do Judiciário perceberam que a regra do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93 não se revelava como um parâmetro socialmente justo para se aferir a miserabilidade da pessoa com deficiência. Diante disso, recorreram a outros padrões jurídicos como forma de argumentação para conceder o benefício assistencial previsto constitucionalmente. Estes padrões, como teremos oportunidade de detalhar na sequência deste trabalho, incluem uma clara aplicação direta dos princípios constitucionais e a criação de critérios próprios para se aferir a miserabilidade da pessoa com deficiência.

Logo, a premissa da qual partiu Ronald Dworkin em sua revolucionária teoria (sobre a qual discorremos no item 2.4.1 da presente monografia) é inteiramente aplicável à situação que ora estamos a estudar. Em casos difíceis, a aplicação seca e automática das regras jurídicas não satisfaz e jamais poderá satisfazer plenamente aos imperativos de justiça. É necessário, nestas ocasiões, que se recorra a padrões distintos de regras como o artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93, para que se alcance uma solução mais consentânea com os objetivos e finalidades constitucionais. Gilmar Mendes, em seu voto na Reclamação n. 4.374/PE, salienta o papel preponderante das instâncias ordinárias do Judiciário na concretização do desejo constitucional de atender às necessidades básicas da pessoa com deficiência, assim como a insuficiência do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93, nos seguintes termos:

Uma difícil questão constitucional, que vem sendo resolvida pela atuação corajosa da magistratura de primeira instância, na tentativa de remediar um gravíssimo problema social que se notabiliza como uma soma de injustiças, decorrente de uma desencontrada relação entre a letra objetiva da lei e a vontade da Constituição. [...] O exame dos diversos casos revela um comportamento judicial peculiar, porém

---

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+1232%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+1232%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bk7mlrv>>. Acesso em: 09/04/2017.

muito comum. A análise histórica dos modos de raciocínio judiciário demonstra que os juízes, quando se deparam com uma situação de incompatibilidade entre o que prescreve a lei e o que se lhes apresenta como a solução mais justa para o caso, não tergiversam na procura das melhores técnicas hermenêuticas para reconstruir os sentidos possíveis do texto legal e viabilizar a adoção da justa solução.

O Ministro Marco Aurélio, no voto proferido no Recurso Extraordinário n. 567.985/MT, no qual funcionou como relator, promoveu semelhante constatação, ao asseverar que os juízes e tribunais de instâncias ordinárias do Poder Judiciário teriam superado o enunciado de uma regra colocada objetivamente pelo ordenamento jurídico, com o que, então, esta não se apresentaria mais enquanto constitucional, ao menos no que atine ao plano da sua aplicação:

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 permaneceu 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.

A Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais foi ainda mais longe na tarefa de relativizar o comando do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93. Após enfrentar uma série de casos assemelhados e concluir pela patente insuficiência do critério legal preconizado pelo dispositivo citado, a TNU editou a Súmula de n. 11, segundo a qual “a renda mensal, per capita, familiar, superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante”<sup>181</sup>.

Na prática, a solução adotada pelos juízes de primeiro grau, e confirmadas pelos tribunais de segundo grau de jurisdição, foram encaradas pelo Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) como afrontas à autoridade e à competência do Supremo Tribunal Federal, por negarem vigência a acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232-1/DF, no âmbito do qual se reconheceu a compatibilidade do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93 com a Carta da República. Não por outro motivo, a autarquia previdenciária passou a propor uma série de reclamações

---

<sup>181</sup> Referida súmula encontra-se atualmente cancelada.

constitucionais junto à Suprema Corte, argumentando o desrespeito a uma posição consolidada por aquele Tribunal.

A essa altura, a composição do Supremo Tribunal Federal já havia se alterado consideravelmente, como também sua jurisprudência já havia evoluído em alguns aspectos fundamentais. Os Ministros da Suprema Corte não reforçaram a tese esposada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232-1/DF, mas, ao revés, adotaram diferentes linhas de fundamentação para manterem o trabalho desenvolvido pelos magistrados e tribunais de instâncias ordinárias, garantidor da concessão do benefício de prestação continuada a famílias miseráveis que não preenchiam os estreitos requisitos do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93.

Alguns Ministros, como Celso de Mello<sup>182</sup>, Ayres Britto<sup>183</sup> e Ricardo Lewandowski<sup>184</sup> sustentavam que as reclamações deveriam ter seu seguimento negado por não representarem a via processual adequada a revolver ou reexaminar o conjunto fático-probatório dos autos. Estes Ministros, portanto, não reformavam as decisões de primeiro e segundo grau de jurisdição recorrendo a argumentos processuais. Outros Ministros, como Sepúlveda Pertence<sup>185</sup>, ingressavam na matéria de fundo, afirmando que as decisões reclamadas não afrontaram o posicionamento firmado pelo Supremo na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232-1/DF, mas apenas e tão somente reinterpretaram o artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93 à luz das alterações legislativas.

Dentre as numerosas reclamações que deram entrada no Supremo Tribunal Federal no período, é possível colher decisões monocráticas em que se afirma expressamente a possibilidade de comprovar a miserabilidade da pessoa com deficiência

---

<sup>182</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 4.422/RS**. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe-164. Divulg. 25/08/2011. Public. 26/08/2011. EMENT VOL-02574-01. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+4422%2ENUME%2E%29+OU+%28Rcl%2EACMS%2E+ADJ2+4422%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/btkwjae>>. Acesso em: 29/03/2017.

<sup>183</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 4.133/RS**. Rel. Min. Carlos Britto, Decisão Monocrática, Julgamento: 22/06/2006, DJ: 30/06/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+4133%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/q25ph2j>>. Acesso em: 29/03/2017.

<sup>184</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 4.366/PE**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Decisão Monocrática, Julgamento: 22/05/2006, DJ: 01/06/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+4366%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/nw9thv7>>. Acesso em: 29/03/2017.

<sup>185</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 4.280/RS**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Decisão Monocrática, Julgamento: 20/06/2006, DJ: 30/06/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+4280%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/c8y7hqx>>. Acesso em: 29/03/2017.

por outros meios que fujam ao restrito critério preconizado pelo artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93. Estas decisões monocráticas conferiam à atuação do Judiciário de primeiro e segundo graus um maior apoio, revelando, ainda que de forma embrionária, uma possível alteração do entendimento do Supremo acerca da temática. A Ministra Carmen Lúcia aderiu a esta orientação, aduzindo, em Reclamação, o seguinte:

[...] Na presente reclamação, expõe-se que teria havido afronta à autoridade da decisão que se põe no acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232 [...]. O exame dos votos proferidos no julgamento revela que o Supremo Tribunal apenas declarou que a norma do art. 20 e seu §3º da Lei n. 8.742/93 não apresentava inconstitucionalidade ao definir limites gerais para o pagamento do benefício a ser assumido pelo INSS, ora Reclamante. Mas não afirmou que, no exame do caso concreto, o juiz não poderia fixar o que se fizesse mister para que a norma constitucional do art. 203, inc. V, e demais direitos fundamentais e princípios constitucionais se cumprissem rigorosa, prioritária e inescusavelmente. [...]

A constitucionalidade da norma legal, assim, não significa a inconstitucionalidade dos comportamentos judiciais que, para atender, nos casos concretos, à Constituição, garantidora do princípio da dignidade humana e do direito à saúde, e à obrigação estatal de prestar assistência social « a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social », tenha de definir aquele pagamento diante da constatação da necessidade da pessoa portadora de deficiência ou do idoso que não possa prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. [...]

Quer o INSS, ora Reclamante, se considere ser a definição do benefício concedido pela sentença reclamada incompatível com o quanto decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232. [...] Também afirma que haveria incompatibilidade entre aquela decisão e a norma do §3º do art. 20 da Lei n. 8.742/93. Afirmando: e a miséria constatada pelo juiz é incompatível com a dignidade da pessoa humana [...]; e a política definida a ignorar a miserabilidade de brasileiros é incompatível com os princípios postos no art. 3º e seus incisos da Constituição; e a negativa do Poder Judiciário em reconhecer, no caso concreto, a situação comprovada e as alternativas que a Constituição oferece para não deixar morrer à mingua algum brasileiro é incompatível com a garantia da jurisdição, a todos assegurada como direito fundamental (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República).<sup>186</sup>

A questão posta nestas variadas reclamações, todavia, seria dirimida com definitividade no bojo de três processos que foram julgados simultaneamente pelo

---

<sup>186</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 3.805/SP**. Rel. Min. Carmen Lúcia, Decisão Monocrática, Julgamento: 09/10/2006, DJ: 18/10/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+3805%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bn2ugmf>>. Acesso em: 29/03/2017.

Plenário do Supremo Tribunal Federal. Estamos a nos referir à Reclamação n. 4.374/PE, ao Recurso Extraordinário n. 580.963/PR e ao Recurso Extraordinário n. 567.985/MT, os dois primeiros de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, e o último de relatoria do Ministro Marco Aurélio. Todos restaram julgados no ano de 2013, e representaram uma mudança de entendimento radical em relação à posição assumida pela Suprema Corte na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232-1/DF.

Cumprе salientar, todavia, com base nas decisões monocráticas que aqui elencamos, que a alteração do entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto aos requisitos necessários para a concessão do benefício de prestação continuada não surgiu espontaneamente a partir da análise de três processos por parte de seu Plenário. Os recursos extraordinários (580.963 e 567.985) e a reclamação (4.374) acima listados, em verdade, representam o ponto máximo de um movimento que teve início bem antes, com a prolação de diversas decisões monocráticas nas quais se reviu anteriores entendimentos acerca da intransponibilidade do critério objetivo insculpido no artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93. Por conseguinte, no instante em que os recursos extraordinários e a reclamação foram submetidos à análise de todos os Ministros a compor o Supremo Tribunal Federal, a posição assumida pela mesma Corte no enfrentamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232-1/DF já havia sido bastante relativizada, o que permitiu a forte mudança da jurisprudência do Tribunal no que atinava ao tema em foco.

#### **4.3 INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 20, §3º, DA LEI N. 8.742/93**

Em 18 de abril de 2013, a questão atinente à constitucionalidade do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93 foi levada ao Plenário do Supremo Tribunal Federal por intermédio da reclamação e dos recursos extraordinários a que se fez referência acima. Na ocasião, os Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, relatores dos feitos, expuseram seus votos e deram início às discussões que culminariam no reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93.

O Ministro Gilmar Mendes, nos votos proferidos na Reclamação n. 4.374/PE e no Recurso Extraordinário n. 580.963/PR, ambos de sua relatoria, trouxe uma importante contextualização da concessão do benefício de prestação continuada no país. Afirmou, em breves linhas, que “se antes da edição da Lei n. 8.742/93, o art. 203, inciso V, da Constituição era despido de qualquer eficácia – o que a doutrina especializada

costuma denominar de norma constitucional de eficácia limitada – o advento da legislação regulamentadora não foi suficiente para dotá-la de plena eficácia”. Aduziu, ainda, que “o requisito financeiro estabelecido pela lei começou a ter sua constitucionalidade contestada, pois, na prática, permitia que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício”.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes ressalta a atuação preponderante dos magistrados de primeiro grau em conceder o benefício assistencial às pessoas com deficiência que estivessem em condições de patente miserabilidade, mesmo que estas não atendessem o critério objetivo da Lei n. 8.742/93, como também evidencia que o Supremo Tribunal Federal, ao tomar conhecimento de tais decisões por meio das diversas reclamações movimentadas pelo INSS, passou a relativizar a posição anteriormente assumida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232.

A contextualização que faz em seu voto, sobre a qual já discutiremos no tópico anterior deste capítulo com maiores detalhes, é seguida dos fundamentos jurídicos que adota para reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93. De acordo com Gilmar Mendes, o dispositivo legal em tela seria incompatível com o texto constitucional por duas razões principais: (i) a omissão inconstitucional parcial em relação ao dever de efetivar a norma do artigo 203, V; e (ii) o processo de inconstitucionalização do §3º do artigo 20 da Lei n. 8.742/93. O estudo destas duas linhas argumentativas revela-se imprescindível para que se compreenda a contento porque o critério legal de aferição da miserabilidade padecia de inconstitucionalidade.

No Capítulo 1 da presente monografia, mais precisamente no tópico 1.2, dissemos que o benefício assistencial a ser concedido à pessoa com deficiência desamparada insere-se no contexto de um constitucionalismo dirigente, voltado para o atendimento de demandas sociais do Estado. Daí porque se diz que referido benefício de prestação continuada representa, segundo proposta classificatória tradicional, uma norma de eficácia limitada de princípio programático. Na explicação da primeira razão para se reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93, Gilmar Mendes parte desta mesma premissa, asseverando que a norma constitucional do artigo 203, V, foi introduzida “no bojo de uma ambiciosa agenda social” instituída por uma Constituição classificada de “Cidadã”.

No âmbito de constituições que apresentem fortes traços dirigentes, como ocorre com a Lei Fundamental de 1988, os direitos fundamentais (em especial o benefício de prestação continuada a que faz jus a pessoa com deficiência em contexto de

miserabilidade) assumem tanto uma dimensão subjetiva como objetiva. Pela primeira, isto é, pela dimensão subjetiva, o direito fundamental ao benefício assistencial transmuta-se para um autêntico “direito público subjetivo de caráter objetivo”. Nesta condição, seu titular está habilitado a exigir do Poder Público, tanto pela via administrativa quanto pela judicial, uma prestação normativa ou material que concretize a prerrogativa fundamental garantida em seu favor.

De outro lado, o direito fundamental, quando tomado em sua dimensão objetiva, está a gerar para as funções do poder o correlato dever de adotar providências tendentes a efetivá-lo em benefício de seus titulares. Este dever deve ser promovido em níveis adequados, sob pena de frustrar a expectativa constitucional e, em última análise, negar vigência ao desiderato encampado pelo constituinte ao instituir o direito fundamental (proibição da proteção insuficiente)<sup>187</sup>.

Sobre a inserção do artigo 203, V, no constitucionalismo dirigente, assim como acerca da distinção havida entre a dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, calha transcrever, em virtude de sua didática exemplar, a seguinte passagem do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes na Reclamação n. 4.374/PE:

[...] ao contrário de outras ordens jurídicas, que preferiram não estampar no texto constitucional promessas sociais mais ambiciosas, a ordem constitucional brasileira protege a assistência social e especificamente o benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição de 1988, como um verdadeiro direito fundamental exigível perante o Estado. Esse direito ao benefício assistencial de um salário mínimo possui uma dimensão subjetiva, que o torna um típico direito público subjetivo de caráter positivo, o qual impõe ao Estado obrigações de ordem normativa e fática. Trata-se, nesse sentido, de um direito à prestação em face do Estado, o qual fica obrigado a assegurar as condições normativas (edição de normas e conformação de órgãos e procedimentos) e fáticas (manutenção de um estado de coisas favorável, tais como recursos humanos e financeiros) necessárias à efetividade do direito fundamental.

Além de uma dimensão subjetiva, portanto, esse direito fundamental também possui uma complementar dimensão objetiva. Nessa dimensão objetiva, o direito fundamental à assistência social assume o importante papel de norma constitucional vinculante para o Estado, especificamente para os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Ela assim impõe ao Legislador um dever constitucional de legislar, o qual deve ser cumprido de forma adequada[...]. O não cumprimento total ou parcial desse dever constitucional de legislar gera, impreterivelmente, um estado de proteção insuficiente do direito fundamental. [...] os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção, expressando também um postulado de

---

<sup>187</sup> Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 689.

proteção. Haveria, assim, para utilizar a expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso, mas também uma proibição de proteção insuficiente.

Por conseguinte, o critério legal do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93, na visão do Ministro Gilmar Mendes, estaria a revelar uma incompatibilidade com o texto constitucional porque teria garantido uma proteção apenas e tão somente parcial ao direito fundamental previsto pelo artigo 203, V. A Constituição Federal de 1988 instituiu o direito fundamental ao recebimento de um benefício de prestação continuada à pessoa com deficiência que estivesse completamente desamparada. No entanto, o direito fundamental em comento não pôde ser usufruído por todas as pessoas com deficiência em patente estado de miserabilidade porque a lei responsável por integrar seus efeitos conferiu uma proteção insuficiente a este princípio constitucional, garantindo sua fruição apenas a uma parcela destacada de indivíduos que deveriam, sob a perspectiva constitucional, serem resguardados.

Ora, uma legislação complementar ou ordinária não pode se irrogar ao direito de restringir os comandos constitucionais, pena de subverter toda a estrutura escalonada ou hierarquizada de normas mantida pelo ordenamento jurídico. Eventuais restrições à Constituição que derivem de normas infraconstitucionais só serão admitidas quando promovidas com o beneplácito do texto constitucional, isto é, quando a própria Constituição autorize uma limitação da eficácia que inicialmente derivaria de seus termos. Isso, contudo, não é o que se passa com o artigo 203, V, do texto constitucional. A norma constitucional em destaque conferiu à lei o papel de regulamentá-la, o que não pode ser confundido com limitá-la ou restringi-la em suas intenções primordiais.

Creemos estar claro, a partir de nossas considerações e daquelas expendidas por Gilmar Mendes, que o artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93 é inconstitucional por não conferir uma proteção suficiente ao direito fundamental do artigo 203, V. Neste ponto, cumpre analisar a outra razão invocada pelo Ministro Gilmar Mendes para sustentar a inconstitucionalidade do critério legal para concessão do benefício assistencial: a relacionada ao processo de inconstitucionalização por que passou o artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93. Neste particular, o Ministro Gilmar Mendes passa a relacionar uma série de mudanças ocorridas na economia brasileira ao longo dos últimos 20 anos, com o fito de demonstrar que o critério objetivo colocado pela Lei n. 8.742/93 não poderia ser considerado afinado com a quadra atual do país. Vejamos o seguinte trecho de seu voto na Rcl. 4.374/PE:

[...] É fácil perceber que a economia brasileira mudou completamente nos últimos 20 anos. Desde a promulgação da Constituição foram realizadas significativas reformas constitucionais e administrativas, com repercussão no âmbito econômico, financeiro e administrativo. A inflação galopante foi controlada, o que tem permitido uma significativa melhoria da distribuição de renda. Os gastos públicos estão hoje disciplinados por Lei de Responsabilidade Fiscal, que prenuncia certo equilíbrio e transparência nas contas públicas federais, estaduais e municipais. [...] Nesse contexto de significativas mudanças econômico-sociais, as legislações em matéria de benefícios previdenciários e assistenciais trouxeram critérios econômicos mais generosos, aumentando para ½ do salário mínimo o valor padrão da renda familiar *per capita*.

De acordo com Gilmar Mendes, as alterações legislativas acerca de benefícios assistenciais, muito embora não tenham suprimido o critério objetivo do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93, comprovariam que o legislador ordinário não parte mais do mesmo valor padrão no momento de definir a política de concessão destes direitos. Vale dizer: o critério objetivo do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93 estaria completamente desatualizado, tendo em vista as notórias mudanças ocorridas em nossa economia. Com efeito, uma norma legal pode nascer inconstitucional ou, ao revés, pode se apresentar incompatível com a constituição após o decurso de um período de vigência, a partir de mudanças nas relações fáticas ou jurídicas<sup>188</sup>. Para Gilmar Mendes, o artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93 é inconstitucional tanto no seu nascedouro quanto em razão da desatualização do critério que encampa (Rcl. 4.374/PE):

Portanto, além do já constatado estado de omissão inconstitucional, estado este que é originário em 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).

Forte na proteção insuficiente ao artigo 203, V, assim como na inconstitucionalidade superveniente (em virtude do processo de inconstitucionalização), o Plenário do Supremo Tribunal Federal acabou por reconhecer a incompatibilidade do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93 com a Carta da República, aderindo à posição

---

<sup>188</sup> Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Ob. Cit.** São Paulo: Editora Saraiva, 2012, pp. 1.113-23.

externada pelo Ministro Gilmar Mendes, o qual, inclusive, ficou responsável por redigir o acórdão do Recurso Extraordinário n. 567.985/MT, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em razão de pequenas divergências havidas entre as ponderações de ambos os juízes.

Antes de encerramos o histórico da inconstitucionalidade do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93, faz-se necessário que façamos uma colocação da maior importância. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do critério objetivo encampado por este dispositivo legal, mas não pronunciou sua nulidade, em função de uma questão de ordem prática. Quando se está diante de uma inconstitucionalidade por omissão, retirar do mundo jurídico um dispositivo que regule insuficientemente o tema representa, na prática, piorar uma situação já complicada.

Por mais inadequado às finalidades constitucionais fosse o artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93, o fato é que ele representava um suporte mínimo de legalidade, a partir do qual o INSS podia analisar pedidos administrativos e decidir pelo deferimento ou pelo indeferimento do benefício de prestação continuada à pessoa com deficiência. Extirpá-lo do ordenamento jurídico não traria qualquer vantagem às pessoas com deficiência. Apenas traria maiores gravames à sua já difícil situação, na medida em que a autarquia previdenciária deixaria de conceder o benefício assistencial nos únicos casos seguros de deferimento (famílias com renda *per capita* inferior a ¼ de salário mínimo). Assim, adotou-se a técnica de reconhecer a invalidez parcial do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93, sem, entretanto, pronunciar-se sua nulidade<sup>189</sup>.

Para que possamos, então, resumir a posição externada pela Suprema Corte no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade parcial do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93, cumpre reproduzir a ementa da Reclamação n. 4.374/PE, por ser a mais completa e bem representativa dos argumentos considerados pelo Plenário na tomada desta decisão:

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu critérios para que o benefício

---

<sup>189</sup> Neste ponto, temos por ilustrativas as palavras do Min. Marco Aurélio, em seu voto no Recurso Extraordinário n. 567.985/MT: “não chego ao extremo de sugerir a superação da decisão proferida pelo Supremo na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232, por crer que o parâmetro abstrato possui valia. A declaração de inconstitucionalidade do artigo 20, §3º, da Lei n. 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 da lei que padece de vício de inconstitucionalidade por omissão parcial, pois significaria piorar situação que já não se adequa plenamente à Constituição”.

mensal de um salário mínimo fosse concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovassem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. 3. Reclamação como instrumento de (re)interpretação da decisão proferida em controle de constitucionalidade abstrato. Preliminarmente, arguido o prejuízo da reclamação, em virtude do prévio julgamento dos recursos extraordinários 580.963 e 567.985, o Tribunal, por maioria de votos, conheceu da reclamação. O STF, no exercício da competência geral de fiscalizar a compatibilidade formal e material de qualquer ato normativo com a Constituição, pode declarar a inconstitucionalidade, incidentalmente, de normas tidas como fundamento da decisão ou do ato que é impugnado na reclamação. Isso decorre da própria competência atribuída ao STF para exercer o denominado controle difuso da constitucionalidade das leis e dos atos normativos. A oportunidade de reapreciação das decisões tomadas em sede de controle abstrato de normas tende a surgir com mais naturalidade e de forma mais recorrente no âmbito das reclamações. É no juízo hermenêutico típico da reclamação – no “balançar de olhos” entre objeto e parâmetro da reclamação – que surgirá com maior nitidez a oportunidade para evolução interpretativa no controle de constitucionalidade. Com base na alegação de afronta a determinada decisão do STF, o Tribunal poderá reapreciar e redefinir o conteúdo e o alcance de sua própria decisão. E, inclusive, poderá ir além, superando total ou parcialmente a decisão-parâmetro da reclamação, se entender que, em virtude de evolução hermenêutica, tal decisão não se coaduna mais com a interpretação atual da Constituição. 4. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para 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 socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade do critérios objetivos. Verificou-se a

ocorrência do 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). 5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. 6. Reclamação constitucional julgada improcedente.<sup>190-191</sup>

A partir do reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal de que a hipótese do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/1993, não encerra o único caso de miserabilidade a justificar a concessão do benefício de prestação continuada, as demais instâncias do Poder Judiciário perceberam que a Suprema Corte dava total respaldo ao alargamento deste direito fundamental, mesmo que isso representasse uma atitude que poderia ser classificada de ativismo judicial, por implementar diretamente, independentemente da edição de uma normativa infraconstitucional, um princípio constitucional. Diante disso, as instâncias ordinárias do Judiciário passaram a se valer cada vez mais de critérios próprios para deferir ou não deferir tal benefício (os quais, por isso mesmo, chamaremos de critérios judiciais daqui em diante).

No capítulo derradeiro de nossa monografia, procuraremos elencar que critérios são levados em conta pelos juízes e tribunais para tornarem efetivos os termos do art. 203, V, da Constituição Federal de 1988. Além disso, teremos por missão promover uma análise crítica dos mencionados critérios judiciais, a fim de nos posicionarmos quanto ao atual estado de coisas, em que a concessão do benefício de prestação continuada está a depender muito mais da apreciação judicial das circunstâncias fáticas e jurídicas a incidir num caso concreto do que daquela levada a cabo pelo INSS, que

---

<sup>190</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 4374**. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, DJe-173 Divulg. 03-09-2013 Public. 04-09-2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+4374%2E+OU+%28Rcl%2E+ACMS%2E+ADJ2+4374%2E+ACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/blvvdw>>. Acesso em: 09/04/2017.

<sup>191</sup> Note-se que o Supremo Tribunal Federal não se atenta para o emprego da terminologia mais adequada para se referir às pessoas com deficiência. Ao invés de homenagear a nomenclatura adotada internacionalmente, e internalizada pelo ordenamento jurídico pátrio por intermédio do Decreto Legislativo n. 186/08 e pelo Decreto n. 6.694/09 com *status* de emenda constitucional, as ementas da Reclamação n. 4.374 e dos Recursos Extraordinários n. 567.985 e 580.963 recorrem às expressões “deficientes” e “portador de deficiência”. Por ocasião do julgamento destes processos, a internalização da Convenção da ONU já tinha ocorrido integralmente, pelo que não se verificam escusas para a não utilização da terminologia mais adequada. A situação toda está a evidenciar, em realidade, a dificuldade que mesmo os Tribunais Superiores encontram de conferir à problemática linguística a sua devida importância. Não se podem tomar por sinônimas as expressões em confronto. É que, como anotado na parte introdutória de nossa dissertação, a expressão “pessoa com deficiência” realça o papel dos obstáculos e barreiras arquitetônicas na inclusão destes indivíduos, o que não se passa com outras nomenclaturas, tais como “deficiente” ou “portador de deficiência”. Com isso, a expressão por nós privilegiada suaviza os estigmas que acompanham as pessoas com deficiência desde há muito tempo.

toma em conta exclusivamente o parâmetro econômico do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93.

## **5. DOS CRITÉRIOS JUDICIAIS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA A QUE SE REFERE O ART. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Ao reconhecer a inconstitucionalidade parcial do artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93, com esteio na proteção insuficiente que conferia ao artigo 203, V, do texto constitucional, como também no processo de inconstitucionalização por que passou o critério legal de aferição da miserabilidade, o Supremo Tribunal Federal sinalizou, de forma definitiva, que a hipossuficiência da pessoa com deficiência poderia ser atestada de maneiras diferentes. Por outras palavras, o critério colocado pelo artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93, na visão da Suprema Corte, não representaria o único caso patente de miserabilidade a envolver a pessoa com deficiência, pois a pobreza extrema poderia ser demonstrada ou evidenciada a partir de outros elementos de prova contidos nos autos do caso concreto.

Diante da mudança paradigmática que ocorreu na evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, levanta-se uma necessária indagação: de que modo os juízes e tribunais brasileiros passaram a verificar a miserabilidade da pessoa com deficiência no âmbito de casos litigiosos? Isto é, que critérios passaram a ser levados em consideração pelas instâncias ordinárias do Poder Judiciário e pelo Superior Tribunal de Justiça para afirmar que uma determinada pessoa com deficiência é titular do direito ao recebimento de um benefício assistencial e outra não o é? A resposta a essa questão exige uma incursão na jurisprudência dos tribunais pátrios, como não poderia deixar de ser. É o que passamos a fazer na sequência.

### **5.1 APLICAÇÃO DE OUTRAS LEIS A PREVER BENEFÍCIOS ASSISTENCIAIS**

No julgamento da Reclamação n. 4.374, do Recurso Extraordinário n. 580.963 e do Recurso Extraordinário n. 567.985, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, como uma das razões para declarar a inconstitucionalidade parcial do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93 (sem pronúncia de nulidade), que foram editadas pelo Estado Brasileiro diversas leis a prever benefícios assistenciais, cuja fruição dependia de critérios consideravelmente mais elásticos do que aqueles contidos pelo artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93.

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes pontuou que foram promulgadas a Lei n. 10.836/04 (criadora do Bolsa Família); a Lei n. 10.689/03 (instituidora do Programa

Nacional de Acesso à Alimentação); a Lei n. 10.219/01 (criadora do Bolsa Escola); e a Lei n. 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de renda mínima associados a ações socioeducativas.

Todas estas leis apresentaram critérios menos rígidos do que a Lei n. 8.742/93 para fruição dos benefícios que previam em favor de pessoas em situação de vulnerabilidade. Com base nesta constatação, o Poder Judiciário, já antes do reconhecimento de inconstitucionalidade parcial do artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93, entendia ser possível aplicar dispositivos destas outras leis para se aferir a miserabilidade da pessoa com deficiência, uma vez que seus critérios são mais vantajosos para a análise objetiva da miserabilidade.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por exemplo, no ano de 2009, pouco antes da entrada em vigor no ordenamento jurídico interno da Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas Com Deficiência, entendeu pela aplicabilidade das Leis n. 10.689/03, n. 10.836/01 e n. 10.219/01 para se analisar a condição de miserabilidade da pessoa com deficiência.

No entender daquela Corte Regional, não faria sentido se aplicar o critério preconizado pelo artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93 (renda de ¼ de salário mínimo) quando estes outros diplomas legais previam critérios mais elásticos para concessão dos benefícios que instituam (renda de ½ salário mínimo). O princípio da dignidade da pessoa humana impunha, na visão dos Desembargadores, igual tratamento jurídico para apuração da miserabilidade, pelo que seria plenamente viável que se cogitasse dos critérios previstos por outros diplomas legais e se exigisse das pessoas com deficiência renda inferior a ½ salário mínimo, e não a ¼ de salário mínimo, mesmo que estas normas legais não se referissem diretamente ao benefício de prestação continuada do artigo 203, V, da Constituição. Confira-se ementa do julgado a que se faz referência:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL AO DEFICIENTE. RENDA FAMILIAR MENSAL PER CAPITA SUPERIOR A ¼ E INFERIOR A ½ SALÁRIO MÍNIMO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PERCENTUAL ALTERADO POR LEGISLAÇÕES POSTERIORES. [...] CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. APELAÇÕES E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS. [...] **5. Nesse contexto, por certo, os rendimentos do núcleo familiar em que se insere a Autora ultrapassam o valor de ¼ (um quarto) do salário mínimo per capita, todavia, em verdade alcançam valor inferior a ½ salário mínimo per capita, porquanto deve ser considerado o valor líquido daquela renda, o que evidencia que ela não dispõe de**

**recursos minimamente dignos para prover a própria subsistência, máxime em se considerando os elevados gastos que demonstrou dispendir com remédios. 6. É de se reconhecer, portanto, que o fato de a renda per capita familiar alcançar valor líquido de 1/2 salário mínimo, não afasta a pertinência da fruição do benefício. 7. Isso se dá porquanto normas legisladas supervenientes à Lei n.º 8.742/93 que disciplinaram as políticas de amparo e assistência social promovidas pelo governo federal estabeleceram o critério de ½ salário mínimo como patamar definidor da linha da pobreza (Leis n.º 10.836/01 (Bolsa-família), n.º 10.689/03 (Programa Nacional de Acesso à Alimentação), n.º 10.219/01 (Bolsa-escola).** [...] 11. Sentença mantida. Apelações e remessa oficial improvidas.<sup>192</sup> (grifos meus).

Diversos são os julgados que, posteriormente à internalização da Convenção, continuam a conceituar a miserabilidade a partir da consideração a estas novas leis assistenciais, isto é, que tomam em conta a renda *per capita* inferior a ½ salário mínimo (e não a ¼ de salário mínimo, como exigia o artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93) para concederem o benefício de prestação continuada à pessoa com deficiência<sup>193</sup>. A remissão ao limite de ½ salário mínimo já atenua a patente inconstitucionalidade de que se reveste o artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93, uma vez que alarga o estreito critério para aferição da miserabilidade das pessoas com deficiência, mas também apresenta suas inconveniências.

A previsão de renda *per capita* familiar não superior a ½ salário mínimo pelas diversas normas de cunho assistencial que foram editadas após a Lei n. 8.742/93 eventualmente poderá se tornar inconstitucional também, uma vez que o critério aqui colocado está igualmente sujeito às mesmas mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas a que aludiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Recursos Extraordinários n. 580.963 e n. 567.985 e da Reclamação n. 4.374. Some-se a isso o fato de que, com a alusão exclusiva ao critério previsto por essas novas normas assistencialistas, corre-se o mesmo risco de haver um engessamento da análise que busca aferir a miserabilidade da pessoa com deficiência, excluindo-se pessoas com deficiência que, apesar de estarem inseridas em famílias com renda *per capita* superior a ½ salário mínimo, podem ainda assim estar em quadro de miserabilidade.

---

<sup>192</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível n. 0004369-81.2004.4.01.9199/MG**. Rel. Des. Fed. Francisco de Assis Betti, Rel. Juíza Fed. Conv. Rogéria Maria Castro Debelli, Segunda Turma, e-DJF1 p.546 de 02/04/2009. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em: 29/03/2017.

<sup>193</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível n. 00486622420134019199**. Rel. Des. Fed. Candido Moraes, Segunda Turma, e-DJF1 p.259 de 18/06/2015. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em: 28/03/2017.

É por estas razões que a aplicação de leis a prever outros benefícios assistenciais deve representar um expediente judicial a ser utilizado em conjunto com outros a serem tratados na sequência. A intenção que moveu o Judiciário a aplicá-las é legítima e se mostra de acordo com variados princípios constitucionais, mormente os da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da inclusão. No entanto, o recurso exclusivo a esse critério judicial pode conduzir a um estado de coisas próximo aquele que se desejava evitar inicialmente, caracterizado pelo afastamento de pessoas com deficiência em patente miserabilidade em função da estreiteza do critério legal que disciplina a concessão do benefício assistencial.

## **5.2 APURAÇÃO DA MISERABILIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA POR INTERMÉDIO DE OUTROS ELEMENTOS DE PROVA**

Na análise de ações em que se pleiteia a concessão de benefícios de prestação continuada com base no artigo 203, V, da Constituição, é muito comum que o Poder Judiciário recorra à produção de provas independentes para apurar o real estado de miserabilidade do requerente. Atualmente, juízes e tribunais têm conferido (felizmente) pouca importância ao quanto previsto pelo artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93, por consideraram como de maior relevância as provas que, carreadas aos autos, demonstram de forma inequívoca a miserabilidade do requerente<sup>194</sup>.

Na apuração da miserabilidade, juízes e tribunais recorrem aos mais diversos meios de prova que nossa legislação processual previu para a demonstração dos fatos que ensejam a concessão do benefício assistencial do artigo 203, V, da Constituição. Por exemplo, é possível localizar precedentes que levaram em conta, para a demonstração da hipossuficiência econômica da pessoa com deficiência, laudos periciais e estudos sociais firmados por profissionais competentes<sup>195</sup>, como médicos,

---

<sup>194</sup> Essa possibilidade foi preconizada pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo regime dos recursos repetitivos a que se referia o então vigente artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973, antes mesmo de o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a inconstitucionalidade do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93 sem pronunciar sua nulidade. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.112.557/MG**. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, S3-Terceira Seção, Data do Julgamento: 28/10/2009. DJe 20/11/2009, RSJT vol. 217, p. 963. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6722251&num\\_registro=200900409999&data=20091120&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6722251&num_registro=200900409999&data=20091120&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 05/04/2017).

<sup>195</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível n. 0025593-26.2016.4.03.9999/SP**. Rel. Des. Fed. Lúcia Ursaia, Décima Turma, Diário Eletrônico de 15/02/2017. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual>>. Acesso em: 28/03/2017.

assistentes sociais, dentre outros cujo conhecimento técnico possa auxiliar na apuração da miserabilidade.

Além dos laudos periciais e estudos sociais conduzidos por profissionais habilitados a tanto, juízes e tribunais também adotaram o costume de expedir mandados a serem cumpridos pelos Oficiais de Justiça para constatação da miserabilidade do requerente<sup>196</sup>. As avaliações que o Oficial de Justiça promove das condições de vida do requerente (se miseráveis ou não) gozam, como bem se sabe, de presunção quanto à sua legitimidade e veracidade. Daí porque estes juízes e tribunais passaram a recorrer aos servidores da própria Justiça para aferição da miserabilidade: suas conclusões só poderão ser infirmadas pelo INSS a partir de provas robustas em sentido contrário, isto é, de provas que efetivamente demonstrem que o requerente, a despeito da certificação do Oficial de Justiça, não é pobre ou miserável.

É comum, ainda, que juízes e tribunais tomem como comprovação da miserabilidade das pessoas com deficiência o depoimento de testemunhas que considerem idôneas para falar em juízo. Em algumas ocasiões, confere-se um valor tão substancial ao depoimento destas testemunhas que, mesmo diante de provas periciais que não lograram atestar a incapacidade laborativa do requerente, garante-se o benefício de prestação continuada do artigo 203, V, da Constituição, ante a confirmação, por indivíduos que conviveram com a pessoa com deficiência, de que esta, de fato, não reúne condições de prover sua própria subsistência ou de tê-la provida por sua família<sup>197</sup>.

A consideração de todos estes elementos de prova corrobora a asserção, promovida por muitos magistrados, no sentido de que o Judiciário não está jungido exclusivamente ao critério colocado pelo artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93, mas, antes, atua conforme princípios constitucionais que explicitam a lógica fundamental da concessão dos benefícios de prestação continuada às pessoas com deficiência: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade e mesmo o princípio processual do livre convencimento motivado do juiz<sup>198</sup>.

---

<sup>196</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível n. 0032021-87.2015.4.01.9199/TO**. Rel. Des. Fed. Francisco Neves da Cunha, Segunda Turma, e-DJF1 de 17/08/2016. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em: 28/03/2017.

<sup>197</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação Cível n. 00086734920114058300/PE**. Des. Fed. Luiz Alberto Gurgel De Faria, Terceira Turma, Data do julgamento: 22/11/2012, DJE 05/12/2012 - Página 202. Disponível em: <<https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/>>. Acesso em: 28/03/2017.

<sup>198</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível n. 0020780-92.2010.4.01.9199/MG**. Rel. Juiz Fed. José Alexandre Franco, 1ª Câmara Regional Previdenciária de Juiz

Neste ponto, contudo, é imperioso apurar que situações devem ser constatadas pelos peritos, pelos profissionais da medicina/assistência social ou pelo Oficial de Justiça, ou, ainda, que situações devem ser relatadas pelas testemunhas, para que juízes e tribunais venham a ser convencidos da necessidade de se garantir à pessoa com deficiência o benefício assistencial que busca em juízo. Por outras palavras, que fatos ou condições devem ser apontados pelos laudos periciais, pelos estudos sociais, pelos autos de constatação e pelos testemunhos de terceiros para que se reconheça o estado de miserabilidade da pessoa com deficiência e o seu direito ao benefício de prestação continuada. A resposta a tal indagação passa por uma série de fatores, como demonstrarão os seguintes subtópicos.

### 5.2.1 INCAPACIDADE LABORATIVA

Na introdução deste trabalho, destacamos que o conceito de pessoa com deficiência passou por profundas alterações, pois, se antes a deficiência era associada a uma incapacidade ou inaptidão de alguém para desenvolver uma atividade ou profissão, atualmente ela está ligada às barreiras que a própria sociedade, em seu conjunto, impõe a alguém, impedindo-a de interagir e de se incluir. Esta nova concepção da deficiência, que deriva da Convenção da ONU, alterou, ao menos em parte, a posição da jurisprudência quanto aos requisitos ensejadores da concessão do benefício de prestação continuada do artigo 203, V, da Constituição.

Após alguma resistência em aplicar o novo conceito de pessoa com deficiência, especialmente por parte do Superior Tribunal de Justiça, que ainda se reportava a esta categoria de pessoas como “deficientes” e entendia a deficiência como algo ínsito ao indivíduo, e não ao meio em que este está inserido<sup>199</sup>, é possível constatar precedentes, especialmente junto às instâncias ordinárias, dando respaldo aos termos convencionais e reinterpretando os requisitos necessários à concessão do benefício de prestação continuada.

A concessão do benefício de prestação continuada seguiu, durante muito tempo, a lógica de que a pessoa com deficiência deveria apresentar incapacidade laborativa total, ou seja, inaptidão em definitivo para o exercício de qualquer profissão. Até hoje,

---

de Fora/MG, e-DJF1 de 19/04/2016. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em: 28/03/2017.

<sup>199</sup> Cf. ARAUJO, Luiz Alberto David. MAIA, Maurício. O novo conceito de pessoa com deficiência e a aplicação da Convenção da ONU Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência pelo Poder Judiciário no Brasil. *In: Ob. Cit.* v. 2, n. 3, julho/setembro, 2015.

aliás, este entendimento encontra eco em nossos tribunais, como demonstra a seguinte ementa:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. PEDIDO DE AUXÍLIO-DOENÇA OU CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU AMPARO SOCIAL. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

[...]

**- Impossível também a concessão do benefício assistencial, que pretende receber, à luz do inciso V do art. 203 da Constituição Federal, c.c. o art. 20 da Lei nº 8.742/93, por não ter sido constatada a incapacidade total e permanente, que possa determinar deficiência para a vida independente.**

[...]

- Agravo improvido.<sup>200-201</sup> (grifos meus)

Tal raciocínio, entretanto, começa a ser paulatinamente repensado pela jurisprudência brasileira, na medida em que a Lei n. 12.470/2011 acrescentou à Lei n. 8.742/1993 o artigo 21-A. O dispositivo legal em comento autoriza a pessoa com deficiência a trabalhar (caso em que o direito ao benefício assistencial será suspenso), mas, na hipótese de vir a perder o emprego ou sua remuneração, garante a restituição do benefício, sem necessidade de realização de perícia médica ou de reavaliação da deficiência ou do grau de sua intensidade.

Com isso, deficiência deixou de estar associada obrigatoriamente a incapacidade laboral total e o benefício de prestação continuada ganhou independência da inaptidão definitiva da pessoa com deficiência para o trabalho. É possível que a pessoa com deficiência retorne a sua atividade remuneratória, situação em que deixará de receber o benefício assistencial, mas isto não impede que, tornando-se novamente hipossuficiente do ponto de vista econômico, torne a receber o auxílio assistencial.

Diante disso, pode-se afirmar que este requisito vem sendo contemporizado ou relativizado pela jurisprudência de vanguarda dos nossos tribunais, pois a incapacidade laboral não necessita ser definitiva e se referir a todas as atividades profissionais, mas pode ser parcial e temporária para gerar, ainda assim, direito ao benefício assistencial.

---

<sup>200</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, **Apelação Cível n. 1533454 - 0029263-82.2010.4.03.9999**. Oitava Turma, Rel. Des. Fed. Tânia Marangoni, julgado em 19/10/2015, e-DJF3: 04/11/2015. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual>>. Acesso em: 29/03/2017.

<sup>201</sup>No mesmo sentido, ver BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 302.593/SP**. Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, Data do Julgamento: 07/04/2015, DJe 13/04/2015. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=46477044&num\\_registro=201402701088&data=20150413&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=46477044&num_registro=201402701088&data=20150413&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 05/04/2017.

Veja-se, a propósito, a seguinte asserção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região quanto à mudança por que passa o critério da incapacidade laborativa:

Não há dúvida, portanto, de que o conceito de 'deficiência' atualmente albergado é mais extenso do que aquele outrora estabelecido, vez que considera como tal qualquer impedimento, inclusive de natureza sensorial, que tenha potencialidade para a obstrução da participação social do indivíduo em condições de igualdade. Coerente com esta nova definição de 'deficiência' para fins de concessão do benefício constitucional, a mencionada Lei 12.470/11 acrescentou à Lei 8.742/93 o artigo 21-A. [...] Verifica-se, portanto, que a legislação ordinária, em deferência às alterações promovidas em sede constitucional, não apenas deixou de identificar os conceitos de 'incapacidade laborativa' e 'deficiência', como passou a autorizar expressamente que a pessoa com deficiência elegível à concessão do amparo assistencial venha a exercer atividade laborativa - seja como empregada, seja como microempresária - sem que tenha sua condição descaracterizada pelo trabalho, ressalvada tão somente a suspensão do benefício enquanto este for exercido.<sup>202</sup>

A nosso sentir, a mudança de entendimento é oportuna. A associação automática que alguns juízes insistem em promover da deficiência com incapacidade laborativa total e permanente só se presta a denegrir a já combatida situação da pessoa com deficiência em termos de inclusão social. A alteração de entendimento quanto a esse requisito se adequa em definitivo com a conceituação de pessoa com deficiência que parte da Convenção da ONU (modelo social) e que, repise-se, já consta do quadro normativo interno do país, com *status* de emenda constitucional.

Por conseguinte, apesar de indicarmos a incapacidade laborativa como critério judicial para concessão do benefício assistencial no presente tópico (em razão dos numerosos precedentes que lamentavelmente continuam a exigir a sua verificação como condição para o deferimento do pedido), deve-se ressaltar que a consideração a esse fator tem sido progressivamente abandonada pela jurisprudência das Cortes Regionais, em atenção ao novo conceito de pessoa com deficiência encampado constitucionalmente, embora a guinada jurisprudencial nesse sentido ainda esteja em estágios muito iniciais.

Registre-se, por oportuno, que a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU), em atenção ao novo conceito de pessoa com deficiência previsto por nossa Constituição, emitiu, no ano de 2012, a Súmula de número 48, cujo teor é o seguinte: “a incapacidade não precisa ser permanente para fins de concessão do

---

<sup>202</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível n. 0029626-59.2016.4.03.9999/SP**. Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, Décima Turma, Diário Eletrônico de 09/02/2017. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual>>. Acesso em: 28/03/2017.

benefício assistencial de prestação continuada”. A TNU revelou, portanto, uma disposição clara e evidente de considerar a deficiência enquanto um fator não meramente biológico, mas, sobretudo, ambiental, na esteira da compreensão internacional que se estabelece quanto ao tema. Infelizmente, as demais Cortes brasileiras não seguiram completamente o belo exemplo passado pela TNU. Como anotado acima, a jurisprudência dos demais tribunais pátrios vacila quanto à aplicação do novo conceito de pessoa com deficiência, pois é comum que ainda se exija, para a concessão do benefício assistencial do art. 203, V, da Constituição, incapacidade laborativa total e permanente do requerente<sup>203</sup>.

## 5.2.2 PRESENÇA DE OUTROS FAMILIARES EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE SOCIAL OU ECONÔMICA

Quando se percebe no núcleo familiar da pessoa com deficiência que outros membros se encontram em situação de vulnerabilidade, a concessão do benefício de prestação continuada fica, como regra geral, facilitada. Trata-se de um fator levado em consideração em muitos julgados, de que é exemplo aquele cuja a ementa foi redigida nos seguintes termos:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. PREENCHIDOS OS REQUISITOS LEGAIS. DECISÃO FUNDAMENTADA.

[...]

IV - Proposta a demanda em 23.09.2008, o(a) autor(a) com 36 anos (nascimento em 30.03.1972).

V - Laudo médico pericial, datado de 10.05.2010, informa que a requerente apresenta distúrbio visual e hidrocefalia. Conclui que a incapacidade é parcial e definitiva. Destaca que depende da mãe para deambular.

[...]

**VI - Estudo social, de 30.06.2011, informa que a autora reside com os genitores (núcleo familiar composto por 3 integrantes), em imóvel próprio. A renda mínima advém da aposentadoria auferida pelo pai.** Faz consta que o imóvel é antigo e necessita de reforma. **Observa que os pais da autora são idosos e doentes.** Destaca a requerente necessita de ajuda constante dos genitores para locomoção.

VII - Autarquia junta informações do Sistema Dataprev indicando que o pai da petionaria auferia aposentadoria por tempo de contribuição,

---

<sup>203</sup> BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. **Súmula n. 48.** A incapacidade não precisa ser permanente para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>>. Acesso em: 29/03/2017.

com DIB em 11.02.1998, no valor de R\$ 566,63 - na competência de outubro de 2011 (1,03 salários-mínimos).

VIII - Decisão deve ser mantida, para que seja concedido o benefício ao(à) requerente, tendo comprovado a situação de miserabilidade, à luz da decisão do E. STF (ADI 1232/DF - Julgado - 27/08/98 - Rel. Min. Ilmar Galvão), em conjunto com os demais dispositivos da Constituição Federal de 1988, uma vez que não tem condições de manter seu próprio sustento nem de tê-lo provido por sua família, já que **o núcleo familiar é composto por 3 integrantes que possuem renda mínima, sendo que os genitores da autora são idosos, doentes e a requerente necessita de auxílio de terceiros para atividade diárias.**

[...]

XI - Agravo não provido.<sup>204</sup> (grifos meus).

O caso que ora citamos é paradigmático, representando uma situação verificada com alguma frequência na jurisprudência das Cortes Regionais. É comum constatar pessoas com deficiência que residem na casa de seus pais, os quais, por vezes, contam com idade avançada e também padecem de doenças incapacitantes. Nesse contexto, a família vive usualmente da baixa renda que um ou dois genitores auferem (proveniente, no mais das vezes, de aposentadoria ou pensão), que pouco satisfaz suas necessidades mais básicas.

Diante de casos como estes, os quais, repete-se, são corriqueiros, percebe-se que a família não reúne condições de manter a pessoa com deficiência e prover as necessidades especiais de que é ela titular. Por esta razão, magistrados e tribunais tem deferido o benefício assistencial, fortes na convicção de que a pouca estrutura que a família oferece à pessoa com deficiência está a denotar um patente quadro de miserabilidade.

### **5.2.3 GASTOS COM ITENS BÁSICOS DE SOBREVIVÊNCIA**

As despesas com itens básicos de sobrevivência, tais como as atinentes a medicamentos, a alimentos, à água, à moradia, à luz, dentre outras de igual relevância, exercem uma influência considerável na tomada de decisão por parte de magistrados e tribunais quanto à possibilidade ou impossibilidade de se conceder o benefício de prestação continuada a que se refere o artigo 203, V, da Constituição.

---

<sup>204</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, **Apelação/Reexame Necessário n. 1768088 - 0029066-59.2012.4.03.9999**. Rel. Juíza Convocada Raquel Perrini, julgado em 26/11/2012, e-DJF3:07/12/2012. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual>>. Acesso em: 29/03/2017.

Com efeito, quando as mencionadas despesas se encontram dentro do orçamento da unidade familiar que abriga a pessoa com deficiência, a jurisprudência dos tribunais pátrios tem se inclinado no sentido de não conceder o benefício assistencial<sup>205</sup>. De modo reverso, quando as despesas com medicamentos, alimentos, água, luz e moradia ultrapassam o orçamento da unidade familiar que abriga a pessoa com deficiência, os tribunais têm adotado a postura de conceder o benefício de prestação continuada, de molde a garantir uma dignidade mínima ao requerente. É o que se passa, por exemplo, com o seguinte precedente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

PREVIDENCIÁRIO. LOAS. INCAPACIDADE. RENDA PER CAPITA SUPERIOR A ¼ DO SALÁRIO-MÍNIMO. CASSAÇÃO DE BENEFÍCIO. MISERABILIDADE PODE SER AFERIDA POR OUTROS MEIOS. HIPOSSUFICIÊNCIA. NÃO PROVIMENTO. [...]4. O laudo de estudo social comprova que o autor mora com a mãe, um irmão e o avô em imóvel financiado adquirido da COHAB, com renda familiar de R\$ 930,00 referente à pensão por morte recebida pela mãe e à aposentadoria do avô (salário mínimo em 2009: R\$ 465,00), e que devido aos problemas psiquiátricos o autor necessita de acompanhamento médico, de medicamentos contínuos e exames de saúde. Conclui que aparentemente a família tem passado por dificuldade para manter a casa, o financiamento do imóvel e o tratamento de saúde da mãe e do autor, pois possui poucos recursos. (laudo f. 101/103). 5. O estudo socioeconômico complementar conclui pela insuficiência de renda, tendo em vista o relato da assistente social que confirma a precária condição financeira da família, pois Benedito Pereira Cândido, avô do autor, não reside no mesmo endereço que os demais. O valor da renda mensal per capita diminuiu pela metade, acarretando em dificuldades no dia a dia para manter as necessidades do grupo familiar (estudo sócio-econômico, f. 109/110). **6. Embora a renda per capita mensal da família seja superior a ¼ do salário mínimo, o estudo social confirma a hipossuficiência da família. A renda para subsistência é proveniente da pensão por morte recebida pela mãe do autor, no valor de um salário mínimo, para um núcleo familiar composto por três pessoas. A família paga R\$ 86,00 com a prestação da casa, restando apenas R\$ 140,00 mensais para cada membro, que gasta com alimentos e medicamentos, conforme estudo realizado in loco (f. 101/103).**[...] 12. Parcial provimento da apelação e da remessa quanto aos juros e correção monetária.<sup>206</sup> (grifos meus).

A impossibilidade de custear as despesas básicas listadas acima é, de fato, um importante indicativo socioeconômico de que a unidade familiar é incapaz de prover a

---

<sup>205</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível n. 0018770-70.2015.4.03.9999/SP**. Rel. Des. Fed. Carlos Delgado, Sétima Turma, e-DJF3: 09/02/2017. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>>. Acesso em: 28/03/2017.

<sup>206</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível n. 0038343-65.2011.4.01.9199/MG**. Rel. Juiz Federal José Alexandre Franco, 1ª Câmara Regional Previdenciária de Juiz de Fora/MG, e-DJF1 p.868 de 12/11/2015. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em: 29/03/2017.

manutenção da pessoa com deficiência. Se a família não apresenta recursos financeiros suficientes para manter-se em níveis mínimos de dignidade, é de se presumir, com alto grau de segurança, que esta mesma unidade familiar não reunirá condições efetivas de prover as necessidades especiais da pessoa com deficiência.

#### **5.2.4 AUTODETERMINAÇÃO**

Vimos no primeiro capítulo da dissertação que a dignidade da pessoa humana compõe-se de três elementos essenciais, a saber, o valor intrínseco, a autodeterminação e o valor comunitário<sup>207</sup>. Interessa-nos mais de perto, no presente momento, a autodeterminação. Por ela, todo o indivíduo tem o direito de tomar decisões fundamentais em sua vida. Aos indivíduos garante-se a oportunidade de eleger um ideal de vida específico, e de se conduzir de acordo com esse ideal. As escolhas fundamentais que uma pessoa deve realizar em sua vida, que envolvem aspectos familiares, profissionais, religiosos, morais, políticos, ideológicos, dentre outros de distintos matizes, revelam, no fundo, que ela vive com independência, pois é capaz de decidir o que lhe parece mais conveniente ou adequado para si própria, ao invés de delegar o exercício desta opção a terceiro.

Ocorre, porém, que alguns indivíduos demonstram dificuldades evidentes de exercer as escolhas que a vida impõe. Por vezes, a tomada de decisões pelo próprio interessado resta inviabilizada por razões ligadas às deficiências que este indivíduo possa apresentar. Por outras palavras, pode-se dizer que, por portar alguma deficiência específica, algumas pessoas não têm condições de se conduzir com independência, situação que, na prática, redundará, no mais das vezes, na impossibilidade de se manterem em níveis mínimos de dignidade.

Atento a essas circunstâncias, o Poder Judiciário tem perquirido, no momento de conceder ou denegar o benefício de prestação continuada a que se refere o artigo 203, V, se a pessoa com deficiência é capaz de realizar com independência as escolhas essenciais a envolver sua própria vida. Caso o requerente reúna condições de exercitar tais escolhas independentemente do auxílio de terceiros, tem-se um quadro favorável a denegação do benefício, pois se presume que a pessoa com deficiência consiga, de igual forma, arranjar meios que lhe permitirão sobreviver com dignidade. De outro giro, caso

---

<sup>207</sup> Cf. 1.2.2, *supra*.

o requerente demonstre necessitar de algum auxílio nesse sentido, a concessão do benefício torna-se o cenário mais provável.

Calha ressaltar, contudo, que dependência não quer significar, aqui, incapacidade para realizar todo e qualquer ato. Para que se configure validamente, a dependência está a exigir apenas que a pessoa com deficiência não consiga se autodeterminar completamente, isto é, que não consiga promover as escolhas fundamentais que todo indivíduo deveria realizar por si mesmo. Nesse sentido, cumpre colacionar, pelo seu didatismo, o seguinte excerto de precedente da lavra do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

O requisito incapacidade para a vida independente (a) não exige que a pessoa possua uma vida vegetativa ou que seja incapaz de locomover-se; (b) não significa incapacidade para as atividades básicas do ser humano, tais como alimentar-se, fazer a higiene e vestir-se sozinho; (c) não impõe a incapacidade de expressar-se ou de comunicar-se; (d) não pressupõe dependência total de terceiros; (e) apenas indica que a pessoa deficiente não possui condições de autodeterminar-se completamente ou depende de algum auxílio, acompanhamento, vigilância ou atenção de outra pessoa, para viver com dignidade.<sup>208</sup>

O entendimento que vem sendo propagado pelas Cortes Regionais nesse particular está a demonstrar coerência com o princípio-valor da dignidade da pessoa humana. Não é porque a pessoa com deficiência é capaz de realizar atividades básicas, como comer, limpar-se, falar, andar, ou outras da espécie, que o benefício de prestação continuada deve ser denegado. Muitas vezes, a deficiência que acomete o indivíduo atua de maneira menos tangível e mais tênue, mas seu resultado é o mesmo para a pessoa que a porta: ela a impede de conduzir-se com independência e, portanto, de prover a sua própria subsistência. Juízes e tribunais devem estar atentos às particularidades que cada deficiência está a envolver, para que injustiças desse teor não venham a ocorrer. Felizmente, na análise promovida por variados julgados é possível constatar tal cuidado por parte dos magistrados, consoante restou demonstrado, exemplificativamente, pelo precedente transcrito acima<sup>209</sup>.

### 5.2.5 COMPOSIÇÃO FAMILIAR

---

<sup>208</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível n. 0011599-06.2013.404.9999/RS**. Rel. Des. Fed. Ricardo Teixeira do Valle Pereira, 5ª Turma, e-DJF4 de 25/09/2013. Disponível em: <[http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado\\_pesquisa.php](http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php)>. Acesso em: 29/03/2017.

<sup>209</sup> Em consideração ao fator autodeterminação, pode-se citar também BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Ação Rescisória n. 0098248-06.2005.4.03.0000/SP**. Rel. Des. Fed. Eva Regina, Terceira Seção, e-DJF3 12/01/2010 p. 70. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>>. Acesso em: 05/04/2017.

A análise dos julgados a envolver a concessão do benefício de prestação continuada do artigo 203, V, também demonstra que a composição do núcleo familiar em que inserida a pessoa com deficiência influi na decisão de nossos tribunais. Quando se verifica, por exemplo, que a pessoa com deficiência reside com filhos menores que dela dependem, a concessão do benefício assistencial costuma restar facilitada<sup>210</sup>. Famílias numerosas e de poucos recursos financeiros em geral não reúnem condições de atender às necessidades especiais que a pessoa com deficiência apresenta, representando também uma circunstância favorável a concessão do benefício assistencial<sup>211</sup>.

Os estudos sociais que apuram a composição da unidade familiar em que inserida a pessoa com deficiência tem por objetivo precípuo identificar um ou mais membros que possam prover as necessidades básicas do requerente. Observa-se, a título de exemplo, que mesmo diante de um núcleo familiar numeroso, se houver um ou mais membros que possam auxiliar financeiramente a pessoa com deficiência, o benefício assistencial é negado pelo juízo competente<sup>212</sup>, posição que a nosso ver guarda compatibilidade com o texto constitucional, uma vez que o direito fundamental em evidência não é substitutivo do dever constitucional que os pais, filhos, e parentes próximos de maneira geral têm de amparar uns aos outros.

## **5.2.6 MEIO SOCIAL E CONDIÇÕES DE MORADIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

Juízes de primeiro grau e tribunais de segundo grau de jurisdição demonstram especial interesse no meio social em que inserida a pessoa com deficiência antes de conceder o benefício de prestação continuada a que se refere o artigo 203, V, da Constituição. Quando o requerente se encontra em uma região carente, em que os serviços de atendimento às necessidades básicas da população que o Estado deveria entregar ou não existem, ou funcionam de maneira muito precária, o Judiciário tem

---

<sup>210</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação/Reexame Necessário n. 0012753-18.2015.4.03.9999/SP**. Rel. Des. Fed. Carlos Delgado, Sétima Turma, e-DJF3 16/12/2016. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>>. Acesso em: 30/03/2017.

<sup>211</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível n. 0012073-28.2016.4.01.9199/RO**. Rel. Des. Fed. João Luiz de Sousa, Segunda Turma, e-DJF1 14/11/2016. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em: 30/03/2017.

<sup>212</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação/Reexame Necessário n. 0019518-05.2015.4.03.9999/SP**. Rel. Des. Fed. Carlos Delgado, Sétima Turma, e-DF3 08/11/2016. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>>. Acesso em: 30/03/2017.

concedido o benefício assistencial em seu favor<sup>213</sup>. Assim é porque a pessoa com deficiência passa a conviver em tais casos com dificuldades adicionais aquelas que derivam de sua condição especial. Ela passa a enfrentar obstáculos colocados pela ineficiência do Estado, ou seja, obstáculos relacionados a um contexto de vulnerabilidade social, que atingem pessoas com ou sem deficiência, para além daqueles de ordem arquitetônica ou ambiental que atingem as pessoas com deficiência de maneira especial.

Pessoas com deficiência que residam em zonas rurais enfrentam problemas semelhantes aos que foram aqui listados. Em regiões muito afastadas das cidades, em que a água da família provenha de poços, o escoamento de banheiros seja realizado por fossas rudimentares, o lixo não seja coletado, mas queimado<sup>214</sup>, e/ou que não se possa contar com acessos por rodovias asfaltadas, com o fornecimento de energia elétrica ou com o abastecimento de água<sup>215</sup>, o quadro de miserabilidade fica bem evidenciado, gerando a concessão do benefício de prestação continuada à pessoa com deficiência.

Mas não é apenas o meio social em que inserida a pessoa com deficiência que desperta a atenção do Poder Judiciário quanto à necessidade de se lhe garantir o benefício de prestação continuada do art. 203, V, da Constituição. Também sua própria moradia é colocada como critério para a concessão do sobredito benefício assistencial. A análise de casos a envolver a temática revelou que o fato de a família da pessoa com deficiência possuir um imóvel próprio, mesmo que este seja simples e esteja guarnecido com móveis de pequeno valor, consubstancia um fator a pesar contra a concessão do benefício<sup>216</sup>. O mesmo não se passa quando a família da pessoa com deficiência reside em imóvel cedido<sup>217</sup>, ou quando a habitação tem poucas condições de higiene<sup>218</sup>, pois, nestas situações, o Judiciário tem concedido o benefício assistencial.

---

<sup>213</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Agravo Legal em Apelação Cível n. 0015059-62.2012.4.03.9999/SP**. Rel. Des. Fed. Vera Jucovsky, Rel. p. acórdão: Juíza Federal Convocada Raquel Perrini, Oitava Turma, e-DJF3 Judicial 1 Data: 07/12/2012. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/2525662>>. Acesso em: 10/05/2017.

<sup>214</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível n. 0008668-23.2014.4.03.9999/SP**. Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, Oitava Turma, e-DJF3 16/04/2015. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>>. Acesso em: 30/03/2017.

<sup>215</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível n. 0020947-70.2016.4.03.9999/SP**. Rel. Des. Fed. Newton de Lucca, Oitava Turma, e-DJF3 29/09/2016. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>>. Acesso em: 30/03/2017.

<sup>216</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível n. 0005032-89.2008.4.03.6109/SP**. Rel. Des. Fed. Tania Marangoni, Oitava Turma, e-DJF3: 31/03/2016. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>>. Acesso em: 30/03/2017.

<sup>217</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível n. 0021957-52.2016.4.03.9999/SP**. Rel. Des. Fed. Newton de Lucca, Oitava Turma, e-DJF3 17/01/2017. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>>. Acesso em: 30/03/2017.

### 5.2.7 GRAU DE INSTRUÇÃO

A falta de acesso da pessoa com deficiência a níveis básicos de educação representa um dos principais fatores que juízes e tribunais brasileiros têm levado em consideração no momento de conceder ou não o benefício de prestação continuada a que se refere o artigo 203, V, da Constituição. Com efeito, não é preciso muito esforço para identificar-se a razão pela qual o Judiciário tem tomando em conta esta variável na apreciação da miserabilidade da pessoa com deficiência.

Quanto mais instruída a pessoa for (seja a que apresenta alguma deficiência, seja a que não revela nenhuma deficiência), maiores são as possibilidades de encontrar um emprego qualificado que permita o seu sustento e garanta sua independência financeira. É somente por intermédio de uma educação de qualidade que o indivíduo pode ter acesso a postos de trabalho que envolvam tarefas mais complexas e que sejam melhor remunerados.

O direito à educação, todavia, não se presta exclusivamente para preparar o indivíduo ao labor, mas também contribui para o desenvolvimento pessoal de cada um (haja ou não deficiência) e para formação de uma consciência cidadã. Quer-se dizer, com isso, que a educação gera indivíduos independentes e cientes de seus direitos e deveres dentro de uma dada sociedade. Por isso, a independência que a educação gera à pessoa não se resume ao aspecto financeiro, mas diz respeito as mais variadas áreas da vida.

Portanto, o direito à educação não garante apenas e tão somente vantagens àqueles que dele usufruem, mas também ao Estado como um todo. Isso porque, ao assegurar o pleno acesso a oportunidades de trabalho para a população, a educação contribui decisivamente para a redução da pobreza e da marginalização social, o que sem dúvida alguma repercute na concessão do benefício de prestação continuada. Além disso, a educação traz vantagens para o Estado no que toca à formação de uma consciência cidadã. É que o exercício regular e adequado da soberania popular, quer diretamente (por meio do plebiscito, do referendo ou da iniciativa popular), quer indiretamente (por meio de representantes eleitos de maneira democrática), exige como

---

<sup>218</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação/Remessa Necessária Cível n. 0000323-76.2012.4.03.6139/SP**. Rel. Des. Fed. Carlos Delgado, Sétima Turma, e-DJF3 06/09/2016. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>>. Acesso em: 04/04/2017.

pressuposto lógico e natural que as pessoas tomem suas decisões de forma consciente quanto às principais implicações para o todo social. A real noção da importância do voto e do processo eleitoral por parte da população só pode ser atingida pela educação dos seus membros, revelando mais uma função social desta prerrogativa dita fundamental.

Nesse sentido, cumpre destacar, ainda, que a educação não gera apenas um cidadão mais consciente do seu papel político na sociedade, mas também dos seus direitos enquanto pessoa humana. Por outros dizeres, ao se garantir a educação em favor das pessoas, trabalha-se para que elas sejam capazes de reivindicar direitos de toda ordem, como os referentes ao consumidor, ao meio ambiente, à moralidade administrativa, dentre tantos outros. Sucede que as pessoas com níveis mais altos de instrução revelam a capacidade de se autodeterminarem com mais desenvoltura, pois elas em geral estão conscientes de seus direitos e realizam as providências tendentes a satisfazê-los<sup>219</sup>. Sobre as consequências positivas que a garantia do direito à educação gera em favor de todos os indivíduos, e sobre a especial proteção conferida à pessoa com deficiência neste particular pela Constituição Federal de 1988, vale reproduzir a sempre oportuna lição de Luiz Alberto David Araujo e de Maurício Maia:

[...] poucos direitos são tão importantes como o direito à educação, que garante o acesso do ser humano ao instrumental necessário para o exercício da cidadania, para o pleno desenvolvimento pessoal e para a inclusão no mercado de trabalho; sem educação dificilmente o ser humano consegue atingir qualquer objetivo de desenvolvimento. Somente por intermédio da educação poderá o ser humano subsistir com dignidade, com capacidade para escolher os seus caminhos sociais e pessoais. [...] A Constituição, entretanto, não se contentou em fixar os princípios genéricos da educação, a serem interpretados, como visto, de acordo com os princípios da dignidade humana e da igualdade, mas cuidou de expressamente garantir às pessoas com deficiência o pleno acesso à educação, nos estabelecimentos da rede regular de ensino, determinando o oferecimento de atendimento educacional especializado, conforme disposição do artigo 208, III, da Lei Maior.<sup>220, 221</sup>

---

<sup>219</sup> Lembremos que a autodeterminação consubstancia, ela mesma, também um critério judicial para a concessão do benefício de prestação continuada, consoante tivemos oportunidade de anotar em passagem anterior da presente dissertação. Cf. 5.2.4, *supra*.

<sup>220</sup> Cf. ARAUJO, Luiz Alberto David. MAIA, Maurício. Direito à educação: a matrícula da pessoa com deficiência intelectual na rede regular de ensino. *In: Ob. Cit.* v. 16, p. 73-100, 2016.

<sup>221</sup> O artigo 208, III, do texto constitucional, citado pelos autores em referência, dispõe que “o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”.

O baixo grau de instrução de muitas pessoas com deficiência representa, sem dúvida alguma, um empecilho da maior grandeza para que estas saiam do quadro de miserabilidade em que situadas. Por estes motivos que nossos juízes e tribunais têm adotado a postura de conceder o benefício assistencial às pessoas com deficiência que sejam analfabetas<sup>222</sup> ou então que tenham encerrado sua vida escolar em estágio muito prematuro de educação<sup>223</sup>. O mesmo se passa quando o requerente do benefício assistencial não apresenta formação profissional para o desempenho de qualquer ofício<sup>224</sup>.

### **5.2.8 DESCONSIDERAÇÃO DE GANHOS FINANCEIROS OU DE MEMBROS DO GRUPO FAMILIAR NO CÔMPUTO DA RENDA MENSAL FAMILIAR**

Antes mesmo de o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a inconstitucionalidade do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93, o Poder Judiciário já recorria a critérios variados no momento de avaliar a necessidade de se conceder ou não o benefício assistencial em favor da pessoa com deficiência. Diante da inadequação patente do critério legal, que entendia por bem outorgar o benefício somente às famílias com renda *per capita* inferior a ¼ de salário mínimo, juízes e tribunais distribuídos pelo país passaram a buscar em outros parâmetros para buscar a solução justa aos casos que se lhes apresentavam.

Nesse contexto, pode-se apontar uma série de critérios que deixavam de considerar membros do grupo familiar e/ou de seus ganhos financeiros para efeito de apuração da renda mensal familiar e de sua miserabilidade. Com isso, a identificação da miserabilidade a envolver a pessoa com deficiência restava nitidamente facilitada, uma vez que valores até então considerados no cálculo da renda mensal *per capita* ficavam, agora, alheios ao cômputo, permitindo, portanto, que o benefício assistencial fosse entregue num maior número de situações.

---

<sup>222</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível n. 0032021-87.2015.4.01.9199/TO**. Rel. Des. Fed. Francisco Neves da Cunha, Segunda Turma, e-DJF1 de 17/08/2016. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em: 04/04/2017.

<sup>223</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível n. 0042795-55.2012.4.03.9999/SP**. Rel. Juíza Convocada Raquel Perrini, Oitava Turma, e-DJF3 de 18/10/2013. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=2>>. Acesso em: 04/04/2017.

<sup>224</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível n. 0008385-06.2009.4.03.6109/SP**. Rel. Des. Fed. Tania Marangoni, Oitava Turma, e-DJF3 de 08/08/2014. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>>. Acesso em: 04/04/2017.

A esse respeito, oportuno destacar que a jurisprudência dos tribunais pátrios firmou distintos entendimentos dando cumprimento a essa orientação. Indivíduos maiores de 21 anos passaram a ser excluídos do grupo familiar para o cálculo de renda *per capita*<sup>225</sup>; o benefício assistencial percebido por outros membros com deficiência ou idosos da família passou a ser desconsiderado para fins de apuração da renda familiar, desde que estivesse limitado a um salário mínimo<sup>226</sup>; passou-se a considerar como componentes do grupo familiar, para fins de renda *per capita*, apenas os indivíduos que estivessem arrolados expressamente no artigo 16 da Lei n. 8.213/91<sup>227-228</sup>; dentre outros.

A ideia por trás destes critérios (até hoje existentes), como se disse, é a de excluir do cálculo da renda mensal familiar valores que são essenciais à sua manutenção, alargando o estreito requisito previsto pelo artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93, e favorecendo, por via de consequência, a entrega do benefício assistencial num maior número de casos, algo que, em última análise, confere real eficácia ao objetivo constitucional de garantir dignidade a todos, especialmente às pessoas com deficiência.

---

<sup>225</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível n. 0001312-82.2011.4.01.4002/PI**. Rel. Des. Fed. Cândido Moraes, Segunda Turma, e-DJF1 de 06/08/2015 p. 2.539. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em: 04/04/2017.

<sup>226</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível n. 0006111-05.2010.4.03.6119/SP**. Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini, Oitava Turma, e-DJF3 08/08/2016. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>>. Acesso em: 04/04/2017.

<sup>227</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível n. 0025793-38.2011.4.01.9199/RO**. Rel. Juiz Federal Convocado Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo, Segunda Turma, e-DJF1 14/10/2014 p. 234. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em: 04/04/2017.

<sup>228</sup> No que se refere a esse último critério, que considera como membros da unidade familiar apenas as pessoas que constam do artigo 16 da Lei n. 8.213/91, é necessário promover considerações adicionais. Com o advento da Lei n. 12.435/11, o artigo 20, §1º, da Lei n. 8.742/93 passou a contar com nova redação, em que se expressa um novo conceito de família. Diante disso, os precedentes mais recentes dos tribunais regionais federais têm tomado em conta a disposição inserta no artigo 20, §1º, da Lei n. 8.742/93 ao invés de continuarem a se reportar ao artigo 16 da Lei n. 8.213/91, que era aplicado até então por analogia. A confirmar o que aqui se averba, verificar BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação / Remessa Necessária n. 0016645-95.2016.4.03.9999/SP**. Rel. Des. Fed. Tania Marangoni, Oitava Turma, e-DJF3: 25/07/2016. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>>. Acesso em: 04/04/2017. Ver também BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.147.200/RS**. Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, Data do Julgamento: 13/11/2012, DJe 23/11/2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25235931&num\\_registro=200901263619&data=20121123&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25235931&num_registro=200901263619&data=20121123&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 05/04/2017. Muito embora esteja superado, o critério foi mencionado no texto com o fito de demonstrar ou ilustrar, ainda que de um ponto de vista histórico-jurisprudencial, como o Poder Judiciário concebeu critérios próprios para excluir membros da unidade familiar no cômputo da renda familiar.

### **5.3 ANÁLISE CRÍTICA DOS CRITÉRIOS JUDICIAIS DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA À PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

Após perpassarmos os critérios que juízes e tribunais pátrios levam em consideração no momento de deferir ou indeferir o benefício de prestação continuada à pessoa com deficiência, é possível promover uma análise crítica do contexto geral que envolve a garantia deste direito fundamental. Tal análise evidencia aspectos positivos e outros negativos a envolver a lógica que preside a concessão do benefício assistencial às pessoas com deficiência. Iniciemos nossas considerações pelos aspectos positivos que de todo esse contexto emanam.

#### **5.3.1 ASPECTOS POSITIVOS**

A principal vantagem que indubitavelmente decorre do reconhecimento da inconstitucionalidade parcial do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93 pelo Supremo Tribunal Federal é a que se relaciona com o não engessamento do benefício assistencial. Ao se outorgar para o Poder Judiciário a tarefa de apurar casuisticamente a miserabilidade da pessoa com deficiência, permite-se, em última análise, que os requerentes cujas famílias possuam renda mensal *per capita* superior a ¼ do salário mínimo venham a usufruir do benefício de prestação continuada, desde que, é claro, estejam a viver em condições precárias, de pobreza. Dizendo o mesmo por outras palavras, a partir do reconhecimento de que o artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93 não encerra o único caso de miserabilidade possível, o benefício tem sido entregue a quem dele, de fato, necessita, o que não ocorria quando se tomava em conta apenas e tão somente o dispositivo legal em apreço, contexto que seguramente contribui para o avanço da igualdade, da inclusão da pessoa com deficiência e, sobretudo, da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, resta claro que a concessão do benefício de prestação continuada à pessoa com deficiência a partir de critérios judiciais, e não exclusivamente legais, alargou a aplicação do artigo 203, V, da Constituição Federal. Juízes e tribunais parecem conferir maior proeminência à intenção do legislador constituinte de garantir um mínimo de dignidade e igualdade às pessoas com deficiência do que ao desejo do legislador ordinário de limitar a concessão do benefício a famílias com renda *per capita*

inferior a ¼ de salário mínimo, postura que se afigura plenamente viável, dado que a norma infraconstitucional deve guardar compatibilidade com o texto constitucional.

Quer isso dizer que nosso Judiciário tem adotado a postura de conferir ao direito fundamental do artigo 203, V, da Carta Política de 1988 o caráter de verdadeiro princípio constitucional, na acepção propugnada por Robert Alexy e encampada pelo constitucionalismo contemporâneo, isto é, a de mandado de otimização (preceito a ser implementado na maior extensão do fática e juridicamente possível)<sup>229</sup>. A comprovação dessa asserção depende de um raciocínio simples e intuitivo.

Se o direito fundamental inserto no artigo 203, V, se revestisse exclusivamente do caráter de uma norma constitucional de eficácia limitada, sobre a qual discorreremos anteriormente<sup>230</sup>, este jamais poderia ser implementado diretamente pelo Poder Judiciário, na medida em que estaria a depender unicamente de uma lei infraconstitucional integrativa. Melhor dizendo, se o benefício assistencial representasse apenas uma norma programática, sua efetivação somente ocorreria nos termos da legislação integrativa que já foi promulgada (art. 20, §3º, da Lei n. 8.742/93), e não da forma como melhor entendem os juízes.

Ocorre, contudo, que o direito fundamental do artigo 203, V, da Constituição ganhou aplicação muito mais ampla do que a prevista inicialmente pela legislação de regência. Isso só foi viável em virtude do caráter principiológico que o benefício de prestação continuada assumiu no marco do constitucionalismo contemporâneo. Como todos os demais direitos fundamentais, o benefício de salário mínimo a ser concedido em favor das pessoas com deficiência, muito mais do que meramente uma norma constitucional de eficácia limitada (e de cunho programático), se apresenta atualmente como princípio constitucional, o que se verifica inequivocamente da sua alargada aplicação por nosso Judiciário, é dizer, da otimização por que passou.

Ao conferir uma efetividade máxima ao benefício assistencial do artigo 203, V, da Carta Política de 1988, ainda que à mingua de uma legislação ulterior de verdadeira integração à norma constitucional, o Poder Judiciário comprova o traço principiológico do direito fundamental de que cuidamos nessa dissertação, já que realiza o desiderato constitucional de garantir dignidade e igualdade à pessoa com deficiência na maior extensão do fática e juridicamente possível.

---

<sup>229</sup> Cf. 2.4.2, *supra*.

<sup>230</sup> Cf. 1.2.3, *supra*.

É certo, de outro lado, que, na condição de princípio, o direito fundamental previsto pelo artigo 203, V, da Constituição tem o condão de atender melhor aos imperativos de justiça que naturalmente representam o fim último da atividade judicante do Estado. Como adiantara Ronald Dworkin em sua obra, o recurso às regras nem sempre é capaz de satisfazer essas exigências de justiça<sup>231</sup>. Em nosso caso, o artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93, cuja natureza é de uma autêntica regra, a seguir a lógica do tudo-ou-nada, jamais poderia implementar a intenção constitucional de retirar da miséria todas as pessoas com deficiência que de fato não possam se manter, pois esse tipo de análise não pode ser reduzida a uma mera subsunção do fato à norma, feita a partir de critérios objetivos estanques. Sobre a necessidade de se atentar para a insuficiência das regras no atendimento a problemas complexos, a lição de Antoine Garapon é precisa:

A lei não se confunde mais com o direito: ela ainda guarda, certamente, uma importância essencial, mas não pode mais pretender fundamentar sozinha todo o sistema jurídico. [...] não se pode mais dela admitir um espírito abstrato, rígido, uniforme, que condena a um direito doutrinário, afastado da realidade. O controle jurídico, mais casuísta e mais leve, parece mais propício aos regulamentos sofisticados exigidos por nossas sociedades complexas. [...] a inflação de leis que nem sempre têm conteúdo normativo e a multiplicação de textos de editais de espírito volátil acabam por constituir um estoque normativo dificilmente controlável e gerador de efeitos perversos. [...] O recurso à regulamentação legislativa, da qual o político usa e abusa, ameaça exaurir o sistema jurídico. É preciso que o direito reencontre sua elegância. Ele só a reencontrará no momento em que passar a ser concebido não apenas como um conjunto de *regras*, mas também como um conjunto de *princípios*. [...] A lei torna-se um *produto semi-acabado que deve ser terminado pelo juiz*.<sup>232</sup>

Portanto, a missão de retirar da miséria as pessoas com deficiência que não podem prover a sua própria subsistência somente pode ser levada a cabo partindo-se do pressuposto de que o direito fundamental do artigo 203, V, da Constituição é um princípio e deve ser atendido dentro do que for fática e juridicamente possível. Esse pressuposto teórico permitirá ao Judiciário que se movimente de forma flexível entre os numerosos casos que envolvem o benefício assistencial, cuja complexidade não se resolve com uma simples previsão legal que preceitue quando sua concessão deve ocorrer e quando não deve ocorrer. O caráter multifacetário da realidade empírica não

---

<sup>231</sup> Cf. 2.4.1, *supra*.

<sup>232</sup> GARAPON, Antoine. **Ob. Cit.** Rio de Janeiro: Revan, 2001, pp. 40-1.

pode ser restrito pela rigidez própria das regras, sob pena de retornarmos ao marco do positivismo jurídico e abandonar por completo o ideal de justiça. Problemas da importância daquele que aqui se apresenta, envolvendo questões de dignidade humana, igualdade e inclusão da pessoa com deficiência, são atendidos de maneira mais satisfatória quando se recorre às regras e também aos princípios.

O Supremo Tribunal Federal sinaliza claramente que o artigo 203, V, da Carta da República não se circunscreve a uma norma constitucional de eficácia limitada de princípio programático. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 567.985/MT, a alegação formulada pelo INSS no sentido de que o benefício de prestação continuada deveria ocorrer exclusivamente nos termos do diploma integrador não convenceu o Plenário da Suprema Corte <sup>233</sup>. Pelo contrário: o Plenário manifestou-se pela possibilidade franqueada às instâncias ordinárias do Poder Judiciário de implementar o benefício assistencial mesmo fora das situações cogitadas pela legislação de regência, acentuando, por conseguinte, o caráter principiológico desse direito fundamental.

O direito fundamental ao recebimento de um benefício de prestação continuada compreende também um princípio constitucional, o que é demonstrado pelas diversas funções que, nessa condição, ele tem exercido dentro da ordem constitucional. Como um princípio constitucional, o artigo 203, V, do Texto Maior desempenha ao menos quatro funções que podem ser citadas:

a) O princípio constitucional que estabelece a necessidade de o Poder Público conceder à pessoa com deficiência um benefício assistencial é dotado de uma concretude semântica considerável, posto que é possível extrair de seu comando uma atitude a ser adotada pelo Estado. Tem-se, por assim dizer, um princípio revestido de uma densidade razoável, na medida em que seu traço deontológico encontra-se bem delimitado com a previsão do direito fundamental em comento, ainda que esteja a depender da edição de uma legislação infraconstitucional integrativa (regras jurídicas) que especifiquem ainda mais como ocorrerá o seu atendimento pelo Poder Público.

A concretude própria do princípio constitucional inserto no artigo 203, V, auxilia na definição de outros princípios constitucionais estruturantes, cujo traço

---

<sup>233</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 567.985/MT**. Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe-194. Divulg. 02/10/2013. Public. 03/10/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+567985%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+567985%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/acljv3b>>. Acesso em: 06/04/2017.

deontológico não resta tão bem delimitado. Princípios constitucionais como os da dignidade da pessoa humana e da igualdade material não especificam, de antemão, todas as condutas humanas que deverão ser realizadas para que sejam observados na prática. A simples menção a eles não é suficiente para que o intérprete saiba a totalidade das ações que deverão ser adotadas para que haja seu atendimento. Nesse sentido, pode-se assentar que o princípio do artigo 203, V, da Lei Maior auxilia na especificação do caráter deontológico dos princípios constitucionais estruturantes, exercendo, portanto, uma função essencialmente *definitória*, sobre a qual já discorremos anteriormente<sup>234</sup>.

Os dois princípios que se encontram na base do benefício de prestação continuada são, assim, definidos parcialmente por ele. A previsão constitucional de um benefício assistencial às pessoas com deficiência define, num sentido específico, deveres decorrentes da dignidade da pessoa humana, uma vez que garante o mínimo existencial sem o qual essa categoria de indivíduos não poderia sobreviver; como também define, num sentido particular, a igualdade material, ao impor ao Estado condutas positivas de atendimento às necessidades de pessoas em situação de carência social. É evidente que os princípios estruturantes da dignidade da pessoa humana e da igualdade material não exaurem toda sua amplitude semântica com a previsão constitucional do benefício assistencial, já que atingem um extenso número de outras situações sobre as quais deverão incidir; mas um aspecto relevante de seu potencial deontológico, direcionado às pessoas com deficiência, é especificado a partir do artigo 203, V, da Constituição Federal de 1988.

b) Por representar um princípio constitucional, o artigo 203, V, da Carta Política de 1988 tem sido utilizado de modo direto na fundamentação das decisões judiciais que analisam a concessão do benefício de prestação continuada às pessoas com deficiência. Esse cenário expõe o desempenho de uma *função fundamentadora*, sobre a qual também se dissertou em trecho anterior do presente trabalho<sup>235</sup>. Por ela, os princípios, aqui incluído o artigo 203, V, da Constituição, representam relevantes padrões jurídicos de aplicação do Direito a que devem recorrer magistrados e tribunais no momento de proferir suas decisões, sentenças e acórdãos.

c) Além das funções acima destacadas, imperioso sublinhar que o artigo 203, V, da Constituição revela seu caráter principiológico quando bloqueia a edição de normativa infraconstitucional em desacordo consigo. O reconhecimento da

---

<sup>234</sup> Cf. 2.3.1, *supra*.

<sup>235</sup> Cf. 2.3.2, *supra*.

inconstitucionalidade do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93, aliás, deu-se sobretudo porque o critério legal de aferição da miserabilidade não se mostrava compatível com a intenção constitucional, plasmada no artigo 203, V, de amparar pessoas com deficiência que não pudessem prover a sua própria subsistência. Por outras palavras, o princípio constitucional contido no artigo 203, V, no desempenho de uma *função bloqueadora*<sup>236</sup>, impediu que o Poder Público adotasse uma providência que limitasse a sua relevância jurídica.

d) Por último, pode-se lembrar que o artigo 203, V, da Constituição, exerce uma *função supletiva*<sup>237</sup> da omissão legislativa de regular a contento a concessão do benefício de prestação continuada à pessoa com deficiência. Especialmente após o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, o artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93 não é capaz de normatizar no plano infraconstitucional, e de forma completa, as situações em que se deve conceder ou negar a fruição do benefício assistencial à pessoa com deficiência. O vazio legislativo é suprido pela postura ativa de juízes e tribunais, que determinam de ofício a produção de provas que demonstrem a miserabilidade da pessoa com deficiência por outros meios. O Poder Judiciário, assim, preenche o vácuo legislativo mediante a aplicação direta do princípio constitucional contido no artigo 203, V, o qual, portanto, supre a lacuna indevidamente existente no sistema jurídico quanto a assistência social às pessoas com deficiência.

O desempenho das funções definitiva, fundamentadora, bloqueadora e supletiva reforçam a convicção de que o artigo 203, V, da Carta da República é realmente um princípio constitucional, e que por se apresentar desse modo, pôde ser aplicado de forma mais ampla do que o seria uma norma constitucional de eficácia limitada (programática). O traço principiológico do artigo 203, V, da Carta Política representa uma vantagem imprescindível às pessoas com deficiência, que puderam (e ainda podem) contar com o benefício assistencial a que fazem jus mesmo diante da inércia inaceitável do Poder Legislativo de emitir uma legislação de integração compatível com as intenções constitucionais de ampará-las quando miseráveis.

Mister ressaltar, nessa toada, que a constatação de que o artigo 203, V, compreende um princípio constitucional atende muito mais decisivamente o artigo 5º, §1º, da Carta Política de 1988 do que a sua consideração enquanto uma norma

---

<sup>236</sup> Cf. 2.3.3, *supra*.

<sup>237</sup> Cf. 2.3.4, *supra*.

constitucional de eficácia limitada (programática). Referido dispositivo constitucional preceitua que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. A previsão constitucional em destaque, contudo, sempre se viu restringida pela concepção de normas constitucionais de eficácia limitada, pois o que se tinha na prática eram direitos fundamentais que estariam a depender da edição de uma regência infraconstitucional e que, assim, claramente não se revestiriam de uma eficácia e aplicabilidade imediatas, não obstante os dizeres do art. 5º, §1º.

A conciliação da eficácia limitada que emanaria de alguns direitos fundamentais, como o do artigo 203, V, com a pretensa aplicabilidade imediata geral que decorreria do artigo 5º, §1º, do texto constitucional, sempre representou problemática teórico-constitucional de difícil equacionamento. A dificuldade ínsita ao impasse que aqui se coloca é tão grande que a doutrina constitucional passou a questionar a tradicional classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia e aplicabilidade, ao menos no que se refere ao campo dos direitos fundamentais. Buscando uma solução que atenda mais decisivamente a aplicabilidade imediata que deveria emanar dos direitos fundamentais, especialmente dos sociais, Ingo W. Sarlet sustenta tese que relativiza em alguma extensão a conhecida classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia.

O eminente constitucionalista reconhece a possibilidade de que alguns direitos sociais de cunho prestacional previstos pela Carta Política de 1988 venham a ser exigidos judicialmente, ainda que estejam a depender da edição de leis complementares ou ordinárias que em teoria integrariam seus efeitos jurídicos. No seu entender, caso se verifiquem determinadas condições fáticas e jurídicas, é viável que um indivíduo syndique judicialmente um direito a prestação positiva do Estado. Desta forma, Sarlet propõe que se aplique uma autêntica ponderação de princípios constitucionais, com base na teoria propugnada por Robert Alexy, no momento de se concluir pela possibilidade ou impossibilidade de exigir judicialmente o atendimento a um direito prestacional, mesmo à falta de uma norma complementar ou ordinária que lhe integraria os efeitos.

É dizer, a depender da situação que se coloca no caso concreto, e do direito fundamental de que se está cuidando na espécie, seria admissível concluir pela possibilidade de exigir judicialmente do Estado a adoção de uma dada providência ou atitude positiva, independentemente da edição de uma lei complementar ou ordinária integrativa do comando constitucional. Confira-se:

[...] constata-se a possibilidade de se reconhecerem, sob determinadas condições, verdadeiros direitos subjetivos a prestações, mesmo independentemente ou para além da concretização pelo legislador. [...] O modelo ponderativo de Alexy oferece-nos, para além do exposto, talvez a melhor solução para o problema, ao ressaltar a indispensável contraposição dos valores em pauta, além de nos remeter para uma solução calcada nas circunstâncias do caso concreto (e, portanto, necessariamente afinada com as exigências da proporcionalidade), já que estabelecer, nesta seara, uma pauta abstrata e genérica de diretrizes e critérios efetivamente não nos parece possível. Assim, em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do Legislativo (assim como da separação dos poderes e as demais objeções aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações) esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes (fundamentais, ou não) resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo é ultrapassado, tão somente um direito subjetivo *prima facie*[...].<sup>238</sup>

Semelhante constatação é promovida por Flávia Piovesan. A jurista em referência averba que não há como se estudar o Direito Constitucional atual sem compreender o caráter principiológico de que se revestem grande parte de suas normas. Nesse sentido, a interpretação que se realiza das disposições constitucionais deve ter a finalidade primordial de conferir efetividade a elas, isto é, de concretizá-las na prática, hermenêutica esta que pode render ensejo a consideração das normas constitucionais enquanto preceptivos atribuidores de direitos subjetivos aos cidadãos:

Conclui-se, por conta do estágio em que se encontra o constitucionalismo brasileiro, motivado que fora pelas transformações experimentadas pelo contemporâneo Direito Constitucional ocidental, destacando-se nesse contexto as Cartas alemã, portuguesa e espanhola, que não há possibilidade de se estudar e aplicar o Direito Constitucional sem que se confira prevalência à tônica principiológica que este detém [...]. O que deve, então, vingar, a bem da efetiva implementação de todos os ditames constitucionais, é mesmo o entendimento de que seus princípios constitucionais fundamentais valem como lei – lei constitucional. Possuem “eficácia jurídica positiva ou simétrica”, pois criam, sim, direito subjetivo ao cidadão, possibilitando-lhe exigir judicialmente a produção daqueles efeitos. E para tanto é que se reclama a hermenêutica concretizadora, que culmine por prestigiar a força normativa dos princípios constitucionais fundamentais, otimizando a força expansiva do princípio da dignidade humana.<sup>239\_240</sup>

---

<sup>238</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 373-4.

<sup>239</sup> Cf. PIOVESAN, Flávia. **Ob. Cit.** São Paulo: Editora Saraiva, 2016, pp. 576-579.

No presente trabalho, estamos a tratar de um direito fundamental que, como visto anteriormente<sup>241</sup>, está intrinsecamente associado à dignidade da pessoa com deficiência que não reúna condições de se manter ou de ter seu sustento provido pela família. Por isso, o não atendimento a este direito fundamental, ou a concretização insuficiente dele, resultam em necessária afronta à própria dignidade da pessoa com deficiência, para não falar de outras prerrogativas jusfundamentais que ela titulariza, como o direito à vida, à inclusão, à igualdade material, dentre outros que poderiam ser citados.

Verificando, assim, que de um lado da colisão entre princípios constitucionais (o favorável à efetivação pelo Judiciário do artigo 203, V, do texto constitucional) pendem a dignidade da pessoa humana, a igualdade material e o próprio direito à vida da pessoa com deficiência, que precisa se manter com um mínimo existencial, e, de outro (o que defende a impossibilidade de o Judiciário implementar diretamente este direito à prestação positiva), concorrem razões atinentes apenas à separação dos poderes e à preservação da competência do Legislativo de regular o benefício de prestação continuada, deve-se concluir, forçosamente, que a melhor ponderação constitucional é aquela que privilegia a viabilidade de a pessoa com deficiência pleitear judicialmente o benefício assistencial, pois não é dado que se lhe exija o sacrifício de prosseguir vivendo em patente miserabilidade com o fito de preservar uma competência disciplinadora do direito fundamental que até hoje o Legislativo não exerceu a contento.

Por todo o exposto, a compreensão do artigo 203, V, como um princípio constitucional (na acepção de mandado de otimização, apresentada por Alexy), em substituição à noção de norma constitucional de eficácia limitada programática, nos parece mais compatível com o estágio do constitucionalismo contemporâneo, marcado por uma maior efetividade das disposições constitucionais, e com os próprios termos da

---

<sup>240</sup> A posição externada por Ingo W. Sarlet e por Flávia Piovesan, a conferir uma maior normatividade às disposições constitucionais, em especial aquelas que albergam direitos fundamentais, encontra fundamento decisivo na obra original de Konrad Hesse, um dos teóricos de maior importância para que o Direito Constitucional contemporâneo assumisse a feição que ostenta. Sobre o tema de que ora nos ocupamos, Hesse afirmava: “a íntima conexão, na Constituição, entre a normatividade e a vinculação do direito com a realidade obriga que, se não quiser faltar com o seu objeto, o Direito Constitucional se conscientize desse condicionamento da normatividade. [...] Em outros termos, o Direito Constitucional deve explicar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional.” (HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, pp. 139-40).

<sup>241</sup> Cf. 1.2.2, *supra*.

Lei Maior de 1988, que propugna por uma aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º). A relativização da classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia e aplicabilidade no campo dos direitos fundamentais, propugnada não apenas por Sarlet e Piovesan, mas por outros constitucionalistas de semelhante envergadura nas letras jurídicas nacionais<sup>242</sup>, ganha importância singular no tema ligado à assistência social em favor da pessoa com deficiência, uma vez que o atendimento urgente às suas necessidades materiais não se compatibiliza com a concepção do artigo 203, V, apenas como uma disposição constitucional que garante direito *prima facie*, a ser atendido se, e na forma, do que vier a ser estabelecido pelo Legislativo.

Dá a vantagem inegável de se tomar o artigo 203, V, da Constituição como um princípio: seu atendimento não fica sujeito apenas à atuação incerta e muitas vezes insuficiente do Legislativo, mas também resta garantido pela interpretação que os magistrados e tribunais conferem ao texto constitucional, a partir das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.

Do ponto de vista prático, infelizmente percebe-se que as disposições constitucionais se ressentem, no Brasil, de aplicação imediata e integral. Especialmente no que atina aos direitos fundamentais, aqui incluído o artigo 203, V, do texto constitucional, nota-se uma completa dissonância entre o que está estabelecido pela Carta da República de 1988 e o quadro social do país. Todavia, a Constituição é um texto vigente e o cumprimento às suas disposições é tarefa precípua do Judiciário. Por isso, juízes e tribunais devem recorrer a uma abordagem da Constituição que efetivamente permita-os aproximar, tanto quanto viável, o dever ser da norma ao ser da realidade social. Por outras palavras, cabe ao Judiciário, na interpretação das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais como o do artigo 203, V, extrair o sentido que os torne mais atuantes na prática, pois estamos diante de autênticos princípios constitucionais que demandam otimização dentro do que for fática e juridicamente possível.

A denominada *doutrina da efetividade*, defendida de forma veemente por Luís Roberto Barroso, reforça a ideia aqui defendida, ao propor que se toda norma jurídica goza do atributo da imperatividade, deve-se considerar que a norma constitucional

---

<sup>242</sup> Cf. SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 250. Ver, ainda TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 101.

também o ostenta<sup>243</sup>. De acordo com mencionada doutrina, é necessário colocar as normas constitucionais em prática da mesma maneira que toda norma jurídica, pois a norma constitucional também se propõe a regular no plano empírico as condutas humanas, por meio dos modais deônticos da permissão, da proibição e da obrigação.

Ora, a concretização da norma constitucional, mormente daquelas definidoras de direitos fundamentais a depender da edição de uma lei que discipline o seu funcionamento no plano infraconstitucional, como é o caso do benefício assistencial a ser concedido à pessoa com deficiência, passa, a nosso sentir, pela sua consideração enquanto um princípio constitucional. A partir desta concepção teórico-constitucional, o direito fundamental do artigo 203, V, se livra em definitivo das amarras que a legislação ordinária promulgada - a Lei n. 8.742/93 -, ou que eventualmente venha a ser promulgada, lhe imprimiu de modo indevido, ganhando fôlego para se tornar verdadeiramente efetivo e auxiliar o maior número possível de pessoas com deficiência em quadro de miserabilidade.

### **5.3.2 ASPECTOS NEGATIVOS**

O alargamento da concessão do benefício de prestação continuada previsto pelo artigo 203, V, da Carta Política, que se justifica pelo seu nítido caráter principiológico e pelo atual estágio do constitucionalismo contemporâneo, assim como pelo reconhecimento da inconstitucionalidade parcial do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93 (sem pronúncia de nulidade) por parte do Supremo Tribunal Federal, veio acompanhado, contudo, de algumas desvantagens inegáveis, que merecem menção. Abaixo, elencamos as duas principais objeções que, a nosso sentir, podem ser promovidas contra a existência de critérios judiciais para a concessão de benefícios assistenciais às pessoas com deficiência.

#### **5.3.2.1 ACESSO À JUSTIÇA**

Pelo atual estado de coisas, a concessão do benefício assistencial está a depender muito mais de uma atuação judicial do que da análise promovida pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Somente quando a renda mensal *per capita* da família for

---

<sup>243</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2009, pp. 305-6.

inferior a  $\frac{1}{4}$  é que a concessão deste direito fundamental é realizada pela autarquia previdenciária, mesmo porque, nessas ocasiões, a presunção de sua miserabilidade é absoluta, não comportando quaisquer discussões<sup>244</sup>. Em situações que não se amoldem ao previsto no preceptivo legal em destaque, o deferimento do benefício assistencial está a depender do preenchimento de critérios preconizados pelo Poder Judiciário, como vimos.

Ocorre, entretanto, que o acesso à justiça ainda não é pleno no Brasil. Muitas pessoas não têm consciência de seus direitos, ou sequer estão cientes da possibilidade de se ingressar em juízo postulando o benefício assistencial. Em outras vezes, os indivíduos até têm conhecimento da possibilidade de postular judicialmente o atendimento a seus direitos, mas não reúnem condições financeiras de arcar com as despesas processuais e/ou com os honorários advocatícios que uma representação adequada lhes exige<sup>245</sup>. Ora, na medida em que a concessão do benefício assistencial

---

<sup>244</sup> O Superior Tribunal de Justiça atesta que a presunção de miserabilidade é absoluta quando a renda *per capita* do grupo familiar em que situada a pessoa com deficiência é inferior a  $\frac{1}{4}$  de salário mínimo. “A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo”. (grifei). Sucede que, atendido o critério legal, não há margem para qualquer discussão quanto à miserabilidade da pessoa com deficiência. De outra parte, não atendido o critério legal, a demonstração da miserabilidade dependerá da existência de outros meios de prova. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.112.557/MG**. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, S3-Terceira Seção, Data do Julgamento: 28/10/2009. DJe 20/11/2009, RSJT vol. 217, p. 963. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6722251&num\\_registro=200900409999&data=20091120&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6722251&num_registro=200900409999&data=20091120&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 06/04/2017).

<sup>245</sup> Alguém poderia objetar que a falta de condições financeiras para arcar com as custas processuais e com os honorários advocatícios não representa verdadeiro obstáculo ao acesso à justiça, já que as Defensorias Públicas se incumbem da defesa dos interesses dos necessitados na esfera judicial. A questão, entretanto, não é tão simples quando esse argumento sugere. Em que pese a Constituição de fato garantir, em seu artigo 134, que a Defensoria Pública é instituição permanente predisposta à representação judicial e extrajudicial de necessitados, a implementação dessa garantia constitucional sempre conviveu com dificuldades no plano da sua execução, notadamente em razão de obstáculos orçamentários. Em recente pesquisa, apontou-se que “a insuficiência de Defensores Públicos, de quadros de apoio e a existência de unidades jurisdicionais não atendidas pelas Defensorias impõem restrições e asseveram as desigualdades relativas ao acesso à Justiça em regiões do país”. Cf. BRASIL. Ministério da Justiça. **IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil (Diálogos da Justiça)**. Org. GONÇALVES, Gabriella Vieira Oliveira. BRITO, Lany Cristina Silva. FILGUEIRA, Yasmin Von Glehn Santos. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015, p. 65. O caso do Estado de Santa Catarina ilustra com precisão o contexto que se busca retratar. Aquela unidade da federação, até o ano de 2012, não havia adotado medidas tendentes a instituir sua própria defensoria pública, a despeito de o texto constitucional preceituar essa obrigatoriedade. Referida omissão mereceu profundas críticas por parte do Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.270/SC, caracterizou a omissão enquanto uma “situação institucional que configura severo ataque à dignidade do ser humano”, assim como uma “violação do inc. LXXIV do art. 5º e do art. 134, caput, da redação originária da Constituição de 1988”. Ao final, a Ação Direta de Inconstitucionalidade foi julgada procedente para se determinar que o Estado de Santa Catarina instituisse sua própria defensoria pública, no prazo máximo de um ano da data de julgamento daquela ação. Cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.270/SC**. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. DJe-188. Divulg.

tem dependido mais da apreciação judicial do que dos termos da lei ou da análise realizada pelo INSS, as pessoas que não têm acesso à justiça ficam, naturalmente, com chances mais reduzidas de obterem-no. As duas problemáticas, aqui, estão intimamente relacionadas.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, dois dos principais estudiosos do acesso à justiça no plano global, afirmam que este conceito ganhou importância sobretudo a partir do reconhecimento de direitos sociais em favor dos cidadãos, a que corresponderiam deveres imputados aos governos. No marco dos direitos fundamentais de primeira dimensão ou geração, em que se exigia do Estado apenas uma atitude de abstenção em relação às prerrogativas dos indivíduos, não havia maior preocupação com o tema, pois se entendia que, ao se garantir formalmente ao indivíduo a possibilidade de ingressar com demandas em juízo, seu direito a uma prestação jurisdicional estaria completa e satisfatoriamente atendido. Vejamos as palavras dos teóricos em análise:

O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e no ensino do processo civil. Nos estados liberais “burgueses” dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. [...] O Estado, portanto, permanecia passivo com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los *na prática*. Afastar a “pobreza no sentido legal” – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. À medida em que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho, [...] o movimento fez-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos. [...] Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfarestate* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos.<sup>246</sup>

---

24/09/2012. Public. 25/09/2012. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4270%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4270%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/axadc3>>. Acesso em: 07/04/2017.

<sup>246</sup> CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, pp. 9-11.

A preocupação com o acesso à justiça, no que toca aos direitos sociais e, em especial, ao benefício de prestação continuada, é plenamente justificável. A concessão do benefício assistencial depende atualmente da análise a ser efetivada por juízes e tribunais pátrios, circunstância que denota seu caráter principiológico. Esse cenário evidencia, assim, que a fruição do direito fundamental ao recebimento de um benefício de salário mínimo mensal só ocorrerá validamente se se garantir como condição prévia e necessária o direito fundamental ao regular acesso à justiça. É por tal razão que Cappelletti e Garth aduzem que o “acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos”<sup>247</sup>.

Na situação de que cuidamos no presente trabalho, caracterizada por litígios que colocam, de um lado, pessoas com deficiência que não possam prover sua própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, e que, dessa forma, encontram-se em poucas condições de defender seus direitos de maneira adequada, e, de outro, uma autarquia federal de grandes proporções, com quadro de procuradores próprios, altamente gabaritados e preparados para defender seus interesses em juízo, pode-se concluir que as partes não se encontram no mesmo patamar quando se tratar de propor e contestar ações judiciais. Recorrendo, ainda mais uma vez, a Cappelletti e Garth, percebe-se que

Os novos direitos substantivos das pessoas comuns têm sido particularmente difíceis de fazer valer ao nível individual. As barreiras enfrentadas pelos indivíduos relativamente fracos com causas relativamente pequenas, contra litigantes organizacionais – especialmente corporações ou governos – têm prejudicado o respeito a esses novos direitos. Tais indivíduos, com tais demandas, frequentemente não têm conhecimento de seus direitos, não procuram auxílio ou aconselhamento jurídico e não propõem ações. [...] A grande tarefa dos reformadores do acesso à justiça é, portanto, preservar os tribunais ao mesmo tempo em que afeiçoam uma área especial do sistema judiciário que deverá alcançar esses indivíduos, atrair suas demandas e capacitá-los a desfrutar das vantagens que a legislação substantiva recente vem tentando conferir-lhes.<sup>248</sup>

A existência das barreiras a que fazem alusão Cappelletti e Garth não podem ser ignoradas, pois da eliminação delas depende totalmente a fruição, pelas pessoas com deficiência, do direito ao recebimento de um benefício de prestação continuada.

---

<sup>247</sup>CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Ob. Cit.** Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 12.

<sup>248</sup> CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Ob. Cit.** Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 92.

Todavia, não é porque o Brasil ainda convive com entraves significativos ao acesso de todos à justiça que se deve afastar totalmente a lógica que preside a concessão do benefício assistencial às pessoas com deficiência, calcada nos critérios judiciais de aferição da miserabilidade. Muitas medidas podem (e têm sido) adotadas no sentido de ampliar o acesso à justiça, inclusive para os membros menos afortunados da sociedade, conferindo maior aplicação ao direito constitucional em apreço.

Note-se, por exemplo, que com a criação dos Juizados Especiais Federais pelo advento da Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, muitas das causas que discutem a concessão do benefício de prestação continuada à pessoa com deficiência passaram a contar com um procedimento mais célere e informal, além de consideravelmente menos custoso, circunstâncias que sem sombra de dúvida contribuem para promover um contexto mais consentâneo com o acesso à justiça<sup>249</sup>. Embora a atuação dos Juizados Especiais Federais não represente o foco central da presente dissertação, faz-se necessário registrar que a colaboração que prestam à efetivação do direito fundamental ao benefício assistencial é deveras substancial<sup>250</sup>.

Cappelletti e Garth ressaltam a importância de se instituir novos órgãos judiciais e extrajudiciais, assim como de se conceber novos procedimentos e mecanismos judiciais, na tentativa de garantir, na maior extensão do possível, acesso efetivo das pessoas à justiça. Segundo os processualistas em apreço, “um sistema destinado a servir as pessoas comuns, [...] deve ser caracterizado pelos baixos custos, informalidade e

---

<sup>249</sup> Cappelletti e Garth defendem que quanto menor o valor da causa, mais dificultoso torna-se para a parte o acesso à justiça, pois a barreira relativa aos custos torna-se um problema ainda mais considerável. Dizem os processualistas em referência que “causas que envolvem somas relativamente pequenas são mais prejudicadas pela barreira dos custos. Se o litígio tiver de ser decidido por processos judiciais formais, os custos podem exceder o montante da controvérsia, ou, se isso não acontecer, podem consumir o conteúdo do pedido a ponto de tornar a demanda uma futilidade”. (CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 19). O benefício de prestação continuada envolve apenas o pagamento de um salário mínimo à pessoa com deficiência, incidindo aqui todas as dificuldades mencionadas pelos autores. Nesse cenário, cresce em importância a instituição e o desenvolvimento dos Juizados Especiais Federais, competentes para apreciar demandas de menor valor econômico. A eliminação das barreiras associadas ao processo judicial comum pelos Juizados Especiais Federais garante o acesso de várias pessoas com deficiência à atuação do Judiciário, tornando mais viável a opção de entrar com uma demanda contra o INSS com a finalidade de obter o benefício assistencial.

<sup>250</sup> Em pesquisa de campo realizada no ano de 2012 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), apurou-se que do total de 970.176 feitos a tramitar perante os Juizados Especiais Federais, 70,6% correspondiam a demandas em que se pleiteava a concessão de algum benefício previdenciário. Os processos em que se discutia a concessão do benefício de prestação continuada em favor de pessoas com deficiência e idosos representavam nada menos que 6,2% do total de ações que eram julgadas pelos Juizados Especiais Federais, isto é, exatos 60.270 feitos por ano. Cf. Acesso à Justiça Federal: dez anos de juizados especiais / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

rapidez, por julgadores ativos e pela utilização de conhecimentos técnicos bem como jurídicos”<sup>251</sup>.

Os Tribunais Regionais Federais também têm feito sua parte no que se refere ao acesso das pessoas com deficiência à justiça e, por via de consequência, à concessão do benefício de prestação continuada, quando preenchem o requisito atinente à miserabilidade. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por exemplo, conta com uma Seção inteiramente especializada em Previdência e Assistência Social, nos termos de seu Regimento Interno (art. 10, §3º)<sup>252</sup>. De outro lado, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região instituiu câmaras regionalizadas de Direito Previdenciário, que tratam do tema ligado ao benefício assistencial e estão localizadas muito mais proximamente de eventuais requerentes<sup>253</sup>.

É de se salientar, ainda, que os magistrados e tribunais adotaram, como se pôde perceber desde a entrada em vigência da Lei n. 8.742/93, uma postura muito ativa na aferição da miserabilidade da pessoa com deficiência. Não obstante a legislação contivesse termos muito restritos acerca dos requisitos que uma família deveria preencher para fazer jus ao benefício assistencial, o Poder Judiciário, nesta área, sempre procurou conhecer matérias de ordem pública e produzir outros meios de prova (inclusive aquelas de natureza técnica), mesmo que de ofício, para demonstrar fatos que considerassem importantes ou relevantes e, com isso, garantir que o direito fundamental em referência fosse concedido em favor de quem realmente necessitasse dele<sup>254</sup>.

---

<sup>251</sup> CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Ob. Cit.** Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 94.

<sup>252</sup> Cuida-se da Terceira Seção daquela Corte Regional. Cf. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Regimento Interno do Tribunal Federal da Terceira Região**. Atualizado com as Emendas n. 01 a 15. Disponível em: <[www.trf3.jus.br/trf3r/index.php?id=2600](http://www.trf3.jus.br/trf3r/index.php?id=2600)>. Acesso em: 15/04/2017.

<sup>253</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Resolução Presidencial n. 23, de 1º de dezembro de 2014**. Dispõe sobre a instituição de Câmaras Regionais Previdenciárias para atuar, descentralizadamente, em julgamentos de feitos previdenciários nas Seções Judiciárias da Bahia e de Minas Gerais. Disponível em: <[www.trf1.jus.br/dspace/handle/123/44519](http://www.trf1.jus.br/dspace/handle/123/44519)>. Acesso em: 15/04/2017.

<sup>254</sup> Magistrados e tribunais que adotam uma postura ativa contribuem inequivocamente para que o acesso à justiça seja garantido em favor de indivíduos cujos interesses e direitos foram durante muito tempo negligenciados e não efetivados, como aqueles mantidos pelas pessoas com deficiência. Todavia, comporta destacar que, no afã de adotar uma postura proativa, juízes podem incorrer no risco de abandonar a imparcialidade que deles se espera, pressuposto básico da atividade judicante do Estado. O conhecimento de matérias de ordem pública e a produção de provas de ofício por parte do magistrado podem denotar uma atuação que visa favorecer os desideratos de uma das partes, ainda que ela seja hipossuficiente. Mauro Cappelletti e Bryant Garth ilustram a preocupação aqui colocada nos seguintes termos: “O maior perigo que levamos em consideração ao longo dessa discussão é o risco de que procedimentos modernos e eficientes abandonem as garantias fundamentais do processo civil – essencialmente as de um julgador imparcial e do contraditório. [...] Nesse estudo, falamos de uma mudança na hierarquia dos valores no processo civil – de um desvio no sentido do valor da acessibilidade. No entanto, uma mudança na direção de um significado mais ‘social’ da justiça não quer dizer que o conjunto dos valores do procedimento tradicional deva ser sacrificado. Em nenhuma circunstância devemos estar dispostos a ‘vender nossa alma’”. (CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à**

É certo que há muito o que fazer ainda em termos de acesso à justiça, tanto no que se refere ao contexto doméstico, quanto no que atina ao cenário global. Nesse sentido, Cappelletti e Garth sustentam ser necessário “ênfatizar que, embora realizações notáveis já tenham sido alcançadas, ainda estamos no começo. Muito trabalho resta a ser feito para que os direitos das pessoas comuns sejam efetivamente respeitados”<sup>255</sup>. A mudança em direção a garantia real do acesso à justiça não é instantânea, mas representa, em verdade, um processo paulatino e contínuo. Esse fator, contudo, não pode representar argumento ou óbice a existência de critérios judiciais de apuração da miserabilidade da pessoa com deficiência, ainda que o acesso à justiça compreenda, como visto, pré-requisito à fruição do benefício assistencial.

Por outras palavras, não é porque não se garantiu integralmente o acesso à justiça para todas as pessoas com deficiência que se deve abandonar a atuação judicial na concessão do benefício assistencial. Isso porque diversas medidas têm sido adotadas para que alcancemos um estado de coisas mais amplo nessa esfera, desvanecendo, ao menos de forma parcial, esse aspecto negativo. E, ainda que assim não fosse, é de convir que a problemática ligada ao acesso à justiça não diz respeito única e exclusivamente à assistência social. Ela se espraia para todos os ramos do Direito, consubstanciando um impasse de amplitude geral. Se o argumento de que o acesso à justiça não é estendido a todas as pessoas com deficiência fosse suficiente para rejeitar a lógica dos critérios judiciais de concessão do benefício de prestação continuada, seria obrigatório consentir que nenhum outro direito poderia ser deferido pelo Poder Judiciário, pois em nenhuma outra área do Direito o acesso à justiça é promovido em toda a extensão do desejável ou do ideal.

Em conclusão, é razoável afirmar que a existência de critérios judiciais para concessão do benefício assistencial em favor das pessoas com deficiência pressupõe efetivo acesso à justiça, como requisito lógico, natural e anterior da sistemática ora verificada. Na medida em que o acesso à justiça não é garantido de modo integral às

---

**justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, pp. 163-4). É imprescindível, à luz das considerações desta nota, que o juiz desempenhe seu ofício com cautela quando se trata de adotar uma postura ativa. Embora necessária, ela pode ser confundida com uma atuação parcial, que vise dar prevalência aos objetivos de uma parte específica, ainda que uma coisa não se identifique com outra do ponto de vista teórico. A atuação parcial de um juiz tem por objetivo favorecer um dos litigantes, mesmo que este não tenha razão, não sendo admitida em qualquer hipótese. A postura ativa de um juiz, de outro giro, tem por finalidade apurar a verdade real dos fatos e concretizar os ideais de justiça, não se restringindo aos comandos frios da lei e aos ônus probatórios do processo, sendo por vezes necessária.

<sup>255</sup> CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Ob. Cit.** Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 161.

pessoas com deficiência<sup>256</sup>, tem-se um ponto reconhecidamente fraco da lógica que preside o deferimento do direito fundamental inserto no artigo 203, V, da Constituição Federal. Atenuando esta fraqueza, entretanto, aparecem fatores que necessariamente devem ser levados em consideração por qualquer crítico: em primeiro lugar, o fato de que medidas concretas têm sido adotadas no sentido de garantir o efetivo acesso à justiça das pessoas com deficiência, ainda que a adoção delas não tenha atingido o resultado final que se espera; e, em segundo lugar, o fato de que a problemática do acesso à justiça não se circunscreve apenas à temática do benefício de prestação continuada, mas se associa a todos os assuntos enfrentados pelo Poder Judiciário.

### 5.3.2.2 SEGURANÇA JURÍDICA

Além da problemática atinente ao acesso à justiça, pelo cenário atual é possível vislumbrar possíveis críticas relacionadas à segurança jurídica. Analisando a lógica que preside a concessão do direito fundamental a que se refere o artigo 203, V, da Constituição, alguém poderia sustentar que o Judiciário não tem adotado critérios uniformes para decidir se o requerente faz ou não jus ao recebimento do benefício assistencial. Como se disse, a concessão pode ser deferida em função de uma série de fatores (dependência do requerente, gastos com itens básicos de sobrevivência, condições precárias de moradia, baixo grau de instrução, composição familiar, dentre outros), e por vezes estes fatores podem entrar em contradição entre si.

Uma família, por exemplo, pode ter residência própria e alto grau de escolarização, mas, ainda assim, se ver em dificuldades para auxiliar a pessoa com deficiência, em função do elevado número de integrantes e dos gastos exorbitantes que mantém com itens básicos de sobrevivência. Diante de casos como este, contudo, o magistrado pode conferir prevalência a fatores que não recomendam a concessão do benefício e indeferir o requerimento. Sobre a temática, então, seria viável alegar que paira relativa incerteza quanto à concessão do benefício assistencial. O requerente fica na dependência de preencher um critério judicial privilegiado pelo magistrado competente para que possa atingir seu objetivo com a demanda.

O próprio Supremo Tribunal Federal reconhece que, ao se repassar ao Poder Judiciário a análise quanto à concessão do benefício de prestação continuada em favor

---

<sup>256</sup> PIOVESAN, Flávia. **Ob. Cit.** São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 484.

da pessoa com deficiência, restringe-se a segurança jurídica dos requerentes. A certeza que decorre da objetividade do critério legal não se manifesta quando a concessão desse direito fundamental depende essencialmente de juízos realizados por magistrados e tribunais. O Ministro Marco Aurélio, em seu voto no Recurso Extraordinário n. 567.985/MT, trata com acuidade desta circunstância, nos seguintes termos:

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 os 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. [...] 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 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).

Resta evidente, pela fala do Ministro, que também o princípio da igualdade formal sofre com restrições quando se concede ao Poder Judiciário a prerrogativa de decidir quanto ao deferimento ou indeferimento do benefício de prestação continuada à pessoa com deficiência. A igualdade formal, como vimos<sup>257</sup>, impõe para o Estado o dever de aplicar de modo equânime as normas legais aos indivíduos. Todavia, quando não há um parâmetro seguro e objetivo por meio do qual se apura o quadro de miserabilidade da pessoa com deficiência, corre-se o inevitável risco de que requerentes em situações idênticas ou semelhantes venham a ser tratados de forma juridicamente discrepante.

O mesmo Ministro Marco Aurélio, porém, é enfático ao afirmar que a insegurança jurídica e a aplicação desuniforme da legislação, ainda que representem aspectos negativos da quadra atual, não podem se configurar óbices à efetivação do princípio constitucional da dignidade humana, que serve de fundamento ao direito fundamental do artigo 203, V. Numa ponderação dos princípios constitucionais que se chocam – de um lado, o atinente à segurança jurídica e à aplicação isonômica da lei

---

<sup>257</sup> Cf. 3.2, *supra*.

objetiva, e, de outro, o relacionado à dignidade humana e ao mínimo existencial – deve-se conferir prevalência aos últimos, uma vez que a sobrevivência das pessoas com deficiência está a depender do atendimento a eles. Vejamos o que diz o Ministro:

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 eles 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 colocar seres humanos na mais completa situação de indignidade.

Note-se que a exigência de se garantir segurança jurídica aos indivíduos e de se aplicar com isonomia o previsto na legislação (igualdade formal) representam princípios cuja estatura também é constitucional. Não é, de fato, desejável que pessoas com deficiência que estejam na mesma situação proponham ações judiciais e venham a obter resultados diametralmente distintos, tão só pela circunstância de que os feitos foram remetidos a magistrados diferentes, que conferem pesos variáveis aos diversos critérios judiciais existentes. Entretanto, não é porque a concessão do benefício assistencial passou a depender do Poder Judiciário – e, com isso, a segurança jurídica teria sofrido indevida restrição – que se deve retornar ao estágio anterior, no qual o deferimento deste direito fundamental ocorria exclusivamente nos termos legais.

Como assinalado com propriedade pelo Ministro Marco Aurélio, a opção por privilegiar totalmente a segurança jurídica e a igualdade formal redundaria, na prática, no completo exaurimento da dignidade humana das pessoas com deficiência e da igualdade material, como também à satisfação incompleta do princípio de direito fundamental contido pelo artigo 203, V, da Constituição. A nosso sentir, a melhor exegese do conflito que se apresenta entre esses princípios constitucionais é de fato a que foi apresentada no Recurso Extraordinário n. 567.985/MT por seu Relator, isto é, a que propugna por colocar como prioridade máxima o atendimento às necessidades mais básicas da pessoa com deficiência<sup>258</sup>.

---

<sup>258</sup> O Inteiro Teor do Acórdão proferido no Recurso Extraordinário n. 580.963/PR revela que nas discussões travadas no Plenário, a ausência de um critério objetivo para a concessão do benefício assistencial às pessoas com deficiência – e por consequência, a restrição à segurança jurídica – foi motivo de preocupação de alguns Ministros. O Ministro Gilmar Mendes, relator do feito, afirmou o seguinte: “E é isso que está gerando uma grande insegurança jurídica. [...]. A falta de parâmetros também é um

A linha argumentativa adotada pelo Ministro Marco Aurélio para superar a crítica referente à segurança jurídica, consistente na clara aplicação de uma ponderação de princípios constitucionais em conflito, na qual a dignidade da pessoa com deficiência e a igualdade material deveriam prevalecer na colisão diante da segurança jurídica e da igualdade formal, entretanto, não é a única forma de refutar a objeção aqui enfrentada. Com efeito, se lançarmos olhos ao conceito de segurança jurídica dentro do marco do constitucionalismo contemporâneo, poderemos perceber que não há, em realidade, qualquer colisão entre este princípio constitucional e a lógica da concessão judicial do benefício de prestação continuada, consoante se demonstrará a seguir.

De acordo com uma noção mais tradicional, a ideia de segurança jurídica está diretamente associada a certeza que os indivíduos têm quanto ao comportamento que o Poder Público ou os demais particulares irão adotar. Referida certeza decorreria dos próprios ditames legais, responsáveis por regular a conduta do Estado e dos indivíduos e, assim, de torná-las previsíveis (no sentido de certas ou seguras). Nessa linha de compreensão está, por exemplo, a lição de Geraldo Ataliba, cujo teor é o que segue:

O Direito é, por excelência, acima de tudo, instrumento de segurança. Ele é que assegura a governantes e governados os recíprocos direitos e deveres, tornando viável a vida social. Quanto mais segura uma sociedade, tanto mais civilizada. Seguras são as pessoas que têm certeza de que o Direito é objetivamente um e que os comportamentos do Estado ou dos demais cidadãos dele não discreparão.<sup>259</sup>

Se tomarmos segurança jurídica como a certeza que os indivíduos têm quanto ao comportamento a ser adotado pelo Estado e pelos demais particulares, a conclusão de que a concessão judicial do benefício assistencial representa uma violação a ela seria viável, posto que o Judiciário não parte de premissas colocadas de forma objetiva pela legislação de regência para deferir a fruição do direito fundamental do artigo 203, V, da Carta Política, mas recorre a critérios variáveis, cujo peso será definido a partir do caso concreto. Ora, se não há certeza quanto a qual critério será privilegiado pelo magistrado

---

problema, porque o que se quer é uma lei, tanto é que, naquele caso (refere-se à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232-1/DF), o ministro Nelson Jobim enfatizava que: *‘Ah, é preciso ter um critério’*. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 580.963/PR**. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Julgamento: 18/04/2013, DJe – 225, Divulg. 13/11/2013, Public. 14/11/2013. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+580963%2ENOME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+580963%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a9vjb2p>>. Acesso em: 06/04/2017. Registre-se, contudo, que a restrição à segurança jurídica não impediu o Plenário do Supremo Tribunal Federal de reconhecer a inconstitucionalidade parcial do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93 e de delegar ao Poder Judiciário a análise quanto à concessão do benefício assistencial às pessoas com deficiência.

<sup>259</sup> ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, pp. 180-1.

competente para apreciar a causa, não se poderia sustentar, segundo esta concepção, o respeito à segurança jurídica, na medida em que não se pode prever, com absoluta acuidade, que conduta o Judiciário virá a adotar concretamente: se a de deferir a concessão do benefício assistencial ou a de indeferir a fruição do mencionado direito.

Ocorre, porém, que na quadra do constitucionalismo contemporâneo a ideia de segurança jurídica não pode se resumir à certeza absoluta que os indivíduos previamente têm das condutas que o Estado ou os demais particulares virão a adotar. A segurança jurídica representa, segundo uma noção mais consentânea com o estágio atual do constitucionalismo, propagada por Humberto Ávila<sup>260</sup>, um princípio constitucional a ser implementado pelas três funções do Poder (Executivo, Legislativo e Judiciário), a fim de que se garanta um estado de coisas em que a confiabilidade e a calculabilidade jurídica (promovida com esteio no controle racional das estruturas argumentativas adotadas pelos órgãos responsáveis pela aplicação das normas jurídicas) concorram em favor dos indivíduos e das próprias estruturas de poder.

As conveniências de se encampar o conceito defendido por Ávila são evidentes. Em primeiro lugar, reforça-se a caracterização da segurança jurídica como um princípio constitucional, o que significa dizer que a sua aplicação pode sofrer restrições justificadas pela necessidade de se conferir prevalência a outros princípios constitucionais. Cuida-se, aliás, do que sucedeu no voto da lavra do Ministro Marco Aurélio, pois este, embora não tenha feito expressão menção à definição aqui retratada, considerou que a dignidade da pessoa com deficiência e a igualdade material deveriam, na espécie, ganhar prevalência sobre a segurança jurídica e a igualdade formal.

Em segundo lugar, o conceito sustentado por Ávila afasta a enganosa impressão de que é possível prever, com absoluta certeza, a conduta do Poder Público e dos particulares com base em previsões genéricas e abstratas. Ávila explica, com propriedade, que o estudo da segurança jurídica vem carregado, nos dias que correm, de uma boa dose de ceticismo, tendo em vista que vivemos numa sociedade reconhecidamente complexa, em que convivem diversas aspirações e pretensões políticas, titularizadas por diversos agrupamentos sociais, sendo inviável prever-se, antes de realizado o ato administrativo, legislativo ou judicial, qual será seu conteúdo. Para Ávila, a doutrina não tem mais trabalhado com um único modelo interpretativo, pois a rede de problemas e situações litigiosas concretas que se estabelecem no contexto

---

<sup>260</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria da segurança jurídica**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 282.

de uma sociedade complexa revelam a imperiosa necessidade de se recorrer a expedientes de solução igualmente multifacetados, dando a impressão de que a ideia de segurança jurídica deveria ser obrigatoriamente abandonada.<sup>261</sup>

Ávila, no entanto, recusa-se a abrir mão deste importante princípio constitucional. Em sua visão, mais do que negar vigência a ele, precisamos reinterpretá-lo, a fim de alcançar um conceito que se revele consentâneo com a realidade complexa da sociedade hodierna:

Com efeito, é justamente porque o princípio da segurança jurídica possui elevado grau de abstração, pode assumir diferentes funções em razão do contexto e pode, dependendo como é definido, colidir com outros princípios, é que se faz necessário diminuir o seu grau de abstração, verificar quais são as suas diferentes funções e avaliar o seu peso diante de outros princípios. É precisamente porque há uma fixação doutrinária na busca da certeza jurídica, como solução prévia e abstrata para problemas interpretativos posteriores e concretos, que se deve modificar o foco da “segurança de significado” (*Bedeutungssicherheit*) para a “segurança de critérios” (*Kriteriensicherheit*) a fim de fornecer, de antemão, parâmetros prévios e abstratos para problemas interpretativos posteriores e concretos. É exatamente porque a busca da segurança jurídica é realizada por meio da procura por um ideal de determinação absoluta do conteúdo das normas jurídicas que é preciso alterar o eixo central de pesquisa para a busca por alguma previsibilidade relativa para os cidadãos, em geral, e para os contribuintes, em particular.[...] Não se trata, pois, de assumir a tarefa inadequada de desesperadamente buscar a “certeza absoluta”. Trata-se, em vez disso, de aceitar a incumbência apropriada de não conformadamente deixar de buscar a “certeza relativa”.<sup>262</sup>

A consideração da segurança jurídica como um “espectro abrangente a ser gradualmente atingido”<sup>263</sup>, e não como postulado a exigir prévia e absoluta certeza da conduta a ser adotada pelo Estado e pelos particulares, evidencia alguns elementos a compor sua definição. A segurança jurídica é caracterizada pela *cognoscibilidade* ao invés de determinação, pois, fazendo uso da linguagem, as normas jurídicas dependem necessariamente de uma atividade interpretativa, variável por excelência quanto aos seus resultados; pela *confiabilidade* ao invés de imutabilidade, vez que as normas jurídicas admitem modificação pelo processo previsto constitucionalmente; e pela *calculabilidade* no lugar de previsibilidade, posto que por ela não se garante uma antecipação fiel do agir estatal, isto é, do seu resultado final, mas apenas dos meios que os poderes estatais se valem para alcançá-lo, ou seja, do processo argumentativo levado

<sup>261</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. **Ob. Cit.** São Paulo: Malheiros Editores, 2014, pp. 81-2.

<sup>262</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. **Ob. Cit.** São Paulo: Malheiros Editores, 2014, pp. 84-5.

<sup>263</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. **Ob. Cit.** São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 87.

a cabo pelas autoridades para agir como agiram. Deste modo, pela segurança jurídica o indivíduo não prevê uma consequência específica do agir estatal, mas um “espectro de consequências”<sup>264</sup>. O princípio está a exigir apenas que

[...] o previsor seja capaz de determinar os vários modos por meio dos quais os órgãos aplicadores poderão reconstruir a norma jurídica, de definir o número reduzido de qualificações jurídicas que podem ser atribuídas à situação fática existente e de calcular em grande medida as consequências jurídicas abstratas atribuíveis a quaisquer dessas qualificações.<sup>265</sup>

Se tomarmos a segurança jurídica na acepção encampada por Ávila, muito mais afinada com o constitucionalismo contemporâneo do que a noção tradicional a exigir previsibilidade absoluta da conduta estatal e dos particulares, verificaremos que a lógica que preside a concessão judicial do benefício de prestação continuada não necessariamente viola este princípio constitucional. Os critérios concebidos pela jurisprudência dos tribunais pátrios para aferir a miserabilidade da pessoa com deficiência representam, nas palavras de Ávila, os modos pelos quais os órgãos aplicadores do direito reconstruem a norma constitucional do artigo 203, V. Nessa toada, eles traduzem as formas pelos quais a segurança jurídica é atendida no caso específico da LOAS.

O que fica claro da exposição que realizamos é que a eventual objeção quanto à segurança jurídica depende fundamentalmente da conceituação que se faz do termo em destaque. Tomando a segurança jurídica como um postulado a exigir a previsão imutável e certa da conduta estatal ou individual dos particulares com fulcro na normativa jurídica existente, poder-se-ia sustentar validamente, a nosso sentir, uma dificuldade com a lógica dos critérios judiciais para concessão do benefício assistencial, vez que os resultados dos processos em que se discutem a fruição desse direito fundamental não são tão seguros como o seriam caso houvesse a aplicação de um requisito econômico como aquele insculpido pelo artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93. Todavia, mesmo em se considerando a definição tradicional de segurança jurídica, como o fez, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 567.985/MT, a superação dessa crítica afigura-se plenamente possível, caso se promova a ponderação desse princípio constitucional com os outros que com ele colidam (no caso, o da dignidade da pessoa com deficiência e o da igualdade material).

---

<sup>264</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. **Ob. Cit.** São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 266.

<sup>265</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. **Ob. Cit.** São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 267.

Por outro lado, em se tomando em conta a definição de segurança jurídica como princípio constitucional que impele a garantia de um estado de coisas caracterizado pela cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade das estruturas argumentativas adotadas pelos órgãos aplicadores do direito na definição do sentido e alcance das normas jurídicas, fica patente que o recurso a critérios judiciais de aferição da miserabilidade da pessoa com deficiência traduz situação em conformidade com tal princípio, uma vez que, por eles, o requerente toma conhecimento das razões que serão elencadas para que se lhe defira ou indefira o benefício assistencial. Como averba Ávila, a certeza que decorre da segurança jurídica é uma certeza de critérios, e não de resultados, sendo, por isso, relativa, e não absoluta.

Neste particular, contudo, é imprescindível que haja, tanto quanto possível, uma sistematização dos critérios judiciais, para que a sua calculabilidade por parte das pessoas com deficiência interessadas no recebimento do benefício de prestação continuada reste incrementada. Por sistematização, queremos exprimir que, diante de situações idênticas ou pelo menos muito assemelhadas, deve-se privilegiar uma aplicação uniforme dos critérios judiciais, de molde a gerar para futuros interessados que se encontrem em contextos aproximados condições de calcular com relativa segurança o resultado a que seus processos chegarão. É certo que a sistematização não é tarefa trivial, uma vez que está a depender de uma atuação conjunta e articulada de muitos órgãos jurisdicionais competentes para apreciar questões de assistência social às pessoas com deficiência, muitos sem qualquer vinculação hierárquica entre si. No entanto, é inegável que, a despeito desta e de outras dificuldades que poderiam ser suscitadas, ela se mostra essencial para o atendimento da segurança jurídica na acepção posta por Ávila e, em última análise, para a superação da objeção de que cuidamos neste tópico.

### **5.3.3 COTEJO DOS ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS**

A análise crítica que fizemos da concessão do benefício de prestação continuada às pessoas com deficiência evidenciou aspectos positivos e outros negativos, conforme havíamos adiantado. Pelo lado positivo, verificamos o alargamento da aplicação do artigo 203, V, em razão do seu traço principiológico, que o faz se desprender das amarras provenientes da legislação integrativa ulterior, ainda que se apresente concomitantemente enquanto uma norma constitucional de eficácia limitada. A partir do

alargamento de que se cuida aqui, o benefício assistencial tem se prestado a atender aos princípios que se encontram em sua base, a saber, os atinentes à dignidade da pessoa humana, à igualdade e à inclusão social.

Pelo lado negativo, entretanto, concorrem alguns fatores que não podem deixar de ser mencionados. Se a concessão do benefício de prestação continuada depende de uma análise judicial, é imprescindível que se garanta às pessoas com deficiência canais efetivos de acesso à justiça. Embora o Poder Judiciário esteja providenciando notáveis avanços nessa área, ainda há muito o que ser feito. De par com isso, é imperioso sublinhar que a existência de critérios judiciais de aferição da miserabilidade tão distintos entre si pode, em algumas situações, contribuir para a redução da segurança jurídica dos requerentes, se tomarmos este princípio na sua concepção mais clássica de certeza prévia e absoluta quanto ao comportamento do Estado (noção passível de críticas e de revisões diante das considerações de Ávila). A pessoa com deficiência que requeira a concessão do benefício assistencial não pode prever qual critério, dentre os vários existentes, será aplicado pelo magistrado competente para apreciar sua causa.

Apesar das aludidas consequências negativas, fato é que o direito social ao benefício assistencial tem sido, enfim, desfrutado em termos mais efetivos pelas pessoas com deficiência em contexto de miserabilidade. Ainda que a sistemática apresente deficiências evidentes, que necessitam receber atenção e demandam claro aprimoramento, houve avanço inegável em relação à vontade constitucional de amparar as pessoas com deficiência e reduzir o quadro de pobreza em que muitas delas estão imersas. Devemos, portanto, concluir que os aspectos positivos sobrepõem os aspectos negativos, e que a sistemática estudada acima deve ser mantida, ainda que admita refinamentos, principalmente no que tange ao acesso à justiça e à segurança jurídica.

O Poder Judiciário vem fazendo o que dele se espera dentro do campo da assistência social à pessoa com deficiência. Seu compromisso vem sendo o de atender aos imperativos de uma verdadeira justiça social, em aplicação direta dos princípios constitucionais, não obstante o quadro legislativo insuficiente com o qual se viu obrigado a trabalhar. Ao contrário do Poder Legislativo, que, na concretização do artigo 203, V, da Carta Política restringiu o desejo constitucional de auxiliar as pessoas com deficiência, o Poder Judiciário desde algum tempo vem extraindo do texto constitucional todo seu potencial e efetividade.

Espera-se, daqui em diante, que o Poder Judiciário, não obstante os méritos já constatados, possa franquear aos requerentes do benefício de salário mínimo um acesso

cada vez maior a sua atuação, como também que confira à multiplicidade de critérios existentes um fio condutor a partir do qual as pessoas com deficiência possam apresentar seus pleitos com um mínimo de previsibilidade, em atenção à segurança jurídica. Reconhecemos a dificuldade em se atender estes objetivos, mas essa dificuldade não os torna menos necessários.

Já quanto ao Poder Legislativo, espera-se que possa suplantar o estreito critério do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93 por meio da edição de uma novel legislação integrativa do artigo 203, V, da Constituição, consentânea com parâmetros atuais de aferição de pobreza das pessoas com deficiência. O advento de uma normativa mais atualizada nesse sentido garantirá uma maior segurança jurídica aos requerentes (na medida em que contarão com critérios objetivos a partir dos quais a presunção de sua miserabilidade será absoluta), assim como fornecerá fundamentos jurídicos mais robustos às decisões judiciais que visem concretizar os princípios constitucionais (já que as sentenças e acórdãos, além de promoverem remissão à dignidade humana, à igualdade e a outros princípios correlatos, poderão justificar a posição que assumem na nova norma legal).

Mencione-se, ainda, que a edição de uma legislação integrativa adequada acarretaria uma menor litigância, posto que o INSS, autarquia previdenciária sujeita ao princípio da legalidade, conduzir-se-ia dentro de novos parâmetros, concedendo o benefício assistencial na esfera administrativa dentro de um maior número de situações. O descongestionamento do Judiciário facilitaria a vida de todos os envolvidos na concessão do benefício assistencial: os juízes se veriam às voltas de um menor número de processos judiciais, podendo dedicar-se a outras demandas de similar importância<sup>266</sup>;

---

<sup>266</sup> Na pesquisa promovida pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada no ano de 2012, ficou constatado o predomínio de ações de cunho previdenciário e assistencialista nos Juizados Especiais Federais. O aporte de demandas com o fito de obter benefícios previdenciários e assistenciais é tão grande que os magistrados e servidores dos Juizados Especiais Federais têm a nítida impressão de que “realizam um trabalho que, na verdade, é do INSS. [...] ‘Somos um balcão de atendimento do INSS’, dizem os entrevistados”. Cf. Acesso à Justiça Federal: dez anos de juizados especiais / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 176. De acordo, ainda, com o relatório “Justiça em Números” emitido em 2016, tendo por base o ano de 2015, situação similar se passa, em realidade, com a Justiça Federal de maneira geral, incluindo os Tribunais Regionais Federais, os juízos de primeiro grau, os Juizados Especiais Federais, as turmas recursais e as turmas regionais de uniformização, na medida em que se computa nada menos que 189.901 processos a envolver o benefício assistencial do artigo 203, V, da Constituição. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2016 Ano-base 2015**. Brasília: CNJ, 2016, p. 258. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 28/03/2017). Recentemente, o Supremo Tribunal Federal julgou processo pelo regime da repercussão geral por meio do qual assentou entendimento no sentido de que o beneficiário, antes de ingressar com medida judicial contra o INSS, deve acionar a autarquia previdenciária no âmbito administrativo previamente. No entender da Suprema Corte, a exigência de prévio requerimento do

o INSS não seria mais obrigado a defender-se em juízo em tantas ocasiões, pois contaria com parâmetros que permitiriam sua atuação direta na resolução dos requerimentos administrativos das pessoas com deficiência; e as pessoas com deficiência usufruiriam do direito fundamental a que fazem jus de maneira mais célere, não tendo mais que se submeter às agruras e delongas dos feitos judiciais.

---

interessado na esfera administrativa não importaria em qualquer afronta ao direito fundamental de ação inserto no artigo 5º, XXXV, da Constituição. Ressaltou-se, porém, que a exigência de um requerimento prévio do interessado não haveria de ser confundido com o esgotamento das instâncias administrativas. Vale dizer: bastaria que o requerente manifestasse administrativamente a intenção de receber o benefício e que o pedido fosse indeferido pelo INSS (ou então que transcorresse *in albis* o prazo para sua análise administrativa) para que seu interesse de agir restasse devidamente configurado e então pudesse manejar uma ação judicial, sem necessidade de levar o pleito administrativo aos últimos desdobramentos. A exigência do requerimento administrativo estaria dispensada, ainda, quando se cuidasse de entendimento da Administração Pública que fosse notória e reiteradamente contrário à pretensão do postulante. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 631.240/MG**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe-220. Divulg. 07/11/2014. Public. 10/11/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+631240%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+631240%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ax2bu6g>>. Acesso em: 16/04/2017). É certo que o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal auxiliará na diminuição de processos a afogar o Judiciário, uma vez que este passou a ser provocado apenas de forma subsidiária, ao menos do ponto de vista teórico. Todavia, a real solução do impasse passa pela modificação legislativa do benefício de prestação continuada. Somente por intermédio da sobredita alteração legislativa é que o INSS deixará de repassar o volume tão extenso de pleitos administrativos ao Judiciário, pois a concessão do benefício assistencial ocorrerá num maior número de vezes dentro da apreciação promovida pela própria autarquia previdenciária.

## CONCLUSÃO

A concessão do benefício de prestação continuada previsto pelo artigo 203, V, da Constituição Federal de 1988 à pessoa com deficiência a partir de critérios concebidos pela jurisprudência dos tribunais pátrios tem demonstrado que este direito fundamental merece ser encarado de uma nova maneira por parte da dogmática constitucional. Essa nova forma de se entender o artigo 203, V, da Constituição não decorre de eventual alteração formal por que teria passado o dispositivo, associada à produção de eventual emenda constitucional, mesmo porque ele nunca foi submetido a qualquer modificação nesse sentido. Em verdade, deve-se reformular a compreensão que se estabeleceu em torno do artigo 203, V, da Constituição em função das alterações gerais que exsurtem do constitucionalismo contemporâneo. A mudança na forma de se compreender o artigo 203, V, da Constituição está ligada, assim, ao contexto em que inserido, isto é, à forma de se interpretar o texto constitucional como um todo (em especial o conjunto dos direitos fundamentais), e não aos seus termos propriamente ditos.

A tradicional classificação das normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade retrata o artigo 203, V, enquanto um direito fundamental cuja concretização está a depender essencialmente da edição de uma lei complementar ou ordinária que lhe integre os efeitos. Baseando-se na locução “conforme dispuser a lei”, esta classificação ressaltará o caráter programático do direito ao recebimento do benefício assistencial, reservando ao Legislativo a tarefa de implementá-lo. A grande dificuldade que ressalta desta concepção refere-se aos entraves que as pessoas com deficiência passam a enfrentar na fruição de um direito que lhes foi constitucionalmente assegurado.

Ao se reservar exclusivamente ao Legislativo a tarefa de tornar efetivo um dado direito fundamental, corre-se o sempre presente risco de que ele não regule a matéria, tornando letra morta a prerrogativa garantida pela Carta Política, ou então que venha a normatizar o tema de modo insuficiente, como claramente se passou com o artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93. Ambos os cenários representam, na prática, um obstáculo absolutamente injustificável à realização de desejos constitucionais, privando os titulares da fruição de direitos que o constituinte originário ou reformador quis estabelecer em seu favor.

A análise da teoria dos princípios evidenciou que os direitos fundamentais, aqui incluído aquele previsto pelo artigo 203, V, do texto constitucional, revestem-se da condição de princípios constitucionais. Tal constatação tem o condão de modificar profundamente a compreensão que se estabeleceu em torno do artigo 203, V, da Constituição. Na condição de princípio constitucional, ao invés de uma norma de eficácia limitada de caráter programático, o benefício de prestação continuada revela-se como um mandado de otimização que deve ser concretizado na maior extensão do que for fática e juridicamente possível. A efetivação do benefício assistencial, ademais, não fica circunscrita à atuação exclusiva do Legislativo, mas passa a depender igualmente da análise casuística que juízes tem feito a partir de cada requerimento formulado pelos interessados no recebimento de um salário mínimo.

Tomado como um princípio constitucional, o benefício de prestação continuada não se apresenta mais como um direito a depender do preenchimento de um requisito econômico colocado de forma estanque pela legislação aplicável. Em realidade, o direito fundamental do artigo 203, V, ganha uma imprescindível maleabilidade, podendo ser aplicado em casos que, não obstante deixem de se encaixar na previsão abstrata de uma regra, estejam, ainda assim, a revelar patente quadro de miserabilidade envolvendo pessoas com deficiência. Esta, aliás, é a finalidade que justificou a previsão do benefício de prestação assistencial pelo poder constituinte originário.

Em problemáticas que envolvam a manutenção digna de qualquer indivíduo, não se pode esperar que a solução dependa unicamente do preenchimento de requisito colocado abstratamente por uma regra jurídica. A adoção desse expediente representa uma vã e perigosa tentativa de tratar de forma simplista um problema que se apresenta complexo e grandioso. A redução do quadro de miserabilidade a que sujeitas muitas pessoas com deficiência certamente não será alcançada deste modo, pois muitas delas certamente não preencherão o pressuposto criado abstratamente pela legislação e estarão ao largo da fruição do benefício assistencial, mesmo dele necessitando.

Assim, quanto antes se renunciar à tarefa de criar um requisito legal com pretensão de definir previamente, para todas as situações imagináveis, o que é miserabilidade, e antes se assumir que o atendimento ao direito fundamental do artigo 203, V, da Constituição passa obrigatoriamente pela sua consideração enquanto um princípio constitucional, tanto melhor será a efetivação desta prerrogativa jusfundamental.

Felizmente, já podemos verificar notáveis avanços nesse sentido ao analisarmos a jurisprudência de determinados tribunais brasileiros. Ainda que por vezes não afirme isso explicitamente, o Judiciário passou a encarar o artigo 203, V, da Carta da República como um princípio constitucional, cuja satisfação precisa ser otimizada, ou seja, expandida dentro das circunstâncias fáticas e jurídicas que envolvem cada caso concreto. A maior prova desta nova forma de se compreender o artigo 203, V, da Constituição reside precisamente no fato de que magistrados e tribunais brasileiros passaram a conferir efetividade a esse direito fundamental independentemente da edição de uma legislação ordinária com critérios mais abrangentes que os previstos no artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93.

A otimização do artigo 203, V, da Constituição revela importantes consequências positivas para as pessoas com deficiência que não possam prover a sua própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Especialmente após o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93, o Judiciário recorre a critérios próprios para aferir a miserabilidade do postulante ao benefício de prestação continuada, alargando a aplicação que o direito fundamental em comento teria caso este fosse efetivado exclusivamente nos termos da legislação ordinária que lhe serve de regência.

Além disso, ao considerar o artigo 203, V, da Carta Política como um princípio constitucional e se lançar à tarefa de otimizar a sua aplicação, o Judiciário conferiu concretude a outras finalidades constitucionalmente prestigiadas, como também a outros princípios albergados pelo texto constitucional. Note-se, nessa senda, que o alargamento do estreito critério preconizado pelo artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93 por parte da jurisprudência atende, em algum grau, e num aspecto particular, atinente às pessoas com deficiência, os objetivos colocados pelo artigo 3º, I, III e IV, do texto constitucional. Veja-se, ainda, que de maneira semelhante os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade (em sua feição material), num sentido específico, referente às pessoas com deficiência, restaram satisfeitos em alguma medida com a aplicação mais ampla do artigo 203, V, da Constituição Federal de 1988.

É certo, entretanto, que de par com a crescente efetividade que vem experimentando o artigo 203, V, da Constituição Federal, surgem ou podem surgir, de contrapartida, aspectos problemáticos a decorrer da ampla atuação do Judiciário na concessão do benefício de prestação continuada. Neste trabalho, nos ocupamos de dois deles: o referente ao acesso à justiça e o atinente à segurança jurídica. Pelo primeiro,

importa destacar que, ao se repassar para o Judiciário a análise quanto à concessão do benefício assistencial à pessoa com deficiência, deve-se garantir amplo acesso à justiça por parte de eventuais requerentes, sob pena de restringirmos novamente o direito fundamental do artigo 203, V, da Constituição Federal. Já quanto à segunda questão, comporta salientar que a distinta gama de critérios que os juízes têm levado em consideração para aferir a miserabilidade da pessoa com deficiência pode tornar a concessão do benefício assistencial algo pouco previsível ou calculável, caso não haja uma devida sistematização deles. Nesse cenário, pessoas com deficiência que eventualmente formulem requerimentos pela concessão do benefício de prestação continuada conviveriam com relativa incerteza quanto ao sucesso dos pedidos que apresentaram em juízo, pois não seria possível calcular, com um mínimo de segurança, qual critério judicial este ou aquele magistrado irá privilegiar na análise de cada caso concreto.

Pode-se apontar, ainda, como aspecto problemático do atual estado de coisas, a pouca atenção que o Judiciário dedica às mudanças oriundas da Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa Com Deficiência. Dos muitos precedentes jurisprudenciais que foram analisados, os quais - ressalte-se - foram proferidos após a internalização da Convenção pelo ordenamento jurídico pátrio, constata-se que por vezes a terminologia correta – pessoa com deficiência - foi negligenciada. Em outras tantas ocasiões, juízes e tribunais exigiram a presença de incapacidade laborativa total como condição para concessão do benefício assistencial, a despeito de a deficiência não ser mais encarada como fator puramente biológico que inviabiliza completamente o exercício de uma atividade profissional por parte de seu portador.

Verificam-se, portanto, alguns pontos a serem aprimorados na sistemática da concessão judicial do benefício de prestação continuada à pessoa com deficiência. Todavia, em que pese a existência de fatores que necessitam ser mais bem trabalhados pelo Judiciário nessa área, é fácil perceber que as vantagens trazidas pela consideração do artigo 203, V, da Carta da República enquanto um princípio constitucional, dentro do marco do constitucionalismo contemporâneo, representam avanço incontestável ao quadro que tínhamos anteriormente, caracterizado pela presença de uma regra cuja constitucionalidade desde o início era duvidosa, responsável por privar diversos indivíduos vulneráveis de direito fundamental que a Constituição pretendeu outorgar-lhes.

Reservando-se ao Judiciário o papel de apreciar a concessão do benefício assistencial e de otimizar o princípio de direito fundamental do artigo 203, V, o problema da miserabilidade a envolver milhares de pessoas com deficiência no país passa a ser enfrentado mais adequadamente, pois se deixa para trás qualquer alternativa simplista que proviria da previsão abstrata de uma regra jurídica. Dificuldades com a envergadura da presente somente podem ser processadas e resolvidas com o recurso a alternativas complexas e multifacetadas. No caso do benefício assistencial do artigo 203, V, da Constituição, a solução mais condizente é a representada pelos critérios judiciais, uma vez que estes, em seu conjunto, além de conferir maior efetividade ao direito fundamental em comento, elencam uma série de parâmetros a apontar a impossibilidade da pessoa com deficiência manter-se em níveis mínimos de dignidade, em contraposição ao elenco limitado de requisitos que podem ser veiculados por uma norma legal.

Pontue-se, aliás, que o rol dos critérios judiciais de aferição da miserabilidade – a incluir análises quanto à presença de outros familiares em situação de vulnerabilidade; à existência de gastos com itens básicos de sobrevivência; à possibilidade ou impossibilidade de a pessoa com deficiência se autodeterminar; à composição familiar; ao meio social em que inserida a pessoa com deficiência; às condições do imóvel que lhe serve de moradia; ao seu grau de instrução; dentre outros - não é fechado como o elenco de requisitos que emanam de uma legislação de regência, revelando, por isso, aptidão para ser complementado e aprimorado com o passar do tempo, mais uma vantagem decisiva a militar em seu favor.

É por tudo isso que, mesmo sobrevindo eventual legislação ordinária que discipline melhor a concessão do benefício de prestação continuada do artigo 203, V, prevendo requisitos que sejam mais consentâneos com o desejo constitucional de garantir meios mínimos de sobrevivência a toda pessoa com deficiência que não tenha condições de se manter, os critérios concebidos pela jurisprudência continuarão a desempenhar o relevante papel a que atualmente se prestam.

Na condição de princípio, a realização do artigo 203, V, do texto constitucional jamais se circunscreverá à verificação de uma hipótese legal, sob pena de se incorrer novamente no risco de limitar indevidamente a fruição do direito fundamental pelos seus titulares. Em realidade, como um princípio, o artigo 203, V, da Constituição admitirá otimização dentro das circunstâncias fáticas e jurídicas incidentes em cada caso concreto, podendo até mesmo gerar direitos subjetivos a prestações positivas do Estado,

ainda que a situação não se amolde com perfeição a uma previsão abstrata decorrente de eventual norma regulamentadora do direito fundamental.

Nisso reside a evolução primordial que buscamos retratar no presente estudo: a eliminação do vínculo de dependência que o direito ao recebimento de um benefício assistencial mantinha com a legislação ordinária responsável por integrar os seus efeitos. A legislação infraconstitucional pode definir alguns parâmetros na concessão do benefício de prestação continuada, mas jamais esgotar todas as hipóteses em que esse direito fundamental se tornará efetivo. Como uma norma constitucional, o artigo 203, V, não pode estar sujeito à boa vontade do legislador de disciplinar a contento a sua concessão em favor das pessoas com deficiência; deve, ao revés, a partir de sua faceta principiológica, manter relativa independência da discricionariedade legislativa, na medida em que a lei é que está a seu serviço, e não o contrário.

Antes de mais nada, é imperioso que o direito fundamental do artigo 203, V, encontre aplicabilidade por si próprio, isto é, extraia sua efetividade da condição de princípio constitucional de que se reveste, tendo na legislação infraconstitucional apenas um suporte a partir do qual essa efetividade é melhor especificada. A partir desta construção, própria do atual estágio do constitucionalismo, sua efetividade deixa de estar condicionada à edição da legislação infraconstitucional, para repousar decisivamente na sua própria caracterização como princípio constitucional, situação apta a garantir a independência do direito fundamental em apreço e a concretização ideal da previsão de um benefício de prestação continuada em favor da pessoa com deficiência.

## REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis *apud* SOUSA, Felipe Oliveira de. O raciocínio jurídico entre princípios e regras. *In: Revista de Informação Legislativa*, v. 48, pp. 95-109, 2011.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Constitucionalismo. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Junior, Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/98/edicao-1/constitucionalismo>>. Acesso em: 13/05/2017.

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *In: Seminario “IV Jornada Internacionales de Lógica e Informática”*, San Sebastián, set. 1988.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência**. Brasília: CORDE, 2003.

\_\_\_\_\_. A proteção das pessoas com deficiência na Constituição Federal de 1988: a necessária implementação dos princípios constitucionais. *In: Bruno Dantas, Eliane Cruxên, Fernando Santos, Gustavo Ponce de Leon Lago (Org.). Constituição de 1988. O Brasil 20 anos depois*. Brasília, DF: Senado Federal, v. V, 2008.

ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. O novo conceito de Pessoa com Deficiência e a aplicação da Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência pelo Poder Judiciário no Brasil. *In: Revista Inclusiones*, v. 2, n. 3, jul./set. 2015.

\_\_\_\_\_. MAIA, Maurício. O Estatuto da Pessoa Com Deficiência – EPCD (Lei n. 13.146, de 06.07.2015): algumas novidades. *In: Revista dos Tribunais* (São Paulo. Impresso), v. 962, pp. 65-80, 2015.

ARAUJO, Luiz Alberto David; SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca. A utilização do novo conceito de pessoa com deficiência: uma advertência necessária. *In: Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 19, p. 145-159, 2012.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

\_\_\_\_\_. **Teoria da segurança jurídica**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Trad. Humberto Laport de Mello. *In: Revista dos Tribunais* (São Paulo. Impresso), v. 919, pp. 127-196, 2012.

\_\_\_\_\_. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *In: Revista da Escola de Magistratura Regional Federal*, v. 1, pp. 389-406, 2010.

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *In: Revista Jurídica UNIJUS*. Uberaba: v. 11, n. 15, pp. 13-38, nov. 2008.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In: Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 232, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: arts. 5 a 17**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: arts. 193 a 232**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

\_\_\_\_\_. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito** (compiladas por Nello Morra, tradução e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues). São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BORGES, José Souto Maior. Princípio da isonomia e sua significação na Constituição de 1988. *In: Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 8, n. 3, pp. 172-176, mar. 1992.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2016 Ano-base 2015**. Brasília: CNJ, 2016, p. 265. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbff344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 28/03/2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. **IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil (Diálogos da Justiça)**. Org. GONÇALVES, Gabriella Vieira Oliveira. BRITO, Lany Cristina Silva. FILGUEIRA, Yasmin Von Glehn Santos. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 302.593/SP**. Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, Data do Julgamento: 07/04/2015, DJe 13/04/2015. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=46477044&num\\_registro=201402701088&data=20150413&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=46477044&num_registro=201402701088&data=20150413&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 05/04/2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.147.200/RS**. Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, Data do Julgamento: 13/11/2012, DJe 23/11/2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25235931&num\\_registro=200901263619&data=20121123&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25235931&num_registro=200901263619&data=20121123&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 05/04/2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.112.557/MG**. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, S3-Terceira Seção, Data do Julgamento: 28/10/2009. DJe 20/11/2009, RSJT vol. 217, p. 963. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6722251&num\\_registro=200900409999&data=20091120&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6722251&num_registro=200900409999&data=20091120&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 06/04/2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.112.557/MG**. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, S3-Terceira Seção, Data do Julgamento: 28/10/2009. DJe 20/11/2009, RSJT vol. 217, p. 963. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6722251&num\\_registro=200900409999&data=20091120&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6722251&num_registro=200900409999&data=20091120&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 05/04/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 631.240/MG**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe-220. Divulg. 07/11/2014. Public. 10/11/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+631240%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+631240%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ax2bu6g>>. Acesso em: 16/04/2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 567.985/MT**. Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe-194. Divulg. 02/10/2013. Public. 03/10/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+567985%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+567985%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/acljv3b>>. Acesso em: 29/03/2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 4374**. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, DJe-173 Divulg. 03-09-2013 Public. 04-09-2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+4374%2ENUME%2E%29+OU+%28Rcl%2EACMS%2E+ADJ2+4374%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/blvvxdw>>. Acesso em: 09/04/2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 580.963/PR**. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Julgamento: 18/04/2013, DJe – 225, Divulg. 13/11/2013, Public. 14/11/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+580963%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+580963%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a9vjb2p>>. Acesso em: 06/04/2017.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.270/SC**. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. DJe-188. Divulg. 24/09/2012.

Public. 25/09/2012. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4270%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4270%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/arxad3>>. Acesso em: 07/04/2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 363.889/DF**. Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe-238: 15/12/2011. Public. 16/12/2011. RTJ VOL. 00223-01. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+363889%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+363889%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bdzhsh3>>. Acesso em: 29/03/2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 4.422/RS**. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe-164. Divulg. 25/08/2011. Public. 26/08/2011. EMENT VOL-02574-01. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+4422%2ENUME%2E%29+OU+%28Rcl%2EACMS%2E+ADJ2+4422%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/btkwjae>>. Acesso em: 29/03/2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 3.805/SP**. Rel. Min. Carmen Lúcia, Decisão Monocrática, Julgamento: 09/10/2006, DJ: 18/10/2006. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+3805%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bn2ugmf>>. Acesso em: 29/03/2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 4.133/RS**. Rel. Min. Carlos Britto, Decisão Monocrática, Julgamento: 22/06/2006, DJ: 30/06/2006, Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+4133%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/q25ph2j>>. Acesso em: 29/03/2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 4.280/RS**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Decisão Monocrática, Julgamento: 20/06/2006, DJ: 30/06/2006. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+4280%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/c8y7hqx>>. Acesso em: 29/03/2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 4.366/PE**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Decisão Monocrática, Julgamento: 22/05/2006, DJ: 01/06/2006. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+4366%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/nw>>

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1232**. Rel. Min. Ilmar Galvão, Rel. p/ Acórdão: Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/1998, DJ 01-06-2001 PP-00075 EMENT VOL-02033-01 PP-00095. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+1232%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+1232%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bk7mlrv>>. Acesso em: 09/04/2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Regimento Interno**: de acordo com as alterações do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015). Brasília: TRF-1, 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível n. 0012073-28.2016.4.01.9199/RO**. Rel. Des. Fed. João Luiz de Sousa, Segunda Turma, e-DJF1 14/11/2016. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em: 30/03/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível n. 0032021-87.2015.4.01.9199/TO**. Rel. Des. Fed. Francisco Neves da Cunha, Segunda Turma, e-

DJF1 de 17/08/2016. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em: 28/03/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível n. 0020780-92.2010.4.01.9199/MG**. Rel. Juiz Fed. José Alexandre Franco, 1ª Câmara Regional Previdenciária de Juiz de Fora/MG, e-DJF1 de 19/04/2016. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em: 28/03/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível n. 0038343-65.2011.4.01.9199/MG**. Rel. Juiz Federal José Alexandre Franco, 1ª Câmara Regional Previdenciária de Juiz de Fora/MG, e-DJF1 p.868 de 12/11/2015. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em: 29/03/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível n. 0001312-82.2011.4.01.4002/PI**. Rel. Des. Fed. Cândido Moraes, Segunda Turma, e-DJF1 de 06/08/2015 p. 2.539. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em: 04/04/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível n. 00486622420134019199**. Rel. Des. Fed. Candido Moraes, Segunda Turma, e-DJF1 p.259 de 18/06/2015. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em: 28/03/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Resolução Presidencial n. 23, de 1º de dezembro de 2014**. Dispõe sobre a instituição de Câmaras Regionais Previdenciárias para atuar, descentralizadamente, em julgamentos de feitos previdenciários nas Seções Judiciárias da Bahia e de Minas Gerais. Disponível em: <[www.trf1.jus.br/dspace/handle/123/44519](http://www.trf1.jus.br/dspace/handle/123/44519)>. Acesso em: 15/04/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível n. 0025793-38.2011.4.01.9199/RO**. Rel. Juiz Federal Convocado Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo, Segunda Turma, e-DJF1 14/10/2014 p. 234. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em: 04/04/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível n. 0004369-81.2004.4.01.9199/MG**. Rel. Des. Fed. Francisco de Assis Betti, Rel. Juíza Fed. Conv. Rogéria Maria Castro Debelli, Segunda Turma, e-DJF1 p.546 de 02/04/2009. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em: 29/03/2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Regimento Interno do Tribunal Federal da Terceira Região**. Atualizado com as Emendas n. 01 a 15. Disponível em: <[www.trf3.jus.br/trf3r/index.php?id=2600](http://www.trf3.jus.br/trf3r/index.php?id=2600)>. Acesso em: 15/04/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível n. 0025593-26.2016.4.03.9999/SP**. Rel. Des. Fed. Lúcia Ursaia, Décima Turma, Diário Eletrônico de 15/02/2017. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual>>. Acesso em: 28/03/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível n. 0029626-59.2016.4.03.9999/SP**. Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, Décima Turma, Diário Eletrônico de 09/02/2017. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual>>. Acesso em: 28/03/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível n. 0018770-70.2015.4.03.9999/SP**. Rel. Des. Fed. Carlos Delgado, Sétima Turma, e-DJF3: 09/02/2017. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>>. Acesso em: 28/03/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível n. 0021957-52.2016.4.03.9999/SP**. Rel. Des. Fed. Newton de Lucca, Oitava Turma, e-DJF3 17/01/2017. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>>. Acesso em: 30/03/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação/Reexame Necessário n. 0012753-18.2015.4.03.9999/SP**. Rel. Des. Fed. Carlos Delgado, Sétima Turma, e-DJF3 16/12/2016. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>>. Acesso em: 30/03/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação/Reexame Necessário n. 0019518-05.2015.4.03.9999/SP**. Rel. Des. Fed. Carlos Delgado, Sétima Turma, e-DF3 08/11/2016. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>>. Acesso em: 30/03/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível n. 0020947-70.2016.4.03.9999/SP**. Rel. Des. Fed. Newton de Lucca, Oitava Turma, e-DJF3 29/09/2016. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>>. Acesso em: 30/03/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação/Remessa Necessária Cível n. 0000323-76.2012.4.03.6139/SP**. Rel. Des. Fed. Carlos Delgado, Sétima Turma, e-DJF3 06/09/2016. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>>. Acesso em: 04/04/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível n. 0006111-05.2010.4.03.6119/SP**. Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini, Oitava Turma, e-DJF3 08/08/2016. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>>. Acesso em: 04/04/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação / Remessa Necessária n. 0016645-95.2016.4.03.9999/SP**. Rel. Des. Fed. Tania Marangoni, Oitava Turma, e-DJF3: 25/07/2016. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>>. Acesso em: 04/04/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível n. 0005032-89.2008.4.03.6109/SP**. Rel. Des. Fed. Tania Marangoni, Oitava Turma, e-DJF3: 31/03/2016. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>>. Acesso em: 30/03/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível n. 0008668-23.2014.4.03.9999/SP**. Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, Oitava Turma, e-DJF3 16/04/2015. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>>. Acesso em: 30/03/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, **Apelação Cível n. 1533454 - 0029263-82.2010.4.03.9999**. Oitava Turma, Rel. Des. Fed. Tânia Marangoni, julgado em 19/10/2015, e-DJF3: 04/11/2015. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual>>. Acesso em: 29/03/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível n. 0008385-06.2009.4.03.6109/SP**. Rel. Des. Fed. Tania Marangoni, Oitava Turma, e-DJF3 de 08/08/2014. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>>. Acesso em: 04/04/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível n. 0042795-55.2012.4.03.9999/SP**. Rel. Juíza Convocada Raquel Perrini, Oitava Turma, e-DJF3 de 18/10/2013. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=2>>. Acesso em: 04/04/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Agravo Legal em Apelação Cível n. 0015059-62.2012.4.03.9999/SP**. Rel. Des. Fed. Vera Jucovsky, Rel. p. acórdão: Juíza Federal Convocada Raquel Perrini, Oitava Turma, e-DJF3 Judicial 1 Data: 07/12/2012. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/2525662>>. Acesso em: 10/05/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, **Apelação/Reexame Necessário n. 1768088 - 0029066-59.2012.4.03.9999**. Rel. Juíza Convocada Raquel Perrini, julgado em 26/11/2012, e-DJF3:07/12/2012. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual>>. Acesso em: 29/03/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Ação Rescisória n. 0098248-06.2005.4.03.0000/SP**. Rel. Des. Fed. Eva Regina, Terceira Seção, e-DJF3 12/01/2010 p. 70. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>>. Acesso em: 05/04/2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível n. 0011599-06.2013.404.9999/RS**. Rel. Des. Fed. Ricardo Teixeira do Valle Pereira, 5ª Turma, e-DJF4 de 25/09/2013. Disponível em: <[http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado\\_pesquisa.php](http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php)>. Acesso em: 29/03/2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação Cível n. 00086734920114058300/PE**. Des. Fed. Luiz Alberto Gurgel De Faria, Terceira Turma, Data do julgamento: 22/11/2012, DJE 05/12/2012 - Página 202. Disponível em: <<https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/>>. Acesso em: 28/03/2017.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. **Súmula n. 48**. A incapacidade não precisa ser permanente para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>>. Acesso em: 29/03/2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARMO, Apolônio Abadio do. **Deficiência Física: A Sociedade Brasileira Cria, “Recupera” e Discrimina**. Rio de Janeiro: Editora Gráfica Barbeira, 1994.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia?** São Paulo: Brasiliense, 2012.

DINIZ, Débora; BARBOSA, Lívia; SANTOS, Wederson. Deficiência, Direitos Humanos e Justiça. *In: SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos* (Impresso), v. 6, pp. 12-24, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **Justificação Jurídica e Sociedade na Visão de Aulis Aarnio**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 1997, 151f. Dissertação de Mestrado em Direito.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FELIPE, Jorge Franklin Alves. Arts. 201 ao 204. *In*: AGRA, Walber de Moura; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge (Coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Forense.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *In*: **Revista USP**, São Paulo, v. 21, pp. 12-21, mar. / maio 1994.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o seu modo de aplicação. *In*: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 143, jul./set. 1999.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *Apud* ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Ob. Cit.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: RCS Editora, 2005.

\_\_\_\_\_, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

HABERMAS, Jürgen; GUNTHER, Klaus *apud* GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o seu modo de aplicação. *In: Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 143, jul./set. 1999.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2008.

LACERDA, Gustavo. Biscaia de. Augusto Comte e o “Positivismo” Redescobertos. *In: Revista Sociologia Política*, Curitiba, v. 17, n. 34, pp. 319-343, out. 2009.

LEVINSON, Sanford V. Why I Do Not Teach *Marbury* (Except To Eastern Europeans) And Why You Shouldn't Either, 38 Wake Forest Law Review 553 (2003). Disponível em: <<http://faculty.maxwell.syr.edu/tmkeck/Readings/Levinson2003.htm>>. Acesso em: 13/05/2017.

MARTÍN, Francisco Javier de Lucas. Solidaridad y derechos humanos. *In: 10 palabras clave sobre derechos humanos*. Juan José Tamayo Acosta (director). Navarra: Verbo Divino, 2012, pp. 183-4. Disponível em: <<http://pt.calameo.com/read/0033514780bf6e189e58d>>. Acesso em: 22/05/2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

\_\_\_\_\_. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. Os Princípios da Universalidade e da Igualdade na Constituição Portuguesa. *In: Estudos de Direito Constitucional em homenagem a César Asfor Rocha (Teoria da Constituição, direitos fundamentais e jurisdição)*. Paulo Bonavides, Germana Moraes e Roberto Rosas (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Apresentação Renato Janine Ribeiro. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NABAIS, José Casalta. Solidariedade Social, Cidadania e Direito Fiscal. *In: GRECO, Marco Aurélio. GODOI, Marciano Seabra de (Coord.). Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

OPPENHEIM, Félix E. **Dicionário de política**. Norberto Bobbio; Nicola Matteucci; Gianfranco Pasquino. Trads. Carmen C. Varrialle; GaetanoLo Mônaco; João Ferreira; Luís Guerreiro Pinto Cais. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1963.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *In: Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, a. 33, n. 131, jul./set. 1996, pp. 283-295.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SHECAIRA, Fábio Perin. “Quando a lei for omissa...” Sobre a controvertida noção de princípio geral de direito. *In: Direito, Estado e Sociedade* (Impresso), v. 41, p. 85, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. Reflexões sobre o jusnaturalismo: O direito natural como direito justo. *In: Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, v. 7, pp. 41-58, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. Existe um Princípio Estrutural da Solidariedade? *In: GRECO, Marco Aurélio. GODOI, Marciano Seabra de (Coord.). Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.