



ENAP Escola Nacional de Administração Pública

Especialização em Gestão de Políticas Públicas de Proteção e Desenvolvimento Social - 2ª Edição

MARISTELA ALVES DOS REIS

**Uma análise da judicialização do Benefício de Prestação
Continuada da Assistência Social (BPC) à luz da Teoria dos
Diálogos Institucionais**

Brasília – DF

2013

MARISTELA ALVES DOS REIS

**Uma análise da judicialização do Benefício de Prestação
Continuada da Assistência Social (BPC) à luz da Teoria dos
Diálogos Institucionais**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Gestão de Políticas Públicas de Proteção e Desenvolvimento Social – 2ª edição, da Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, como requisito para obtenção do título de Especialista em Gestão de Políticas Públicas de Proteção e Desenvolvimento Social.

Orientadora: Professora Dra. Júlia Maurmann Ximenes

Brasília – DF
2013

RESUMO

O estudo que se segue aborda a trajetória histórica do BPC desde sua origem com foco no seu processo de judicialização no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF). Resgata-se os principais julgados do STF no que se refere ao critério de renda de ¼ de salário mínimo para fins de acesso ao benefício e a mudança de concepção da posição do Tribunal quanto à constitucionalidade deste critério. A análise dos julgados é realizada com base na teoria dialógica cuja essência é compreender o fenômeno da judicialização de questões tipicamente políticas por um viés diverso daquele focado no debate de está ocorrendo ou não violação ao princípio da separação dos poderes. Trata-se de um outro ângulo de percepção do fenômeno da judicialização, compreendendo suas contribuições para o (re) desenho do Benefício de Prestação Continuada enquanto um direito social previsto pela Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS CHAVES: Benefício de Prestação Continuada (BPC); judicialização de políticas sociais; Supremo Tribunal Federal (STF); diálogos institucionais.

SUMÁRIO

	Págs.
1. Introdução	6
2. Fundamentação Teórica	8
2.1 O Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC) como um direito social	8
2.2 O processo de regulamentação do BPC	13
2.3 O fenômeno da judicialização no Brasil	19
2.4 Breves considerações a respeito da teoria dos diálogos institucionais	24
3. Metodologia	33
4. Análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) referentes ao Benefício de Prestação Continuada (BPC)	35
4.1 A judicialização do BPC: uma análise dos julgados do STF desde a origem deste benefício	35
4.2 A nova interpretação do Supremo Tribunal Federal a respeito do critério de ¼ de salário mínimo para concessão BPC	44
4.3 Diálogos institucionais: uma alternativa para se compreender a atuação do Supremo Tribunal Federal frente ao fenômeno da judicialização do Benefício de Prestação Continuada	50
5. Considerações Finais	57
6. Referências Bibliográficas.....	60

1. Introdução

O estudo que se segue tem como propósito analisar e compreender a trajetória do Benefício de Prestação Continuada (BPC) no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) para obtenção de elementos acerca do processo de judicialização deste benefício com a finalidade de compreender se tal fenômeno influencia de alguma forma o (re) desenho desta política. Isto é, se deve ser considerado apenas como uma intervenção do Poder Judiciário em questões tipicamente políticas ou se tal fenômeno pode ser visto por outro ângulo: uma oportunidade para o aprimoramento da política social e, conseqüentemente a ampliação do acesso a este direito social.

A pesquisa realizada teve como principal foco compreender a judicialização do BPC como uma oportunidade de aprimoramento desta política a partir do diálogo entre os Poderes. Buscou-se analisar o fenômeno à luz da Teoria dos Diálogos Institucionais, ainda pouco estudada no Brasil, mas que pode ser entendida como uma alternativa para analisar a judicialização de políticas sociais com um novo olhar, que permita compreender o fenômeno por uma perspectiva mais construtivista, ou seja, para além do debate de intervenção ou não do Poder Judiciário no âmbito de competências do Poder Executivo ou Legislativo.

Pretende-se, com este estudo, refletir sobre as conseqüências das decisões judiciais no sentido de compreender quais as contribuições que a judicialização possibilita para o redesenho do BPC, principalmente, no que se refere à ampliação da cobertura desta proteção social.

O trabalho está estruturado em quatro capítulos, incluindo esta introdução.

O Capítulo 2 consiste na fundamentação teórica que orientou o presente trabalho. Esse tópico traz a descrição do histórico do BPC, bem como sua trajetória no âmbito do STF. Detalha-se o processo de instituição deste benefício enquanto um direito social previsto no texto constitucional, sua regulamentação por meio da Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), de 7 de dezembro de 1993 e o processo de judicialização do BPC, com destaque para os julgados do STF. Ainda neste item, são feitas algumas considerações a respeito da teoria dos diálogos institucionais cuja essência norteará o presente estudo.

O Capítulo 3 consiste na descrição da metodologia adota para realização da pesquisa referente à análise dos julgados do STF.

No Capítulo 4 serão resgatadas algumas decisões do STF, quanto aos critérios de concessão do BPC, analisadas à luz da teoria dos diálogos institucionais. Neste item será abordado o fenômeno da judicialização desta política social por um viés que ultrapassa o debate da separação dos poderes. Os julgados serão analisados com base na teoria dialógica com o fim de compreender a contribuições desta teoria para o (re) desenho do Benefício de Prestação Continuada. E, ao final, o trabalho se conclui com a exposição das considerações finais sobre o estudo.

2. Fundamentação teórica

2.1 O Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC) como um direito social

O Benefício de Prestação Continuada (BPC) é um benefício da política de assistência social que consiste na transferência mensal de 1 (um) salário mínimo ao idoso, com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, e à pessoa com deficiência, de qualquer idade, que comprovem não possuir meios para prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. Para uma melhor compreensão da importância deste benefício bem como de suas peculiaridades, faz-necessário contextualizá-lo no âmbito da política pública de assistência social.

A assistência social no Brasil é elevada à categoria de política pública, como direito do cidadão e dever do Estado, a partir da Constituição Federal de 1988. O texto constitucional inova o sistema de proteção social brasileiro ao incluir em seu Título VIII – Da Ordem Social cujo objetivo é o bem-estar e a justiça sociais.

Para melhor compreensão sobre o significado do reconhecimento da assistência social como política pública, pelo Constituição Federal de 1988, faz-se necessário abordar alguns pontos importantes para caracterização desta política. Segundo PEREIRA (2002), o reconhecimento enquanto política pública não significa uma política exclusivamente estatal, o adjetivo “pública”, que a acompanha, deriva do latim e expressa *res publica*, isto é, coisa de todos, e, portanto, compreende simultaneamente, ações do Estado e da sociedade. A concretização da ação pública requer a integração tanto do Estado quanto da sociedade, neste mesmo sentido destaca BICCA (2011):

A partir da materialização da assistência como um direito social e de seu reconhecimento como uma política pública, bem como da definição de seus objetivos pelo próprio constituinte, houve a expansão da responsabilidade pública no enfrentamento de problemas até então deixados sob responsabilidade da iniciativa privada, sendo que o Estado se viu obrigado a adotar providências a fim de implementar referida política pública.

Ao prosseguir com sua explanação, PEREIRA (2002, p. 7 e 8), destaca que a palavra política, que compõe o conceito composto "política pública", tem uma

conotação específica, referente a planos, estratégias ou medidas de ação coletiva, formulados e executados na perspectiva de atender às demandas e necessidades sociais. Neste sentido conceitua política pública da seguinte forma:

Política pública significa, portanto, ação coletiva que tem por função concretizar direitos sociais demandados pela sociedade e - previstos nas leis. Ou, em outros termos, os direitos declarados e garantidos nas leis só têm aplicabilidade por meio de políticas públicas correspondentes, as quais, por sua vez, operacionalizam-se mediante programas, projetos e serviços. Por conseguinte, não tem sentido falar de desarticulação entre direito e política se nos guiarmos por essa perspectiva.

Portanto, é a partir da execução de políticas públicas que são formulados, desenvolvidos e postos em prática programas de distribuição de bens e serviços, regulados e providos pelo Estado, com a participação da sociedade.

Ademais, PEREIRA (2002) destaca outra qualificação importante atribuída à assistência social que consiste em caracterizá-la como um direito social. Isso significa dizer que a assistência social se identifica com os direitos sociais por estes serem permeados pela perspectiva da equidade e justiça social, e exigem atitudes positivas, ativas ou intervencionistas do Estado, em parceria com a sociedade, para transformar tais valores em realidade que ser concretizarão nas prestações sociais junto à população demandante. A política de assistência social deve ir além de mera provisão de bens materiais, isto é, deve contribuir para a efetiva concretização do direito do ser humano à autonomia, à informação, à convivência familiar e comunitária saudável, ao desenvolvimento intelectual, às oportunidades de participação e ao usufruto do progresso. Portanto, a participação do Estado é fundamental para a garantia da assistência social enquanto um direito social.

É oportuno, também, destacar a gratuidade enquanto um elemento fundamental desta política enquanto um direito social. Isso significa que o seu destinatário deve usufruir dos benefícios e serviços que lhe são devidos como uma questão de direito e não de cálculo contratual, atuarial ou contábil. Neste sentido, PEREIRA (2002, p. 9 e 10) ressalta:

É preciso ter em mente que a assistência social é a única política pública eminentemente social e, por isso, ela se descaracterizará se fizer qualquer concessão às exigências utilitaristas do mercado. Afinal, a assistência existe para atender às necessidades sociais, colocando-se como um contraponto à lógica da rentabilidade econômica. Portanto, não faz sentido tal política cobrar dos credores de uma considerável dívida social qualquer tipo de contrapartida. Por isso, além de ela ser gratuita e não contributiva, nos termos da LOAS, não deve funcionar como mercadoria ou valor de troca mercantil. (...)

Outra importante ressalva, ainda com o objetivo de contextualizar a política de assistência social como um direito social previsto no texto constitucional, trata-se da sua concepção enquanto um componente da seguridade social que, juntamente com a saúde e previdência social, integram o Sistema Brasileiro de Seguridade Social. A assistência social caracteriza a dimensão distributiva do sistema, enquanto a política de previdência social constitui um componente de dimensão contributiva. Desta forma, deve ser prestada com a finalidade de, não somente de livrar os seus destinatários dos infortúnios do presente, mas também das incertezas do amanhã, protegendo-os preventivamente das adversidades causadas por enfermidades, velhice, abandono, desemprego, desagregação familiar, entre outros. Trata-se, portanto, de medida ativa e positiva que, além de procurar corrigir injustiças, visa prevenir situações de vulnerabilidade e riscos sociais que representam ameaças, perdas e danos a vários segmentos sociais (PEREIRA, 2002).

Com a Constituição de 1988, a assistência social é oficializada como direito social sem contrapartida, com o objetivo de atender as necessidades sociais. É definida como política de seguridade, que estabelece objetivos, diretrizes, financiamento, organização da gestão, sendo de responsabilidade pública.

É junto à previdência social e à saúde que a assistência social passa a integrar o tripé da seguridade social, conforme dispõe o art. 194 da Constituição Federal: “*A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social*”. Este reordenamento atribuiu à assistência social o

caráter de direito social em substituição àquela característica histórica de benesse ou caridade que ficava restrita à “boa vontade” da sociedade.

A assistência social está caracterizada, especificamente nos arts. 203 e 204 da Carta Constitucional:

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

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

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

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

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência¹ e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

¹ A expressão “pessoas portadoras de deficiência” se encontra em desuso, por ter sido substituída pelo termo “pessoas com deficiência”, haja vista que a condição de deficiência faz parte da própria pessoa, que, assim, não tem como portar algo que já a integra. Neste sentido, cabe registrar que a Assembleia Geral das Nações Unidas, por intermédio da Resolução n^o A/61/611, de 6 de dezembro de 2006, aprovou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, corroborando o emprego da nova terminologia.

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Parágrafo único. É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a programa de apoio à inclusão e promoção social até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de:

I - despesas com pessoal e encargos sociais

II - serviço da dívida;

III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.

Neste contexto constitucional compreende-se a assistência social como prestações sociais mínimas por parte do Estado, independentes de contribuição prévia, que sejam capazes de prover condições mínimas de vida às pessoas necessitadas (TAVARES, 2008). Portanto, reafirma-se o entendimento que tal política passa a compor o rol de direitos sociais constitucionais, que podem ser representados pelo conjunto de ações que deverão ser assumidas coletivamente pela sociedade, sem deixar de lado a supremacia da responsabilidade de cobertura do Estado, com a finalidade de contribuir para o enfrentamento às dificuldades para uma vida digna em sociedade (COUTO, 2006). Neste mesmo sentido, complementa PEREIRA (2002, p. 11):

A política de assistência social brasileira, (...) deve funcionar como uma espécie de alavanca para incluir no circuito dos bens, serviços e direitos existentes na sociedade grupos sociais injustamente impedidos dessa participação. Sendo assim, ela não estaria voltada exclusivamente para a pobreza absoluta, mas, também, para a pobreza relativa ou para a desigualdade social, que, contemporaneamente, vem aumentando o fosso entre ricos e pobres e sendo identificada com o processo de exclusão social. Ademais, ela não estaria desgarrada das demais políticas socioeconômicas e muito menos agiria para desmantelá-las ou substituí-las, como quer a ideologia liberal com a sua proposta

de focalização na pobreza extrema. Ao contrário, ela funcionaria para fortalecer as condições de eficácia das demais políticas sociais e econômicas, tendo em vista o combate integrado à pobreza e à reprodução desta entre as novas gerações.

Ademais, a assistência social trata-se de um direito social que, ao ofertar prestações assistenciais – a exemplo do BPC –, contribui para o cumprimento de objetivos constitucionais fundamentais da República Federativa do Brasil, tais como erradicação da pobreza e a redução de desigualdades sociais e regionais, uma vez que garante às pessoas idosas e com deficiência, sem meios de sustento e independente de contribuição prévia, o acesso a uma renda no valor de um salário mínimo (TAVARES, 2008).

A partir destas características, percebe-se o significado da política de assistência para o enfrentamento da pobreza no país bem como para a redução de desigualdades sociais. Neste sentido, é de fundamental importância conhecer sua evolução, ainda que de forma pouco superficial, porque o foco do presente estudo é o Benefício de Prestação Continuada, mais especificamente, se o fenômeno da judicialização tem impactado, de alguma forma, no desenho deste benefício, enquanto política pública. Com o fim de compreender a evolução do BPC enquanto um direito social assegurado pela Constituição de 88, bem como sua trajetória em face do fenômeno da judicialização de políticas sociais, passa-se, então a alguns esclarecimentos quanto a sua regulamentação.

2.2 O processo de regulamentação do BPC

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu no art. 203, inciso V, como um dos objetivos da assistência social: “a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”. Observa-se que constituinte originário deixou ao legislador ordinário a incumbência de regulamentar este dispositivo constitucional para que, de fato, os destinatários desta política de transferência de renda pudessem usufruir deste direito social. Entre a sua instituição, pela Constituição Federal em 1988, e o início da prestação deste benefício pelo Estado, foram oito anos.

Esta provisão da política de assistência social, sem dúvida foi uma das maiores conquistas dos grupos sociais que lutaram por sua efetivação durante o processo de elaboração da Constituição. No entanto, a então conjuntura econômica e política não era das mais satisfatórias para sua efetivação. O final da década de 80 e início dos anos 90 foram marcados por uma intensa efervescência de movimentos sociais pela restauração do estado de direito e pela implantação dos direitos sociais. Ademais, no cenário econômico pregava-se uma crise fiscal que implicaria na diminuição dos gastos com políticas sociais, com fundamentação na crise do capitalismo mundial e do projeto hegemônico neoliberal internalizado pelos então governantes brasileiros, conforme se observou ao longo de toda década de 90² (BEHRING, 2003; GOMES, 2004). Este contexto trouxe como consequência a regulamentação tardia da política de assistência social e, mais ainda para o BPC.

A assistência social somente foi regulamentada em 1993, por meio da publicação da Lei nº 8.742, Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS). Naquele momento a sociedade convivia com o agravamento do desequilíbrio fiscal e severas restrições às políticas sociais consequentes do projeto neoliberal que já havia se efetivado no Brasil. Isto explica porque aquela garantia de um salário mínimo, estabelecida no inciso V, do art. 203 da Constituição Federal, e agora regulamentado pelo art. 20 da LOAS, ainda levou mais de dois anos para ser efetivado. Este benefício tratava-se de uma importante expressão do conjunto de provisões da política de assistência social, devido a sua natureza de direito social, bem como a sua cobertura e impacto financeiro, se comparado às demais ações desta política (GOMES, 2004).

Inicialmente, o BPC foi regulamentado pela LOAS nos seguintes termos:

Art. 20. “O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meio de prover a própria manutenção e nem tê-la provida por sua família

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.

² BEHRING, Elaine Rosseti. Brasil em contra-reforma: desestruturação do Estado e perda de direitos. São Paulo: Cortez, 2003.

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

§ 4º O benefício de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo o da assistência médica.”

A proteção ao idoso ficou restrita àqueles com idade de 70 anos ou mais, no entanto, a própria lei estabelecia nas Disposições Gerais e Transitórias que tal idade reduzir-se-ia, respectivamente, para 67 (sessenta e sete) e 65 (sessenta e cinco) anos após 24 (vinte e quatro) e 48 (quarenta e oito) meses do início da concessão, o que, de fato, não se efetivou conforme a previsão legal.

O BPC somente começou a ser implantado em janeiro de 1996 quando deveria iniciar a contagem dos prazos para redução da idade de acesso ao benefício para os idosos. No entanto, esta previsão legal não foi cumprida uma vez que o governo utilizou-se de manobras legais que alteraram o desenho da política previsto na primeira versão da LOAS³ (MIRANDA, 2012).

A Lei nº 9.720/98 alterou a LOAS para que fosse efetivada somente a primeira redução da idade de acesso ao BPC, ou seja, para 67 anos. Somente em 2003, após a alteração da configuração político-partidária da coalizão de poder, quando novos atores estatais assumem o compromisso de adotar políticas capazes de contribuir para a superação da herança social instalada no país desde década anterior, inaugura-se uma nova fase no desenho do BPC, com a promulgação do Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/03 (MIRANDA, 2012).

A idade de acesso ao benefício para pessoas idosas, com o Estatuto do Idoso, passa de 67 anos para 65 anos. Mas este novo dispositivo legal trouxe mais uma alteração para o desenho desta política ao permitir que um benefício de prestação continuada já concedido a um idoso da mesma família não fosse computado como renda per capita familiar para concessão de um segundo benefício a outro idoso. Trata-se de um avanço para a política no que diz respeito à expansão de um direito social, não há dúvida com relação a isso, no entanto, deve-se criticar o legislador por sua postura

3 A Lei nº 9.720/98 que alterou a LOAS e o Decreto nº 3.298/99, que regulamentou em dezembro de 1999, a Política Nacional de Integração das Pessoas Portadoras de Deficiência (Lei nº 7.853/89).

excludente, ao não estender o mesmo direito às pessoas com deficiência uma vez que o texto constitucional não previu qualquer privilégio para uma ou outra categoria beneficiária desta política. Esta omissão do legislador com relação à pessoa com deficiência tornou-se alvo frequente de ações judiciais referentes ao BPC, situação esta que será objeto de análise em momento posteriormente deste estudo.

No ano seguinte à promulgação do Estatuto Idoso, a política de assistência social passa por um momento de reformulação e proposição de novas diretrizes. Em 2004, o Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) aprova a Política Nacional de Assistência Social (PNAS)⁴ após um amplo debate junto a segmentos sociais que muito contribuíram com o atual formato desta política. A nova PNAS traz para a assistência social um novo modelo de organização e gestão ao instituir o Sistema Único de Assistência Social (SUAS), caracterizando-se um marco histórico para esta política. Portanto, o BPC passa agora a integrar o SUAS sendo regulamentado no âmbito deste sistema, no ano de 2007, por meio do Decreto nº 6.214.

Este dispositivo regulamentador do BPC estabeleceu que, dentre outras alterações ao desenho deste benefício, a implementação, a coordenação, a regulação, o financiamento, o monitoramento e a avaliação da prestação do benefício ficariam sob a responsabilidade da Secretaria Nacional de Assistência Social (SNAS), que integra a estrutura do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS)⁵. O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) continuou sendo o órgão responsável pela operacionalização do BPC, no entanto, algumas alterações foram realizadas quanto aos procedimentos de avaliação para concessão do benefício. A avaliação da deficiência ficava a cargo somente dos peritos médicos do INSS. Com a vigência das regras estabelecidas pelo Decreto 6.214/2007, ficou instituída também uma avaliação social, realizada por assistentes sociais do INSS, para concessão do benefício. Isto representa mais uma mudança no desenho desta política.

4 Resolução CNAS nº 145, DE 15 DE OUTUBRO DE 2004, publicada no DOU em 28/10/2004.

5 No ano de 2003, na gestão do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, foi criado o Ministério da Assistência Social, órgão que ficaria responsável pela coordenação e financiamento da política de assistência social em âmbito federal. Em 2004, por meio da Medida Provisória nº 163, convertida na Lei nº 10.866/2004, foi criado o atual Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), a partir da integração de três órgãos estratégicos do governo federal: Ministério da Assistência Social, Ministério Extraordinário de Segurança Alimentar e Combate à Fome (MESA) e Secretaria Executiva do Conselho Gestor Interministerial do Programa Bolsa Família.

Outra importante alteração legal é realizada no âmbito da política de assistência social com a publicação da Lei nº 12.435/11, que acrescenta à Lei nº 8.743/93, LOAS, dispositivos que reestruturam esta política social ao prevê que sua organização e gestão se dê por meio de um sistema único:

Art. 6º A gestão das ações na área de assistência social fica organizada sob a forma de sistema descentralizado e participativo, denominado Sistema Único de Assistência Social (Suas), com os seguintes objetivos:

I - consolidar a gestão compartilhada, o cofinanciamento e a cooperação técnica entre os entes federativos que, de modo articulado, operam a proteção social não contributiva;

II - integrar a rede pública e privada de serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social, na forma do art. 6º-C;

III - estabelecer as responsabilidades dos entes federativos na organização, regulação, manutenção e expansão das ações de assistência social;

IV - definir os níveis de gestão, respeitadas as diversidades regionais e municipais;

V - implementar a gestão do trabalho e a educação permanente na assistência social;

VI - estabelecer a gestão integrada de serviços e benefícios; e

VII - afiançar a vigilância socioassistencial e a garantia de direitos.

§ 1º As ações ofertadas no âmbito do Suas têm por objetivo a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice e, como base de organização, o território.

A aprovação da Lei nº 12.435/11 representou mais uma conquista para a política de assistência social uma vez que formalizou a existência do SUAS que inaugura um novo modelo de gestão desta política pública. Trata-se de um sistema descentralizado e participativo cujo objetivo é regular e organizar, em todo território nacional, as ações

socioassistenciais, tais como: serviços, programas, projetos e benefícios, que são essenciais para que a política de assistência social alcance seus objetivos propostos no art. 2º da LOAS (PNAS, 2004).

Neste contexto, deve-se destacar a importância do BPC para o SUAS por ser o principal benefício da assistência social, alcançando atualmente mais de 3,8 milhões de beneficiários ao custo mensal superior a R\$ 2,6 bilhões⁶. Portanto, além da importante expressão enquanto um direito social, previsto no texto constitucional, representa um impacto significativo no orçamento da assistência social.

Ademais, inserir na Constituição Federal de 1988 a assistência social como política pública de seguridade social, junto à saúde e previdência social, foi uma conquista significativa para as políticas sociais.

A assistência social ao ser elevada à categoria de direito social fundamental no texto constitucional, deve ser prestada pelo Estado, independente de contribuição prévia, aos indivíduos que dela necessitar. A gratuidade combinada com a necessidade direciona as provisões da assistência social aos indivíduos mais pobres da sociedade. São prestações que se destinam àqueles que necessitam alcançar as condições básicas de vida, fundadas na dignidade da pessoa humana.

Com o advento da LOAS, no ano de 1993, iniciava-se a caminhada rumo à consolidação da política de assistência, no território nacional, na perspectiva de alcançar os objetivos propostos na Constituição. O caminho foi repleto de avanços e também de alguns retrocessos, conforme relatado neste estudo. Todavia, nos últimos anos, é preciso reconhecer a expansão da política de assistência social pelo país por meio da implantação de seus equipamentos sociais (Centros de Referência de Assistência Social – CRAS e Centros de Referência Especializados de Assistência Social – CREAS), bem como de seus serviços e aumento da cobertura de benefícios⁷.

6 Segundo dados disponibilizados para consulta no site no MDS:
<http://www.mds.gov.br/relocrys/bpc/docs/downloads/RMV/RMV%20-%20JUNHO%20-%202013.pdf>
(acesso em 5/6/2013)

⁷ CRAS é uma unidade pública estatal de base territorial, localizado em áreas de vulnerabilidade social, que abrange um total de até 1.000 famílias/ano. Executa serviços de proteção social básica, organiza e coordena a rede de serviços socioassistenciais locais da política de assistência social. O CRAS atua com famílias e indivíduos em seu contexto comunitário, visando a orientação e o convívio sociofamiliar e comunitário.

Analisando-se a trajetória do BPC, observa-se que seu reconhecimento como direito constitucional a uma renda mensal no valor de um salário mínimo a idosos e a pessoas com deficiência, sem condições de proverem sua própria manutenção, e posterior regulamentação, no ano de 1993, por meio da LOAS, seguido da ampliação do direito aos idosos quando da publicação do Estatuto do Idosos em 2003, entre outros, não foram suficientes para evitar que pessoas recorressem ao Poder Judiciário buscando respostas para algumas situações em que o legislador foi omissos, apesar dos avanços e conquistas alcançados no âmbito desta política. Estas omissões legislativas oportunizaram situações em que pessoas recorressem ao Poder Judiciário em busca de soluções para as lacunas não preenchidas pela legislação vigente regulamentadora do BPC. É neste contexto de recorrentes provocações junto ao Poder Judiciário que será analisada a trajetória do BPC em face do fenômeno da judicialização de políticas sociais. No entanto, faz-se necessário tecer algumas considerações quanto à evolução deste fenômeno no território nacional, conforme se expõe no próximo item.

2.3 O fenômeno da judicialização no Brasil

A judicialização de políticas públicas no Brasil tem ganhado espaço de debate entre diversos segmentos sociais devido à sua relevância e expressividade no âmbito da sociedade e, principalmente o seu papel frente à efetivação de direitos sociais. Todavia, judicialização de políticas públicas é uma espécie do gênero judicialização da política. Antes de prosseguir, faz-se necessária uma breve explanação a respeito das características mais genéricas deste fenômeno.

Com o processo de redemocratização pelo qual o país passou (e vem passando) desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 importantes alterações têm sido observadas na organização das instituições políticas da sociedade brasileira, dentre elas as relações entre os três Poderes. A judicialização, nada mais é que uma das expressões deste processo de transformações. Significa que questões de grande relevância política e social serem debatidas, mais precisamente, decididas pelo Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais como o Legislativo ou Executivo. Fica caracterizada

CREAS é a unidade pública de referência onde são prestados os serviços de média complexidade que consistem em atendimentos às famílias e indivíduos com seus direitos violados, mas cujos vínculos familiar e comunitário não foram rompidos (PNAS, 2004).

uma transferência de poder para órgãos do Poder Judiciário decidirem sobre questões de repercussão política e social. Pode-se atribuir inúmeras causas à judicialização, dentre elas, algumas diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro (BARROSO, 2009).

Destaca-se a redemocratização do país, cujo resultado foi a promulgação da atual Constituição, como a principal origem da judicialização. A Constituição Federal de 88 consolidou, na repartição dos poderes, o papel fundamental do Poder Judiciário ao resgatar as garantias da magistratura, transformando-o, de fato, em um poder político, capaz de definir situações controversas, inclusive, envolvendo os outros Poderes. Atribui-se, portanto, ao Poder Judiciário, mecanismos de proteção aos direitos fundamentais do cidadão até mesmo contra o próprio Estado (BARROSO, 2009).

Outro importante avanço empreendido pela Constituição de 1988, ao qual se vincula o crescimento da judicialização no país, foi a diversidade de direitos sociais abrangidos pelo texto constitucional. A extensão do art. 5º, o Título VIII referente à Ordem Social, entre outros, expressam a preocupação do Constituinte de proteger os indivíduos de arbitrariedades ou mesmo de propiciar que o Estado assegure condições mínimas de subsistência por meio de políticas sociais. A constitucionalização dessas matérias significou transformar questões políticas em direito, isto é, uma vez disciplinadas como normas constitucionais podem se tornar alvo de pretensão jurídica (BARROSO, 2009).

Por fim, a terceira e última causa do fenômeno da judicialização no Brasil pode ser atribuído ao sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, cuja organização se revela híbrida ao abarcar dois modelos tradicionais de controle: o controle incidental e difuso (inspirado na fórmula norte americana) e o controle abstrato de constitucionalidade (de origem europeia). No controle incidental e difuso, o órgão do judiciário pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que esteja sob seu julgamento, desde que a considere inconstitucional. Já no controle abstrato, algumas matérias podem ser levadas diretamente ao Supremo Tribunal Federal, por iniciativa de inúmeros órgãos bem como por entidades públicas e privadas, conforme dispõe o art. 103 da Constituição Federal (BARROSO, 2009). Este dispositivo fundamenta o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) no ordenamento jurídico brasileiro e possibilita que qualquer questão política ou moralmente relevante seja

debatida no âmbito do Supremo de forma abstrata, sem que haja, especificamente um caso concreto em análise, assim como ocorre no controle difuso de constitucionalidade.

O constituinte originário pretendeu com este sistema de controle concentrado de constitucionalidade com ampla legitimação de propositura – inclusive por órgãos de representação da sociedade⁸ –, reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro, contribuindo para que muitas controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal, por meio do controle abstrato de normas (MENDES *et al.*, 2008).

Este modelo de controle abstrato de constitucionalidade das leis com intermediação de uma “comunidade de intérpretes”, fundamentada no art. 103 da Constituição Federal de 88, que elenca os legitimados pra propor a ADI perante o Supremo, configura-se em um instrumento de significativa importância seja para defesa de direitos de cidadania, seja para racionalização da administração pública. Ademais, redemocratização do país, sob a forma institucionalizada pela Constituição de 1988, ampliou e aprofundou a presença do direito na vida política e social, especialmente com a figura do Ministério Público e com a criação da comunidade de intérpretes dotadas da capacidade de exercer o controle de constitucionalidade das leis. (VIANNA, *et al.* 1999)

Outro importante destaque deve ser dado à instituição dos Juizados Especiais no âmbito do Judiciário brasileiro por meio da aprovação da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Este dispositivo legal criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais ampliando o acesso da população à justiça. Representa, segundo VIANNA *et al.*, (1999, p. 155), um marco no processo democratização do acesso à justiça, bem como a expansão da capacidade de o Poder Judiciário intervir em questões sociais:

Com os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, aquele Poder tem sido exposto à questão social em sua expressão bruta, tomando conhecimento dos dramas vividos pelos segmentos mais pobres da

⁸ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

população, dos seus clamores e expectativas em relação à justiça. Os juízes dos Juizados estão, por isso, independentemente da compreensão que possam ter acerca das suas novas circunstâncias e atribuições, em posição de potenciais “engenheiros” da organização social, papel cujo desempenho dependerá dos nexos que lograrem estabelecer com outras agências da sociedade civil e da sua capacidade como *institucional-builders*. Na verdade, os Juizados Especiais são o reduto da “invenção” social e institucional do juiz.

Este mesmo autor prossegue sua explanação destacando que a expansão dos Juizados Especiais no âmbito do Poder Judiciário brasileiro representa um “divisor de águas” uma vez que consistiu numa estratégia de aproximar a lei à sociedade, respondendo às crescentes demandas por justiça de uma parcela da sociedade submersa e, até então, alijada de qualquer forma de representação. Como consequência da ampliação do acesso a justiça a essa camada da sociedade, o Poder Judiciário, por meio dos Juizados Especiais, passa a assumir a crescente legitimação social, que lhe foi atribuída pela Constituição Federal de 88, de “guardião” dos direitos individuais e coletivos consagrados no texto constitucional. Os Juizados passam a ser concebido como *locus* de aproximação entre a sociedade brasileira e o direito com o fim de consolidar a cidadania e o bem comum.

É nestes espaços institucionais que a camada da sociedade busca a concretização dos direitos sociais previstos na Constituição Federal de 88, a exemplo do BPC, cujo objetivo é proporcionar a proteção social a idosos e a pessoas com deficiência, em situação de pobreza, que não tenham condições de se manterem. Portanto, a democratização do acesso à justiça, neste caso específico, por meio da instituição dos Juizados Especiais, contribuiu para que questões de cunho social, como o direito a prestações sociais devidas pelo Estado, fossem levadas ao Poder Judiciário colaborando para o crescente fenômeno da judicialização de políticas sociais.

Observa-se, portanto, que ocorreram importantes mutações na organização e no funcionamento das instituições contemporâneas que levaram ao surgimento desse fenômeno. A crise da democracia representativa e a falência das formas habituais de organização da vida em sociedade são reflexos de um mundo em transformação. Neste final de século, não são os clamores por liberdade e as demandas sociais por participação que têm movido indivíduos e grupos, mas sim a busca pelo reconhecimento e concretização de seus direitos. A justiça tem operado como um parâmetro normativo do comportamento humano. (VIANNA, *et al*, 1999 p. 16 a 44).

Dando prosseguimento a sua explanação, VIANNA ressalta que estas mutações institucionais advindas, principalmente, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, contribuíram e têm contribuído para a intensificação do fenômeno da judicialização de políticas sociais no Brasil, com destaque para a democratização do acesso à justiça que tem constituído uma arena de aquisição de direitos e de credenciamento à cidadania, conforme descrito em parágrafos anteriores. O autor ainda afirma que:

O novo ordenamento constitucional de 1988 não desconheceu a relevância da cidadania para a consolidação do pacto democrático. Os instrumentos para a efetivação dos direitos das grandes massas não têm ali apenas o sentido do resgate imediato de uma dívida social e política há muito postergada, mas o da consecução de um novo “contrato”, amplo e abrangente. Tal contrato, segundo a arquitetura da Constituição, concede ao Poder Judiciário um papel significativo para a concretização dos seus termos (VIANNA, *et. al*, 1999, p. 256).

Observa-se, portanto, com base a relevância atribuída ao Poder Judiciário no que se refere ao acesso dos cidadãos aos direitos sociais, inseridos no texto constitucional, os quais se concretizam com a prestação de políticas sociais pelo Estado.

A partir deste breve resgate histórico, percebe-se que o processo de judicialização no Brasil foi uma construção baseada nas características da própria organização política estabelecida pelo texto constitucional.

É no contexto da judicialização de questões políticas, em seu aspecto geral, que temas que envolvem diretamente direitos sociais elencados na Constituição, como é o caso do BPC, são levados ao Judiciário na perspectiva de materialização de direitos. O próximo item abordará o tema da judicialização do BPC, a partir de uma análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal em questões envolvendo este benefício.

2.4 Breves considerações a respeito da teoria dos diálogos institucionais

A reflexão acerca das denominadas teorias dos diálogos institucionais remete à relação entre política e direito. Trata-se de uma articulação apoiada no processo interativo dos atores envolvidos nos procedimentos referentes às decisões judiciais que busca demonstrar a possibilidade de uma alternativa ao modelo de forte atuação do Poder Judiciário frente a questões predominantemente políticas (VIEIRA, 2009). Portanto, investigar o comportamento menos ativo do Poder Judiciário, com base num modelo de diálogos institucionais, é importante para compreender a efetivação de direitos por outro ângulo de análise.

OLIVEIRA (2011), referindo-se às teorias dialógicas com fundamento no trabalho de sistematização das teorias do diálogo realizado por Christine Bateup, destaca o significado da expressão “diálogo” na perspectiva jurídica. Segundo os ensinamentos de Christine Bateup este vocábulo é empregado para descrever as interações entre as Cortes e as instâncias políticas sem, no entanto, atribuir ao Poder Judiciário o monopólio da interpretação constitucional.

Práticas constitucionais recentes têm levado a um novo caminho de equilíbrio entre o Poder Judiciário e os poderes políticos: Poder Legislativo e Poder Executivo. Estes novos arranjos institucionais vêm sendo chamados de “teorias dialógicas”, e apontam para uma visão menos rígida da separação de poderes, baseada na capacidade de se estabelecer um verdadeiro diálogo entre os Poderes da República na perspectiva de melhor proteção dos direitos fundamentais (TAVARES, 2009).

As teorias dialógicas, por serem de natureza essencialmente política, colocam-se como uma alternativa, ou até mesmo uma oposição, aos princípios da supremacia do Judiciário e de uma leitura tendente a conferir maior peso ao papel do Poder Legislativo na configuração política (VIEIRA, 2009).

A Constituição Federal de 1988 introduziu inúmeras alterações no ordenamento jurídico brasileiro, dentre elas a ampliação de direitos fundamentais. O país superava um momento político de grandes restrições de usufruto de direitos sociais, principalmente, os derivados do direito de liberdade. A população assistia a uma grande transformação histórica no cenário político nacional. Passava-se de um regime autoritário, marcante nas décadas anteriores e início da década de 80, para um regime

democrático de direitos. E, buscando impedir que resquícios do regime anterior pudessem influenciar a nova ordem democrática, o Poder Constituinte de 88, assegurou no texto constitucional, diversos direitos sociais que iriam proteger a sociedade das arbitrariedades do Estado características do regime político anterior.

O rol de inovações trazidas pela vigente ordem constitucional ampliou o exercício da cidadania. Foram viabilizadas condições sociais e políticas para o deslocamento da arena tradicional de debates, ocasionado pelo maior acesso dos cidadãos ao Poder Judiciário a fim de se buscar a concretização dos direitos constitucionais. Grande parcela da população que antes estava alheia a estas estratégias de exercício de cidadania tem recorrido à instância judicial para buscar solução para questões relevantes para toda sociedade brasileira e, portanto, um novo *locus* de soluções de conflitos tem se constituído o que caracteriza a judicialização de questões tipicamente políticas (VIEIRA, 2009), a exemplo do Benefício de Prestação Continuada, política pública de assistência social assegurada constitucionalmente desde 1988, cuja trajetória de judicialização no âmbito do Supremo Tribunal Federal será detalhada em item posterior.

Ademais, a nova Constituição exigiu também novos modos de interpretação de suas regras. Torna-se necessário discutir as condições e possibilidades da validade do direito em um novo contexto, permeado por influências políticas, econômicas, sociais, etc. A Corte Constitucional, que tem a competência de zelar pela Constituição Federal, passa a lidar com este novo contexto social devendo apresentar respostas às demandas judiciais que recebem. Como solução, em algumas situações a Suprema Corte, dá oportunidade ao Poder Legislativo de reformular os dispositivos declarados inconstitucionais, relativizando os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, ao propor prazos ou mesmo adotar a técnica de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade⁹, na perspectiva de amenizar os prejuízos desta decisão para a sociedade. Abre-se, portanto, a possibilidade de um diálogo entre os Poderes, que se fundamenta na teoria dos diálogos institucionais.

9 Na hipótese de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (também denominada declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos), “(...) o ente federado que teve seu ato ou omissão declarado inconstitucional está obrigado a empreender as medidas necessárias para o cumprimento da decisão, seja através da revogação das medidas consideradas inconstitucionais, seja mediante a expedição dos atos necessários à execução das leis federais.” (MENDES, 2008, p. 1260)

Entretanto, há uma inquietação social quanto a esta postura adota pelo Poder Judiciário. A questão debatida consiste em saber qual o papel deste poder na concretização de direitos sociais assegurados pela Constituição. Diante desta problemática, alguns países vêm buscando alternativas para evitar uma centralização no Judiciário, isto é, criam medidas que não fazem da jurisdição o centro da tomada de decisões políticas. Nessa linha, os modelos adotados no Canadá, Israel, Nova Zelândia¹⁰, entre outros, são exemplos de países, cujas experiências merecem atenção, pois, no intuito de preservar a soberania parlamentar e a representação democrática, criaram mecanismos inovadores, que compensavam o papel contramajoritário assumido pelas Cortes em face da existência de uma onda de constitucionalização, engendrada pelo segundo pós-guerra (SILVA *et al.*, 2010).

Os modelos adotados nestes países possibilitam certa harmonia entre constitucionalismo e democracia, a partir do diálogo entre os Poderes, em especial, Legislativo e Judiciário.

Veja-se o caso do Canadá, que, na Seção 33 da Carta de Direitos Canadense de 1982, criou um mecanismo – até agora pouco utilizado – que ficou conhecido como “cláusula não obstante” (*notwithstanding clause*), por meio do qual o Legislativo pode aplicar determinado dispositivo, mesmo que contrário ao texto constitucional, do que resulta a preponderância da interpretação do Legislativo (SILVA *et al.*, 2010).

Em Israel, país cujo Parlamento (conhecido como Knesset), seguindo o exemplo do Canadá, preocupado com o ativismo judicial¹¹ de sua Suprema Corte, acabou

10 Os autores citam dois outros modelos adotados no Reino Unido e Austrália, mas que não serão abordados neste trabalho uma vez que as referências aos modelos são somente exemplificativas. Para maiores detalhes consultar SILVA *et al.*, 2010, p. 53-60.

¹¹ Segundo Luis Roberto Barroso, “A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. (...) Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.”

Prossegue, didaticamente, o mesmo autor com seus esclarecimentos sobre o tema: “A idéia 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

reformando uma de suas declarações de direitos (ressalte-se que neste país ainda não há constituição, existem somente normas de organização, conhecidas como *basic laws*), incluindo a possibilidade de o Parlamento criar, desde que por maioria absoluta, lei que contraria ao conteúdo da *basic law* (SILVA *et al.*, 2010).

Na Nova Zelândia, onde a primeira proposta de declaração de direitos foi rejeitada, porque previa a possibilidade do exercício do controle judicial, o que foi considerado incompatível com a supremacia parlamentar, tendo sido aprovado, então, o *New Zealand Bill of Rights Act* (NZBORA), que excluiu a possibilidade de uma análise do Judiciário, isto é, não autorizou aos juízes que invalidassem uma lei invocando os dispositivos desta declaração, especialmente porque foi concebida com um caráter de legislação ordinária. Estes países consistem em modelos que de certo modo compatibilizam as prerrogativas do Judiciário com a representatividade democrática do Legislativo (SILVA *et al.*, 2010)

Nota-se, portanto, que as teorias do diálogo institucional vêm ganhando corpo na doutrina alienígena, entretanto, não está livre de críticas quanto a sua legitimidade. O Brasil não está a parte deste debate, no contexto nacional, perpetua-se dois argumentos contra a ocorrência deste fenômeno: a absoluta incompatibilidade com o nosso modelo, pela existência da regra da supremacia do Judiciário, e a ausência de uma estrutura política ou prática que justificasse a supremacia do Legislativo. As razões de ambos são conhecidas: o art. 102, *caput*, da Constituição da República (Brasil, 1988), ao estabelecer que “compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição”, impõe a esse órgão a prerrogativa da última palavra, sendo que o vácuo normativo do

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.

(...)

O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.” (BARROSO, 2009)

Congresso Nacional justificaria, em tese, um comportamento ativista do Supremo Tribunal Federal. (SILVA *et al.*, 2010).

De maneira exemplificativa, SILVA *et. al.*, 2010, destaca que não se pode negar que há situações em que a prerrogativa da última palavra verifica-se de maneira patente, como se retira do Mandado de Segurança (MS) nº 26.603, sobre a infidelidade partidária e a perda de mandato, ou do Recurso Extraordinário (RE) nº 197.917-8, que tratou do número de vereadores por município, suscitando, para alguns teóricos, uma resposta dialógica da instância majoritária. No entanto, em outros casos, adota a Suprema Corte brasileira uma atuação mais amena, de modo que não cumpre de maneira tão robusta a sua competência contramajoritária, estabelecendo, com as instâncias majoritárias, um relevante debate democrático institucional, no qual o Supremo Tribunal Federal não questiona que o lócus da representação política seja efetivamente o Poder Legislativo.

Existem, porém, situações em que a Suprema Corte busca contornar os efeitos de suas decisões, possibilitando que a norma declarada inconstitucional seja revisada de forma que traga menores prejuízos à sociedade. No âmbito deste estudo será abordada uma destas situações, quando enfrentou a questão da constitucionalidade do § 3º, do art. 20, da Lei nº 8.742/93 referente ao corte de renda per capita familiar para fins de acesso ao Benefício de Prestação Continuada previsto na Constituição Federal, ao julgar conjuntamente a Reclamação 4374/PE e os Recursos Extraordinários 567985 e 580963, ambos com repercussão geral, ocorridos em abril de 2013. A Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade do dispositivo legal, mas não pronunciou a sua nulidade, abrindo uma possibilidade de diálogo entre os poderes para reformularem a política sem maiores prejuízos para a sociedade.

SILVA *et al.*, 2010, para melhor compreensão das teorias dialógicas, apresenta duas interessantes divisões, fundamentada nos ensinamentos de Christine Bateup. Estas divisões consistem em classificar as teorias dialógicas quanto ao método judicial e quanto à estrutura de diálogo.

Quanto ao método judicial destaca as teorias do “aconselhamento” judicial e as teorias centradas no processo. No que se refere à estrutura de diálogo, destaca as teorias de construção coordenada, as teorias de princípios jurídicos e teorias de equilíbrio. Faz

ainda referência a uma terceira que consiste na fusão entre elementos das teorias do equilíbrio e teorias de parcerias, ambas classificadas quanto à estrutura de diálogos.

Com a finalidade de conhecer, ainda que de maneira não muito aprofundada, as principais características destas teorias, na perspectiva de buscar visualizá-las, ou não, durante os julgados do STF referentes ao BPC, serão apresentados, a seguir, os principais elementos de cada uma delas a partir do estudo realizado por SILVA *et. al*, 2010.

Inicialmente, serão abordadas as duas subdivisões das teorias dialógicas quanto ao método judicial, quais sejam: teorias do “aconselhamento” judicial e teorias centradas no processo. As primeiras consistem nas situações em que o Poder Judiciário utiliza-se de técnicas de interpretação e construção decisórias, de maneira proativa e recomenda cursos de ação aos outros poderes políticos. Nestas hipóteses, o Judiciário declara a inconstitucionalidade de algum dispositivo legal, mas aponta soluções para a correção da matéria objeto do julgamento. Ou ainda, não declara a inconstitucionalidade do dispositivo, mas indica as fragilidades da matéria julgada, estimulando a atuação corretiva dos outros poderes ou mesmo destaca os limites que, se ultrapassados, poderiam acarretar a violação do texto constitucional o que, de fato, levaria a uma possível declaração de inconstitucionalidade, caso tal matéria retornasse ao Poder Judiciário (SILVA *et. al*, 2010).

A segunda subdivisão quanto ao método judicial trata-se das teorias centradas no processo cuja essência está no fato de que a pronúncia de inconstitucionalidade permite ao Poder Legislativo rever sua deliberação a respeito da matéria julgada de forma que não afete valores constitucionais. Nesta hipótese, o Poder Judiciário parte do pressuposto que a decisão política do Poder Legislativo quanto à matéria objeto de julgamento pode ter sido apressada ou superficial, portanto, abre-se uma oportunidade para que o Legislativo possa debater melhor o tema e apresentar uma solução mais concertada para a matéria (SILVA *et. al*, 2010).

A principal diferença entre estas duas teorias consiste na maior ou menor intervenção do Poder Judiciário na legitimidade do Poder Legislativo deliberar sobre determinada matéria. No primeiro caso, o Judiciário aponta os caminhos a serem perseguidos pelo Legislativo, enquanto que, no segundo sua atuação se limita, a tão

somente, dar uma nova oportunidade para o Legislativo debater a matéria e apresentar uma solução legislativa “mais madura” e que seja adequado ao texto constitucional (SILVA *et. al*, 2010).

Passa-se, agora, ainda com base no estudo de SILVA *et. al*, 2010, a algumas reflexões acerca da classificação das teorias dialógicas quanto às estruturas de diálogo. O referido estudo destaca três espécies de teorias, são elas: teorias de construção coordenada, teorias de princípios jurídicos e teorias de equilíbrio. As teorias de construção coordenada têm a compreensão de que a interpretação do texto constitucional deve ser realizada pelos três poderes, ou seja, o Poder Judiciário receberia a influência dos Poderes Legislativos e Executivo ao interpretar a Constituição, haveria, portanto, uma interpretação conjunta. No que se refere às teorias de princípios jurídicos, caberia ao Poder Judiciário decidir sobre questões limitadas aos princípios jurídicos, ao passo que os outros poderes políticos poderiam levantar possíveis interpretações equivocadas do Judiciário quanto a determinado princípio jurídico. Como vantagem nesta teoria, pode-se destacar a possibilidade de o Legislativo e de o Executivo, enquanto poderes voltados à instituição e formulação de políticas públicas, apontarem, ao Poder Judiciário, a possibilidade de erro quanto à interpretação de princípios jurídicos, ou seja, existiria uma fiscalização dos outros poderes políticos quanto ao desempenho da habilidade do Poder Judiciário quanto ao papel de julgar princípios jurídicos.

A última categoria de teorias quanto à estrutura de diálogos trata-se da teoria de equilíbrio. SILVA *et. al*, 2010, prossegue suas explicações destacando que a essência desta teoria consistem em não atribuir ao Poder Judiciário qualquer capacidade especial para lidar com questões de direitos. Esclarece que os juízes devem se limitar a discutir as matérias de maneira que possibilitem à própria sociedade alcançar a concepção que entenda mais adequada à solução da matéria. Segundo esta teoria, o Poder Judiciário não teria nenhuma atribuição especial, preocupa-se com a forma como os atores (sejam os judiciais ou não judiciais) podem aprender, debater e modificar seus entendimentos sobre direitos a partir do diálogo. Portanto, com fundamento nesta teoria, pode-se perceber que os direitos materializados nas leis, seriam reflexo do que a própria sociedade almeja, o que poderia contribuir para que tais direitos permanecessem estáveis por um prazo mais longo, pois estariam legitimados pela sociedade. Desta

forma, o Judiciário seria um interlocutor entre a sociedade e os dispositivos constitucionais, ou seja, seu papel seria buscar respostas sobre o correto significado da constituição.

As teorias do equilíbrio apresentam uma subdivisão, qual seja: a teoria de parcerias cuja principal característica é o fato de compreender os mecanismos institucionais como a forma mais adequada para fortalecer o diálogo constitucional. Segundo tal teoria, cada um dos poderes políticos, contribui de maneiras diferentes para a compreensão do significado dos dispositivos constitucionais. Neste sentido, os direitos fundamentais se fortaleceriam a partir da combinação de duas perspectivas: por um lado o Poder Legislativo acostumado a estabelecer políticas coletivas e do outro, o Poder Judiciário com o papel de interpretar o significado das disposições de direitos. Esta categoria dialógica entre os poderes Legislativo e Judiciário pode ser considerada uma atenuação à concepção contramajoritária do Poder Judiciário dado que não ficaria em patamar superior aos outros poderes políticos, ao contrário, assumiria um papel complementar frente à atuação dos demais. A principal diferença entre as teorias de equilíbrio e esta sua subdivisão, trata-se da não participação da sociedade, de forma direta, no que se refere às teorias de parcerias, cujo diálogo fica restrito aos poderes políticos, principalmente entre o Legislativo e o Judiciário (SILVA *et. al*, 2010).

Por fim, o estudo de SILVA *et. al*, 2010, fundamentado nos ensinamentos de BATEUP, aponta uma outra categoria dialógica denominada “fusão dialógica”. Tal categoria constitui-se de elementos próprios das duas últimas analisadas: teorias do equilíbrio e sua subdivisão: teorias de parceria. Concilia as preocupações democráticas (teorias de equilíbrio) e o modelo de parceria, permitindo uma melhor compreensão dos aspectos institucionais e sociais do diálogo, bem como os diferentes atores constroem significado da constituição, isto possibilita alcançar um consenso mais legítimo sobre determinada matéria com maior probabilidade de aceitação pela sociedade. Portanto, busca, de fato, um equilíbrio entre os poderes políticos envolvendo, também, a sociedade.

A partir desta breve explanação a respeito das categorias dialógicas, observa-se que a teoria dialógica propõe uma alternativa de compreensão do modelo de revisão judicial, não mais centrada na afirmação da supremacia judiciária ou legislativa, mas em um constante diálogo entre as instituições, onde na verdade ninguém tem a última

palavra. Ocorre uma troca de experiências na perspectiva de restabelecer o reequilíbrio entre poderes, na busca de uma legitimidade democrática, com a finalidade de assegurar a concretização de direitos fundamentais, notadamente em favor de segmentos minoritários da população (SILVA, et. al., 2010).

OLIVEIRA (2011) assinala que as teorias do diálogo podem contribuir com a estruturação de um novo modelo de desenho institucional que deverá ir além da supremacia pura e simples do Poder Judiciário. As instituições devem participar ativamente da construção do significado constitucional por meio do diálogo permanente uma vez que detectar possível necessidade de alteração de dispositivo constitucional não é atribuição somente do Poder Judiciário, mas de um processo dialético entre os três poderes e a própria sociedade. A autora destaca ainda que:

(...) O reconhecimento desta influência plural na construção do significado constitucional realça a legitimidade democrática constitucional, uma vez que preconiza a provisoriedade de uma pretensa última palavra do Judiciário, na medida em que esta se sujeita à possibilidade sempre renovada de mobilização proveniente da sociedade ou das instâncias políticas (OLIVEIRA, 2011, p. 92 e 93).

Embora este processo dialógico possa ser compreendido como uma alternativa à atuação “ativista” por parte principalmente do Supremo Tribunal Federal, que tem se destacado nos últimos anos, está orientado à concretização de direitos constitucionais. Este arranjo alternativo busca uma convivência mais harmônica entre constitucionalismo e democracia, de forma que o diálogo entre as instituições mantenha a possibilidade de contradita à decisão judicial em favor dos poderes políticos, vez que estes possuem maior legitimidade democrática sem, no entanto, deixar de assegurar a proteção dos direitos constitucionais. Assim tenta-se combinar, equilibrar, o direito e a democracia.

3 Metodologia

O presente trabalho consistiu-se em uma pesquisa qualitativa e exploratória a partir da seleção do acervo bibliográfico a ser explorado, bem como de leis, decretos afetos ao tema, e também à própria Constituição Federal, além da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Portanto, a principal fonte de pesquisa foram documentos bibliográficos. Esta modalidade de pesquisa tem como objetivo:

(...) proporcionar maior familiaridade com o problema com vistas a torna-lo mais explícito ou construir hipóteses. Pode-se dizer que tais pesquisas têm como objetivo principal o aprimoramento de ideias ou a descoberta de instituições. Seu planejamento é, portanto, bastante flexível, de modo que possibilita a consideração dos mais variados aspectos relativos ao fato estudado.” (GIL, 1988 *apud* BERTUCCI, 2008).

A pesquisa bibliográfica foi realizada em diversos livros, artigos científicos, leis, decretos e jurisprudência sobre os assuntos tratados, no âmbito do presente estudo, permitindo consolidar o conhecimento sobre o tema investigado e, conseqüentemente, melhor compreensão sobre o objeto de estudo.

A partir da revisão bibliográfica foi possível identificar algumas das principais posições a respeito da judicialização de políticas públicas bem como algumas abordagens a respeito das teorias dialógicas.

Com o fim de analisar a possível adoção da teoria dos diálogos institucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ao proferir suas decisões quanto aos critérios de acesso ao Benefício de Prestação Continuada (BPC), realizou-se uma análise das decisões da Suprema Corte referentes a este benefício, com enfoque na última decisão quando declarou a inconstitucionalidade do dispositivo legal que regulamentava os critérios de acesso ao BPC bem como do dispositivo constante no Estatuto do Idoso também referente ao benefício.

Portanto, o estudo é essencialmente uma exploração de fontes bibliográficas de livros, artigos científicos, leis, decretos e jurisprudência do STF afetos ao tema objeto

de investigação. Portanto, o emprego desta modalidade de pesquisa teve como principal finalidade realizar o trabalho monográfico fundamentado na leitura, análise e interpretação dos registros constantes no acervo examinado.

4. Análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal

4.1 A judicialização do BPC: uma análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal desde a origem deste benefício

O Benefício de Prestação Continuada (BPC), antes mesmo de sua regulamentação, foi alvo de debate no âmbito do Poder Judiciário. Os questionamentos sobre os critérios de elegibilidade do BPC tiveram início antes da aprovação da LOAS, em dezembro de 1993.

Em novembro de 1993 foi impetrado o Mandado de Injunção nº 448 junto ao Supremo Tribunal Federal¹² com o objetivo de exigir a regulamentação do inciso V, do art. 203 da Constituição Federal – dispositivo que instituiu o BPC. A falta de regulamentação do dispositivo constitucional ensejou a impetração do mandado, por pessoas com deficiência que afirmavam ser incapacitadas para o desempenho de atividades regulares do trabalho e não possuíam recursos para o próprio sustento (PENALVA, *et. al*, 2009). Portanto, uma vez prejudicado o acesso a um direito social, o STF decidiu a questão, em 5 de setembro de 1994, quando declarou a mora do Congresso Nacional.

A regulamentação do BPC ocorreu em dezembro de 1993 com a aprovação da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS). Entretanto, novo questionamento surge a respeito dos critérios de elegibilidade deste benefício, desta vez, por iniciativa da Procuradoria-Geral da República por meio de interposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232/95¹³. Nesta ação, questionou-se a constitucionalidade do

12 Dispõe a Constituição Federal no seu art. 5º, inciso LXXI: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta da norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

Mandado de Injunção n 448, impetrado junto ao STF em 8 de novembro de 1993. Relator Min. Moreira Alves.

Ementa: Mandado de injunção. Exclusão do INSS da relação processual. Falta de regulamentação do inciso V do artigo 203 da Constituição. Mora do Congresso Nacional. Deferimento, em parte, do mandado de injunção, para reconhecer a mora do Congresso Nacional, dando-se a esta ciência para que seja regulamentado o inciso V do artigo 203 da Constituição Federal.

¹³ Segundo o Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) consiste em: “Ação que tem por finalidade declarar que uma lei ou parte dela é inconstitucional, ou seja, contraria a Constituição Federal. A ADI é um dos instrumentos daquilo que os juristas chamam de “controle concentrado de constitucionalidade das leis”. Em outras palavras, é a contestação direta da própria norma em tese. Uma outra forma de controle concentrado é a Ação Declaratória de Constitucionalidade. O oposto disso seria o “controle difuso”, em que inconstitucionalidades das leis são questionadas indiretamente, por meio da análise de situações concretas. São legitimados para propositura da ADI:

critério objetivo de ¼ de salário mínimo como per capita familiar para fins de acesso ao BPC. O principal argumento era que este critério restringia e limitava o direito ao benefício previsto pela constituição (PENALVA, *et. al*, 2009).

Cabe uma análise mais aprofundada sobre a ADI 1.232/95 por se tratar de um marco no processo de judicialização do BPC. A ação foi proposta dois anos após a definição dos critérios de elegibilidade do BPC pela Lei 8.742/93, a LOAS, e um ano antes do início da operacionalização das concessões do benefício pelas agências do INSS que ocorreu em 1996. Esta ADI questionava a constitucionalidade dos critérios de acesso ao BPC, estabelecidos pela LOAS, para definir a linha de pobreza de idosos e pessoas com deficiência que seriam alcançados pelo BPC.

A ADI foi ajuizada com pedido de medida cautelar que suspendesse a aplicabilidade do § 3º, do art. 20, da LOAS, cujo conteúdo estabelecia que seriam incapazes de prover a própria manutenção ou tê-la provida por suas famílias, pessoas com deficiência ou idosos em famílias em que a renda mensal *per capita* familiar fosse inferior a ¼ de salário mínimo. O pedido de medida cautelar foi indeferido e o processo foi distribuído ao relator Ministro Ilmar Galvão, em 22 de março de 1995.

O relator do processo, Ministro Ilmar Galvão, proferiu seu voto sustentando que critério estabelecido na lei não é, em si, inconstitucional. Tornar-se-ia inconstitucional somente se fosse entendido como único meio da pessoa com deficiência comprovar sua falta de incapacidade econômica, conforme trecho abaixo transcrito:

“Com efeito, se se entender, como parece ter entendido a representação acolhida pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral da República – que o § 3º do art. 20 da Lei n. 8742/93, de 1933, esgota o rol das possibilidades de comprovação de falta de meios, para o deficiente se manter ou ser mantido por sua família, então realmente, essa norma há

Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados; Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; Governador de Estado ou do Distrito Federal; Procurador-Geral da República; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Partido político com representação no Congresso Nacional; Confederação sindical ou entidade de classe no âmbito nacional.” Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=124> Acesso em: 16/10/2013

de ser tida como inconstitucional, na medida que terá revelado a sua flagrante invasão limitadora (“considera-se incapaz de prover a manutenção de pessoa com deficiência... a família cuja renda mensal per capita seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo”) de garantia constitucional ilimitada (a quem dela necessitar)”.¹⁴

Com este entendimento, o Ministro Ilmar Galvão interpretou que a norma do § 3º, do art. 20 da Lei nº 8.742/93 não poderia ser o único meio de comprovação da situação de carência, julgando procedente em parte a ação, não declarando a inconstitucionalidade do dispositivo contestado.

Contudo, à época prevaleceu o entendimento do Ministro Nelson Jobim, que julgou improcedente a ação considerando constitucional o critério estabelecido na lei, pelos motivos expostos em seu voto, a seguir reproduzido:

“Sr. Presidente, data vênua do eminente Relator, compete à lei dispor a forma de comprovação. Se a legislação resolver criar outros mecanismos de comprovação, é problema da própria lei. O gozo do benefício depende de comprovar na forma da lei, e esta entendeu de comprovar desta forma. Portanto não há interpretação conforme possível porque, mesmo que interprete assim, não se trata de autonomia de direito algum, pois depende da existência da lei, da definição”.¹⁵

A ADI 1.232 foi julgada improcedente em 27 de agosto de 1998. O STF entendeu que o critério de renda estabelecido pelo legislador ordinário não constituía afronta ao texto constitucional. Prevaleceu o entendimento de que o critério de ¼ de salário mínimo como per capita familiar, para fins de comprovação da condição de

¹⁴ ADI 1232-1 MC DF, Relator Ministro Maurício Correia, Requerente: Procurador-Geral da República, Requerido Presidente da República, D.J. 26.05.95. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346917>
Acesso em: 14/10/2013.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1232-1 MC DF, Relator Ministro Maurício Correia, Requerente: Procurador-Geral da República, Requerido Presidente da República, p. 76-82, D.J. 26.05.95. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346917>
Acesso em: 14/10/2013.

pobreza, seria condição que somente a lei poderia fixar. Naquele momento o STF se limitou em dizer que cabia à lei estabelecer o critério que caracterizasse a condição de pobreza do indivíduo e de sua família para acesso ao BPC, portanto, reconheceu o Legislativo e o Executivo como os legitimados para estabelecer o desenho desta política social (PENALVA, *et. al*, 2009).

O Tribunal não enfrentou o cerne da questão que era o fato de o critério objetivo de ¼ de salário mínimo para fins de acesso ao BPC, estabelecido pela legislação infraconstitucional, poderia gerar uma controvérsia uma vez que o *caput* do art. 203 da Constituição determina que a assistência social deve ser prestada a quem dela necessitar. Pela análise dos votos dos ministros é possível observar que o STF não enfrentou a constitucionalidade do dispositivo da LOAS, mas se restringiu em declarar que o legislador ordinário era legítimo para definir o critério de pobreza para fins de concessão do BPC (PENALVA, *et. al*, 2009).

Importante frisar que, conforme previsto na própria Constituição Federal¹⁶, as decisões proferidas pelo STF em ADI tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, não se aplicando ao Poder Legislativo. Aos órgãos do Poder Judiciário fica a obrigação de seguir o teor destas decisões uma vez que a questão estaria definitivamente decidida pelo STF.

Contudo, a decisão do STF, com relação a ADI 1232, não impediu que cidadãos recorressem à justiça em busca da concretização do direito de acesso ao BPC. Isto pode ser compreendido como o reflexo do desafio posto às políticas públicas, neste caso específico, ao BPC, de definir quais situações, caracterizadas por condições de desigualdades indesejadas, de necessidades vivenciadas pelos indivíduos devem ser consideradas para tornar um determinado grupo de pessoas elegíveis a uma política. Portanto, o reconhecimento de um direito como constitucional não encerra a luta por sua materialização. Esta afirmação constitucional dá início ao movimento de definição legislativa e administrativa de como o direito expresso se materializará nas instâncias executoras. E, principalmente, ao ser ofertado por meio de políticas sociais, se está

¹⁶ Art. 102 (...) § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

refletindo a sua característica de direito fundamental, conforme intenção do Constituinte.

Diante das inúmeras ações interpostas por indivíduos perante o Poder Judiciário, na perspectiva de concessão do BPC, aos juízes federais coube o desafio de enfrentar os vários questionamentos que lhes foram postos referentes à concessão do BPC a partir de outros critérios para além daquele definido na LOAS, e declarado constitucional pelo STF.

Decisões de juízes federais colocaram na pauta das discussões judiciais o critério de pobreza para acesso ao BPC uma vez que passaram a reinterpretar a decisão da Suprema Corte na ADI 1.232, reforçando a ideia de que a avaliação da condição de pobreza, de até ¼ de salário mínimo per capita familiar, para fins de concessão do BPC, deveria ser usada somente como parâmetro e não como limite de renda acima do qual o requerente ficaria excluído do benefício. Outros critérios passaram a ser analisados com o fim de identificar fatores que caracterizassem a condição de pobreza ou vulnerabilidade. O parâmetro legal se apresentava como insuficiente para cumprir com o princípio da dignidade da pessoa humana, devendo cada caso concreto ser avaliado em suas peculiaridades subjetivas (TAVARES, 2008).

As demandas judiciais iniciadas junto aos juizados especiais federais chegaram ao STF por meio de interposição de recursos. Em abril de 2005, no julgamento do Agravo Regimental na Reclamação 2.303-6/RS, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, o Tribunal deu provimento à Reclamação argumentando que a sentença impugnada afrontava o posicionamento daquela Corte adotado a partir do julgamento da ADI 1.232.

Na oportunidade, o Ministro Ayres Britto proferiu seu voto utilizando-se de argumentos favoráveis às posições adotadas no âmbito dos juizados especiais federais:

Em outras palavras – e como tudo na vida comporta leitura ora mais ora menos subjetiva –, entendo que o juiz singular nem se contrapôs por modo frontal ao nosso *decisum*, nem proferiu julgamento insuscetível de assimilação por esse *decisum* mesmo. O que enxergo no ato sentencial ora invectivado é a

consustanciação de valores e critérios francamente assimiláveis pela decisão plenária tido por violada (...).¹⁷

Segundo o Ministro, a legislação infraconstitucional sequer poderia dimensionar um parâmetro objetivo de pobreza para idosos e pessoas com deficiência uma vez que a Constituição Federal não previa tal legitimidade. O critério dimensionador da condição da pobreza já consta no próprio texto constitucional, qual seja: o idoso ou pessoa com deficiência deve demonstrar que não possui meio de prover sua própria manutenção nem tê-la provida por sua família. A solução deverá ser dada no caso concreto, conforme transcrição de um trecho do seu voto a seguir:

(...) é bem de ver que o diploma legal de nº 8.742 nem sequer devia eleger critério dimensionador da pobreza ocasional do idoso ou da pessoa portadora de deficiência. E não devia eleger nenhum critério ou parâmetro de aferição objetiva de pobreza porque não habilitado pela Constituição para tal mister. Quero dizer: o critério objetivo de carência material do socialmente assistível já está na Constituição e esse critério é o fato mesmo de, num dado instante, o idoso ou deficiente demonstrar que não possui meios de prover à própria manutenção, nem de tê-la provida pela respectiva família. Tudo se resolve é no caso concreto, porque a serventia da lei se resume em dispor sobre o processo de comprovação de tal carência assistencial e não mais que isso.

Por outro lado, a relatora Ministra Ellen Gracie declarou seu voto, seguindo o posicionamento adotado pelo STF a partir do julgamento da ADI 1.232:

Verifico, no entanto, que, a seguirmos nesta senda, estaríamos dando, no caso, ao juiz do Juizado Especial o direito de criar e aumentar benefício, o que não é da sua competência. Criaria benefício, deixando de indicar a fonte de custeio, exigência que se faz até àqueles que têm competência legislativa. Isso porque,

¹⁷ Ag. Reg. Reclamação 2.303-6/ RS, Relatora Ministra Ellen Gracie, Agravante: Patrícia Costa Diogo, Agravado: INSS. Voto-vista Ministro Carlos Ayres Britto, p. 117-126. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=361858> . Acesso em: 7/7/2013.

ao deixar inteiramente a critério do magistrado a aferição desse estado de necessidade e desta verificação de pobreza, fuge-se, portanto, daquilo que foi fixado em lei como um parâmetro atuário, ou seja, aquilo que o orçamento da Previdência e Assistência Social comporta. Existe um universo correspondente aos habitantes do país. Dentro dele se calcula que uma determinada parcela não tenha rendimentos que superem a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, e, nestas condições, apenas para beneficiar essas pessoas, a lei definiu o benefício que já era previsto pela Constituição Federal.

Por isso, Ministro Carlos Britto, pedindo vênias a Vossa Excelência, entendo que a sentença, embora tenha afirmado com todas as letras que não descumpria a decisão deste Supremo Tribunal Federal, de fato, na prática faz letra morta da nossa decisão, porque a decisão do Supremo Tribunal Federal foi exatamente para fixar como parâmetro objetivo a ocorrência, a existência ou não deste limitador de ganhos da família: um quarto de salário mínimo.¹⁸

Ainda que houvesse posicionamento contrário entre os ministros da Suprema Corte, a exemplo do voto-vista do Ministro Ayres Britto, acima referido, ao julgar a Reclamação 2.303, o plenário do STF decidiu que o critério objetivo de renda de $\frac{1}{4}$ de salário mínimo mensal *per capita*, previsto pela LOAS e declarado constitucional nos autos da ADI 1.232, permaneceria como o único critério legal definidor da linha de pobreza para fins de concessão do BPC (PENALVA, *et. al.*, 2009).

Entretanto, nas instâncias ordinárias, os juízes federais continuavam se deparando com pedidos de concessão do benefício com base em argumentos que ultrapassavam o critério dimensionado pela LOAS. Os magistrados, contrariando o entendimento do STF, permaneceram analisando, para além do critério de $\frac{1}{4}$ de salário mínimo, as condições concretas dos requerentes que demonstrassem viver em situação

¹⁸ Ag. Reg. Reclamação 2.303-6/ RS, op. Cit., p 127.

de pobreza e estarem incapacitados para o trabalho, bem como comprovasse gastos adicionais decorrentes das precárias condições de saúde (PENALVA, *et. al*, 2009).

Estes juízes sustentavam suas decisões nas novas legislações assistenciais, posteriores à publicação da LOAS, que introduziam novas linhas de pobreza, também vinculadas ao salário mínimo, mas em patamares superiores aos estabelecidos para o BPC. Uma dessas novas interpretações decorre Lei nº 9.533, publicada em 1997, que garantiu o apoio financeiro aos municípios que instituíssem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas, outra, refere-se à Lei nº 10.291, de 2001, que instituiu o Programa Nacional de Renda Mínima vinculado à educação – Bolsa Escola, cuja linha de pobreza foi estabelecida em ½ salário mínimo *per capita* familiar (BICCA, 2011).

Neste contexto, de novas interpretações adotadas pelas instâncias ordinárias quanto à flexibilização dos critérios de acesso ao benefício assistencial, agora sob o fundamento da isonomia através da interpretação sistemática de normas editadas pós edição da LOAS, bem como posteriores à decisão proferida nos autos da ADI 1.232, o STF, mais uma vez se deparou com a questão da constitucionalidade do art. 20, da LOAS, ao julgar a Reclamação 2.323-1/PR, de Relatoria do Ministro Eros Grau, que, na oportunidade, proferiu seu voto com fundamento na decisão do Tribunal quanto à ADI 1.232:¹⁹

Entendo que o ato reclamado afronta a decisão proferida no julgamento da ADI n. 1232. Isso porque, embora tenha afirmado constitucional o artigo 20 da Lei n. 8.742/93, ignorou seu comando, estendendo o benefício previdenciário a pessoas que, segundo aquele artigo, a ele fazem jus.

6. Ao julgar citada ADI, este Tribunal assentou que o requisito objetivo previsto no artigo 20 da Lei n. 8.742/93 deve ser satisfeito para a concessão do benefício, a não ser que a lei venha a dispor de forma diversa. Entretanto, não se cuida aqui de qualquer lei que conceda outro benefício. Há de ser uma lei que disponha sobre o benefício de prestação continuada para pessoa portadora de

¹⁹Reclamação 2.323-1, Relator Ministro Eros Grau, Reclamante: União, Reclamado Juiz Federal da 2ª Vara de Londrina da Seção Judiciária do Estado do Paraná, p. 302-310. D.J. 20.05.2005, p. 302. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365584> Acesso em: 9/7/2013

deficiência ou idoso com 70 (setenta) anos ou mais, previsto no inciso V do artigo 203 da Constituição do Brasil.

7. Leis que disciplinem outros benefícios não têm o condão de alterar as disposições da Lei n. 8.742/93, que tem como fim específico regulamentar aquele benefício constitucionalmente previsto. Assim, é inegável que a decisão atacada afastou-se da orientação desta Corte e invadiu esfera de competência do legislador, razão pela qual julgo procedente o pedido formulado nesta reclamação.

No presente julgamento, o STF não acatou a tese adotada quanto à aplicação do princípio da isonomia para o critério de acesso ao BPC, frente aos novos patamares de linha de pobreza, criados pelo legislador infraconstitucional, para serem aplicados em outros programas assistenciais. Conforme os argumentos do Relator, não há possibilidade de se estender os critérios de uma legislação, criada para regulamentar um benefício específico, para a concessão de outro benefício, com distintas características e destinatários diversos. Somente a lei regulamentadora do BPC poderia dispor sobre novos critérios de elegibilidade a esta política social. Observa-se, em mais este julgado que a Corte, ainda se mantinha resistente frente a qualquer possibilidade de alterar o seu posicionamento quanto à constitucionalidade do art. 20 da LOAS.

Todavia, novos dispositivos legais surgiam provocando mais instabilidade frente aos critérios de elegibilidade do BPC, a exemplo da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que instituiu Estatuto do Idoso. Esta legislação, no § único do art. 34, exclui do cálculo da renda *per capita* familiar o valor de um BPC já concedido a outro idoso da mesma família:

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

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

Esta exceção, estabelecida pelo legislador infraconstitucional, privilegiou uma das categorias beneficiárias do BPC – os idosos – excluindo a outra categoria – as pessoas com deficiência – sem nenhum critério técnico. No entanto, a própria Constituição Federal não prevê nenhuma hipótese de discriminação entre as duas categorias de indivíduos que têm direito ao BPC. Desta forma, indivíduos continuaram recorrendo ao Poder Judiciário com o fim de acessar o BPC com fundamento nestes novos dispositivos legais, utilizando-se da tese de isonomia quanto à avaliação das condições de pobreza que dão direito ao BPC.

O próximo item tratará da nova postura que vem sendo assumida no âmbito do STF quanto ao critério legal de concessão do BPC.

4.2 A nova interpretação do Supremo Tribunal Federal a respeito do critério de ¼ de salário mínimo para concessão BPC

A Suprema Corte nos últimos anos vem mudando seu entendimento a respeito da interpretação do § 3º, do art. 20 da Lei nº 8.742/93, LOAS. Isto é, o que se observa em algumas decisões, referentes a Reclamações interpostas pelo INSS, julgadas improcedentes. São situações em que o Poder Judiciário afasta o efeito do dispositivo legal e concede o benefício a partir da análise do caso concreto (BICCA, 2011).

Os fundamentos adotados pelo STF, para flexibilizar o critério de acesso ao BPC estabelecido pela LOAS, têm sido variados. Busca-se fundamentação em princípios ou objetivos estabelecidos pelo próprio texto constitucional conforme argumentação adotada pela Ministra Carmem Lúcia, seguida por unanimidade pelos outros Ministros, quando proferiu seu voto como relatora nos autos da Reclamação nº 3.805/SP, em 1/7/2009:

“(…) a miséria constatada pelo juiz é incompatível com a dignidade da pessoa humana, princípio garantido no art. 1º, inciso III, da Constituição da República; 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

míngua algum brasileiro é incompatível com a garantia da jurisdição, a todos assegurada como um direito fundamental (art. 5º, inciso XXXV da Constituição da República). Portanto, não apenas não se comprova afronta à autoridade de decisão do Supremo Tribunal na sentença proferida, como, ainda, foi exatamente para dar cumprimento à Constituição da República, de que é guarda este Tribunal, que se exarou a sentença na forma que se pode verificar até aqui.”²⁰

É interessante observar que esta decisão proferida demonstra uma nova postura da Corte Constitucional, se comparada às decisões anteriores sobre a mesma questão quando se limitava em repetir os argumentos adotados pelo STF nos autos da ADI 1.232. O posicionamento legalista, de observar de forma irrestrita os termos da lei para concessão do BPC, começa a sofrer um processo de mutação, à medida que Corte passa a proferir decisões a partir de uma interpretação mais sistemática dos dispositivos constitucionais, levando-se em consideração o objetivos e princípios da Constituição.

Todavia, o STF não enfrentou, neste julgamento, a revisão do entendimento quanto à constitucionalidade do dispositivo legal ora contestado. Portanto, ainda permanecia vigente, no âmbito do Tribunal, a constitucionalidade do § 3º, do art. 20, da LOAS, declarada nos autos da ADI 1.232.

Somente em abril 2013 a Suprema Corte enfrenta definitivamente a questão ao julgar conjuntamente a Reclamação 4374/PE e os Recursos Extraordinários 567985 e 580963, ambos com repercussão geral.

A decisão agravada nos autos da Reclamação 4374/PE foi proferida no sentido de possibilitar que a situação de hipossuficiência fosse comprovada por outros meios, a partir da análise de cada caso concreto pelo juiz, devendo-se considerar o limite per capita familiar mensal de até ¼ de salário mínimo somente como um dos critérios, não havendo óbice ao deferimento do benefício quando demonstrada a situação de miséria. Destacou-se, ainda, neste julgado que o próprio legislador infraconstitucional já havia

²⁰ Ag. Reg. na Reclamação 3.805-0 SP, Relatora Ministra Carmem Lúcia Agravante: INSS, Agravado: Juiz de Direito da 3ª Vara da Comarca de Jaboticabal, D.J.21/08/2009, p. 263-269. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601143> Acesso em: 10/7/2013

reconhecido a hipossuficiência a partir de cortes de renda mais vantajosos referentes a outras ações assistenciais (BICCA, 2011).

Logo na decisão da liminar, proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, observou-se o processo de mudança no entendimento do Tribunal quanto à questão em debate. Fez-se referência a algumas decisões monocráticas que já se norteavam no sentido de entender que o critério de renda previsto pela LOAS era insuficiente para atestar a hipossuficiência para fins de concessão do BPC. Ademais, destacou o fato de a legislação posterior estabelecer cortes de renda mais elásticos, a exemplo da Lei nº 10.471/2003 – Estatuto do Idoso que, no § único, do artigo 34, determina a exclusão do cálculo da renda mensal *per capita* familiar, para fins de concessão do BPC, outro benefício assistencial desta mesma espécie já pago a outro idoso membro da família (BICCA, 2011).

O Ministro Gilmar Mendes utilizou-se de argumentos fundamentados na pouca efetividade da política de assistência social quanto à identificação de situações de hipossuficiência para acesso ao BPC, conforme o trecho de seu voto abaixo transcrito:

Os inúmeros casos concretos que são objeto do conhecimento dos juízes e tribunais por todo o país, e chegam a este Tribunal pela via da reclamação ou do recurso extraordinário, têm demonstrado que os critérios objetivos estabelecidos pela Lei nº 8.742/93 são insuficientes para atestar que o idoso ou o deficiente não possuem meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. (...) Constatada tal insuficiência, os juízes e tribunais nada mais têm feito do que comprovar a condição de miserabilidade do indivíduo que pleiteia o benefício por outros meios de prova. Não se declara a inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, mas apenas se reconhece a possibilidade de que esse parâmetro objetivo seja conjugado, no caso concreto, com outros fatores indicativos do estado de penúria do cidadão. Em alguns casos, procede-se à interpretação sistemática da legislação superveniente que estabelece critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais.

instituísem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas, e art. 2º, § 2º, da Lei nº 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA.

O Ministro Marco Aurélio, a quem coube a relatoria do presente processo, em decisão monocrática, negou provimento ao recurso daquela autarquia utilizando-se dos fundamentos adotado pela Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência da 4ª Região, conforme trechos que se seguem:

Ora, o Judiciário, como órgão de justiça, não deve se ater à letra fria da lei, mas deve, sim, adequar o preceito normativo à Constituição Federal (art. 1º, III) e ao caso concreto, dando-lhe contornos que realmente coadunam com a realidade fática. Desse modo, o requisito para a concessão do benefício de prestação continuada descrito no § 3º da Lei 8.742/93 não deve ser tomado como absoluto, devendo servir apenas como parâmetro, podendo ser adequado, portanto, à especificidade de cada caso.

Apesar de o STF ter se manifestado pela constitucionalidade da limitação inserta no parágrafo terceiro do art. 20 da Lei 8.742/93 na ADI 1.232-1/DF, é necessário observar que o critério estabelecido visa possibilitar a verificação da existência da miserabilidade do postulante, conforme disposto no art. 203, V, da Constituição Federal. Ainda que a renda per capita familiar da parte autora seja superior ao valor previsto, cumpre analisar os motivos pelos quais ele alega viver em condição de miserabilidade, a fim de ser indevidamente restringido o mandamento constitucional, autorizando-se, em tese, a concessão do amparo social, caso seja verificada a condição legal.

Destarte, cumpre observar que o critério objetivo de aferição de miserabilidade restou modificado de $\frac{1}{4}$ para $\frac{1}{2}$ salário mínimo, por força do disposto nas Leis nº 9.533/97 (autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas) e nº 10.689/2003 (cria o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA), que consideram carente a pessoa cuja renda mensal não ultrapasse a soma de meio salário mínimo mensal, previsão esta

incompatível com o disposto no parágrafo terceiro do art. 20 da LOAS.

Percebe-se, nos argumentos do Ministro Marco Aurélio, que o STF assumia uma nova postura quanto à interpretação da condição de pobreza para fins de acesso ao BPC, diferente daquela adotada anteriormente quando do julgamento da ADI 1.232.

Em abril de 2013, o STF definitivamente enfrentou a questão inaugurando uma nova fase de redesenho desta política social. A Suprema Corte julgou conjuntamente a Reclamação 4.374 e dois Recursos Extraordinários (RE 567.985 e RE 580.963²³), ambos com repercussão geral. O Plenário, por maioria dos votos, declarou a inconstitucionalidade do § 3º, do art. 20 da LOAS que prevê como critério para a concessão do BPC, a idosos e a pessoas com deficiência, a renda familiar mensal per capita inferior a ¼ do salário mínimo, por considerar que esse critério está defasado para caracterizar a situação de miserabilidade do indivíduo e de sua família. Na oportunidade também foi declarada a inconstitucionalidade do § único do artigo 34 da Lei 10.471/2003 – Estatuto do Idoso que privilegiava os idosos durante a avaliação da renda para concessão deste benefício assistencial, uma vez que não se computava valores pagos, a título de BPC, a qualquer outro idoso da família.

O Plenário declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos infraconstitucionais, no entanto, não pronunciou a nulidade das regras atuais. Isto significa que houve uma mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, tendo em vista que os efeitos retroativos da decisão podem trazer um vácuo legislativo que se afaste ainda mais da vontade constitucional. Esse argumento também se justifica uma vez que dá a oportunidade ao legislador e ao próprio Poder Executivo, enquanto gestor desta política social, de corrigir a imperfeição identificada.

Observa-se, portanto, que o Poder Judiciário cumpriu o seu papel julgador com fundamentação no texto constitucional, possibilitando que o BPC possa ser assegurado conforme preconizado na Constituição Federal, isto é, um direito social. Nesta oportunidade, o STF, ao se preocupar em não apenas declarar a inconstitucionalidade do

²³ Recurso Extraordinário 580.963/PR. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2602629> Acesso em: 11/07/2013

dispositivo legal, mas aplicar a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade proporcionou uma oportunidade de diálogo entre os três poderes.

Neste contexto, observa-se que a judicialização de questões políticas, de forma geral, aborda temas diretamente voltados aos direitos sociais elencados na Constituição, como é o caso do BPC, que são levados ao Judiciário na perspectiva de materialização de direitos. Este fenômeno pode ser compreendido por diferentes ângulos. Por um lado pode ser interpretado como um ativismo do Poder Judiciário, por outro, as decisões do Judiciário, quanto a questões tipicamente políticas, podem ser compreendidas, em algumas situações, como uma oportunidade de diálogo entre os Poderes da República. Esta segunda percepção para o fenômeno está fundamentada nas teorias dialógicas sobre as quais refletiu-se em item anterior.

O próximo item consiste numa reflexão a respeito dos julgados do STF referentes ao BPC à luz das teorias dialógicas. Será feita uma análise geral quanto às possibilidades, ou não, de diálogo entre as instituições políticas: Poder Judiciário, Poder Legislativo e Poder Executivo, após as decisões do Supremo Tribunal Federal quanto aos critérios de acesso ao benefício.

4.3 Diálogos institucionais: uma alternativa para se compreender a atuação do Supremo Tribunal Federal frente ao fenômeno da judicialização do Benefício de Prestação Continuada

A teoria dos diálogos institucionais preconiza que a guarda de direitos constitucionais não deve ser exclusividade do Poder Judiciário ou do Legislativo, conforme amplamente exposto em parágrafos anteriores deste trabalho. É fundamental uma atuação compartilhada entre os três Poderes visando à guarda da Constituição. Neste sentido, deve-se compreender algumas atuações do Poder Judiciário, frente às omissões do Legislativo, como uma possibilidade de diálogo com o fim de ampliar a proteção prevista no texto constitucional. SILVA *et al*, 2010 destaca que:

O percurso teórico empreendido no desenho das manifestações de práticas dialógicas sugere que tal modo de construção das relações institucionais prescinde de preceituação explícita e repousa muitas

vezes na percepção da imprescindibilidade de que a decisão jurisdicional se veja complementada pela intervenção de outra esfera de poder, seja para complementar seu conteúdo, seja para concretizar a providência sugerida pela jurisdição, seja para trazer signo de legitimação à solução proposta (SILVA *et al*, 2010, p. 116).

Neste sentido, o presente estudo será norteado por esta compreensão, evitando-se qualquer julgamento quanto à atuação do Poder Judiciário, muitas vezes interpretada como “ativismo judicial”, quando tem que se manifestar, proferindo decisões em face de questões tipicamente políticas. Pretende-se avaliar os resultados desta prática quanto à ampliação do acesso dos cidadãos a direitos sociais preconizados na Constituição, isto é, considerar situações em que Poder Judiciário, neste caso em estudo, debateu questões tipicamente políticas e, ao proferir sua decisão, possibilitou, ou não, o de diálogo com o Legislativo e com o Executivo, dando a estes poderes a oportunidade de reformular o ordenamento legal de forma que se ampliasse o acesso a direitos sociais.

O uso desses recursos institucionais parece indicar que o Supremo Tribunal Federal preocupa-se com o problema da legitimidade de sua atuação, atenuando o caráter contramajoritário de suas decisões, buscando preservar a atribuição constitucional do Legislativo. Dessa forma, percebe-se na prática brasileira uma combinação, ainda que de maneira incidental e aleatória, de duas perspectivas: a legislativa, responsável pela edição de normas, no contexto majoritário, e a judiciária, destinada a fornecer as balizas interpretativas para as disposições de direitos.

A presente análise será baseada nos julgados do STF quanto ao BPC, descritos detalhadamente em item anterior. Pretende-se realizar uma análise de forma genérica dos julgados, com uma atenção especial para o marco da judicialização do BPC – A ADI 1.232/95 – e para a última decisão do Supremo quanto ao critério de acesso ao benefício, que declarou a inconstitucionalidade do dispositivo da LOAS que define como critério de acesso a renda per capita familiar de até $\frac{1}{4}$ de salário mínimo e do Estatuto do Idoso que excluía do cômputo da renda familiar per capita outro BPC concedido a um membro da família do requerente.

A análise consistirá em averiguar o posicionamento dos Poderes Legislativo e Executivo frente às decisões do STF, principalmente se houve ou não abertura para o diálogo institucional e, havendo esta abertura qual foi a reação do Legislativo e do

Executivo quanto à melhoria do acesso a esta política social enquanto um direito social. Isto é, em que sentido houve alguma influência da decisão do STF quanto ao redesenho do BPC.

Após esta breve introdução passa-se à análise dos julgados.

Ao analisar-se o julgamento da ADI 1.232/ 95, impetrada pelo Procurador Geral da República cujo objeto debatido já era a constitucionalidade do critério objetivo, estabelecido na LOAS, de ¼ de salário mínimo como renda mensal per capita familiar, observa-se que a Suprema Corte mantinha-se alheia a qualquer abertura de diálogo com os demais poderes políticos.

Ainda que o relator do processo, o Ministro Ilmar Galvão, tenha vislumbrado a possibilidade de um diálogo, ao defender que este critério de acesso ao BPC, por si só, seria inconstitucional, se não estivesse conjugado com outros critérios capazes de atestar as condições de pobreza do requerente e de sua família, devendo o legislador infraconstitucional reformular a proposta a fim de encontrar uma solução para tal controvérsia, prevaleceu o entendimento do Ministro Nelson Jobim de que o critério de acesso ao BPC seria condição que somente a lei poderia fixar. Naquele momento o STF se limitou em dizer que cabia à lei estabelecer o critério que caracterizasse a condição de pobreza do indivíduo e de sua família para acesso ao BPC, portanto, o STF se limitou em reconhecer a legitimidade do Legislativo e do Executivo para estabelecer o desenho desta política social.

Estabelecendo-se uma correlação destas duas posições divergentes na Suprema Corte com as teorias dialógicas, pode-se compreender que a tese adotada pelo Ministro Ilmar Galvão de que o dispositivo legal, se utilizado como único balizador para se definir a condição de pobreza seria inconstitucional, caso tivesse prevalecido, poderia ter sido uma oportunidade de abertura de diálogo entre os poderes.

Diante da não declaração de inconstitucionalidade do dispositivo da LOAS, não se tem elementos suficientes para afirmar-se qual seria a teoria dialógica que seria adotada. No entanto, pode-se arriscar algumas hipóteses. Uma delas seria a aplicação da teoria dialógica quanto ao método judicial classificada como teoria centrada no processo. Esta teoria, conforme já apresentado em item anterior, defende a possibilidade

de o Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade de determinado dispositivo infraconstitucional com o fundamento de que a decisão política do legislador, com relação à matéria julgada, não foi “madura” o suficiente para assegurar o acesso ao direito, desta forma estaria dando ao Poder Legislativo a oportunidade de debater melhor a matéria e apresentar uma solução mais viável para garantir o direito previsto no texto constitucional.

Outra hipótese exemplificativa poderia ser a aplicação da teoria do “aconselhamento” judicial, outra espécie das teorias dialógicas quanto ao método judicial. Caso tivesse prevalecido o entendimento o Ministro Ilmar Galvão quanto à inconstitucionalidade do dispositivo legal, o STF poderia “aconselhar” o Poder Legislativo quanto ao caminho que poderia seguir ao deliberar sobre critérios de acesso ao BPC. Esta hipótese parece ser um pouco mais abstrata quando se tenta aplicá-la neste caso concreto uma vez que o estabelecimento de outros critérios de acesso ao BPC, para além do então critério de $\frac{1}{4}$ de salário mínimo, com o fim de atestar a condição de pobreza do requerente e de sua família, exigiria estudos técnicos cuja capacidade operativa fugiria das competências do Poder Judiciário.

Por fim, mas não esgotando a possibilidade de aplicação, neste caso hipotético, de todas as teorias dialógicas aqui estudadas, mas tão somente com a intenção de simular alguns cenários possíveis para a aplicação destas teorias, poder-se-ia considerar a aplicação da teoria do equilíbrio classificada como “fusão dialógica” cuja essência consiste em conjugar elementos das teorias do equilíbrio e de sua subdivisão, a teoria da parceria, ou seja, considerar uma oportunidade de diálogo entre os três poderes com a participação da sociedade.

Nesta última hipótese, caso o STF tivesse decidido pela inconstitucionalidade do dispositivo da LOAS, referente à definição do critério de renda de $\frac{1}{4}$ de salário mínimo como renda mensal per capita para fins de concessão do BPC, aplicando-se a teoria da “fusão dialógica” haveria uma oportunidade de diálogo ampla, inclusive com a participação da própria sociedade. Talvez tivesse sido a melhor oportunidade de corrigir as inconsistências desta política social logo no início de sua implantação, ainda que isso exigisse longo e ampliado debate entre todos os atores envolvidos: poderes políticos e a própria sociedade.

Esta possibilidade dialógica, sugerida neste cenário, certamente seria mais legítima e estável uma vez que haveria participação de todos os atores envolvidos com esta política social e, principalmente porque a sociedade estaria participando da correção e da solução para o impasse colocado para o Judiciário, desta forma, haveria um equilíbrio entre os diversos interesses dos atores envolvidos no processo.

Importante, ressaltar que os últimos cinco parágrafos consistem em simulações quanto aos possíveis cenários de aplicação das teorias dialógicas caso o STF tivesse, quanto do julgamento da ADI 1232/95, declarado a inconstitucionalidade do dispositivo da LOAS quanto ao critério de acesso ao BPC. Trata-se de um exercício para melhor compreensão da aplicabilidade destas teorias bem como para ampliar o campo de debate quanto ao efeito de uma possível aplicação pelo STF.

Durante o intervalo entre o julgamento do ADI 1232, compreendido entre agosto de 1998 e abril de 2013, o STF enfrentou algumas questões quanto à constitucionalidade do critério objetivo de $\frac{1}{4}$ de salário mínimo como per capita familiar mensal para acesso ao BPC, no entanto, prevaleceu o entendimento da constitucionalidade do dispositivo legal, não havendo abertura ao diálogo entre os poderes durante estes quase 15 anos. Mas o Tribunal enfrentou de forma definitiva a questão em abril de 2013.

Encaminhando-se para a conclusão do estudo, finalmente serão analisadas as últimas decisões do Supremo Tribunal Federal quanto à constitucionalidade do artigo da LOAS definidor do critério de acesso ao BPC.

Conforme já relatado em itens anteriores, em abril de 2013, o STF definitivamente enfrentou a questão, oportunidade em que possibilitou um diálogo entre os poderes políticos, mais especificamente com o Poder Legislativo, permitindo que este poder realize as correções necessárias para a garantia do direito constitucional que prevê o direito de uma renda mensal equivalente a um salário mínimo às pessoas com deficiência e aos idosos que não tenham condições de se manterem nem terem sua manutenção provida por sua família. Com o fim de melhor compreender a aplicação das teorias dialógicas a este caso concreto, faz-se necessário um breve resgate do ocorrido.

Em abril de 2013, a Suprema Corte julgou conjuntamente a Reclamação 4.374 e dois Recursos Extraordinários (RE 567.985 e RE 580.963), ambos com repercussão geral. O Plenário, por maioria dos votos, declarou a inconstitucionalidade do § 3º, do art. 20 da LOAS que prevê como critério para a concessão do BPC, a idosos e a pessoas com deficiência, a renda familiar mensal per capita inferior a ¼ do salário mínimo, por considerar que esse critério está defasado para caracterizar a situação de miserabilidade do indivíduo e de sua família. Na oportunidade, também foi declarada a inconstitucionalidade do § único do artigo 34 da Lei 10.471/2003 – Estatuto do Idoso que privilegiava os idosos durante a avaliação da renda para concessão deste benefício assistencial, uma vez que não se computava valores pagos, a título de BPC, a qualquer outro idoso da família.

O STF declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos infraconstitucionais, no entanto, não pronunciou a nulidade das regras atuais previstas na LOAS que regulamentam o acesso ao benefício. Portanto, ocorreu uma mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, tendo em vista que os efeitos retroativos da decisão podem trazer um vácuo legislativo que poderia provocar ainda mais o afastamento da vontade constitucional. Abriu-se, portanto, uma oportunidade ao legislador e ao próprio Poder Executivo, enquanto gestor desta política social, de corrigir a imperfeição identificada por meio de um diálogo entre os poderes políticos.

Observa-se, portanto, que o Poder Judiciário cumpriu o seu papel julgador com fundamentação no texto constitucional, possibilitando que o BPC possa ser assegurado conforme preconizado na Constituição Federal, isto é, um direito social. Nesta oportunidade, o STF, ao se preocupar em não apenas declarar a inconstitucionalidade do dispositivo legal, mas aplicar a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade proporcionou uma oportunidade de diálogo entre os três poderes.

Analisando-se o efeito desta decisão quanto à aplicação de uma das teorias dialógicas aqui estudadas, entende-se, particularmente, que a categoria que melhor se aplica a este caso concreto seria a teoria do equilíbrio na sua expressão “teorias de parceria” cuja essência, segundo descrito por SILVA et al, 2010, fundamentando-se nos ensinamentos de BATEUP, está na:

(...) combinação das duas perspectivas – a legislativa acostumada a estabelecer políticas legislativas coletivas, e a judicial, destinada a interpretar o significado das disposições de direitos – seria o caminho para que o diálogo possa servir para fortalecer os direitos fundamentais (SILVA et al, 2010, p. 99).

Entretanto, não se pode descartar a possibilidade de aplicação da teoria da “fusão dialógica” quando ocorre a manifestação de elementos presentes nas duas categorias dialógicas: teorias do equilíbrio e teorias de parceria. Conforme já explanado em trechos anteriores esta expressão dialógica consiste em ampliar o diálogo para além dos Poderes Judiciário e Legislativo – característica principal das teorias de parceria –, alcançando também o Poder Executivo e a própria sociedade, uma vez que o Executivo é o responsável pela implantação e operacionalização do BPC e a sociedade é um ator de grande relevância neste momento de reformulação desta política social.

Esta decisão do STF pode ser compreendida à luz desta categoria dialógica de parceria como uma “resposta satisfatória à objeção contramajoritária em um plano institucional, dado que a posição do Judiciário não é considerada superior à dos demais poderes – de fato, são tidas como complementares” (SILVA et al, 2010, p. 99). Desta forma, analisar as decisões do Supremo quanto à declaração de inconstitucionalidade de dispositivos legais, principalmente no que se refere às questões que envolvam direitos sociais, trata-se de uma alternativa àquela visão restritiva do debate focado no ativismo do Poder Judiciário, no que se refere aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, neste caso em estudo, ao Benefício de Prestação Continuada, que, na prática, pouco, ou nada, contribui para a proteção social dos indivíduos a partir da materialização dos direitos constitucionais por meio das políticas sociais.

Considerações Finais

O objetivo principal deste estudo consistiu em analisar decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), quanto aos critérios de acesso ao Benefício de Prestação Continuada (BPC), por outro viés, diverso daquele que restringe este processo, a um ativismo do Poder Judiciário. Isto é, significa compreender que este fenômeno deve ser estudado para além do debate do princípio da separação dos poderes.

Buscou-se apontar para a possibilidade de analisar este processo por outro ângulo que permitisse ultrapassar o campo das críticas quanto à atuação ativista do Poder Judiciário e perceber que existem alternativas de se compreender o processo de forma mais construtiva, isto é, com a perspectiva de visualizar caminhos viáveis para a solução dos impasses que envolvem as matérias de cunho político que chegam até o Judiciário.

No caso do BPC, que se trata de um benefício da política de assistência social assegurado pela Constituição, observou-se que desde sua origem já foi alvo de ação judicial, no entanto, somente, em abril de 2013, com a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais referentes ao BPC, pelo Supremo Tribunal, abriu-se uma oportunidade de diálogo entre os poderes políticos com a finalidade de se adequar a legislação infraconstitucional aos preceitos da Constituição Federal quanto ao direito ao BPC.

A decisão do STF em declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade dos dispositivos legais evitou maiores prejuízos à sociedade quanto à concessão do benefício, pois a simples declaração de inconstitucionalidade em regra produz efeitos retroativos o que provocaria grande instabilidade jurídica com relação aos benefícios já concedidos. Desta forma, abriu-se uma oportunidade para o Poder Legislativo reformular os critérios de acesso ao BPC instituindo novo dispositivo legal.

Nesta oportunidade, observa-se uma oportunidade de diálogo entre os Poderes, principalmente, entre o Judiciário, que proferiu a decisão, e o Legislativo, que deverá aprovar novo dispositivo legal para a correção necessária no desenho desta política social. Entretanto, a participação do Poder Executivo neste processo de reformulação dos critérios do BPC é de fundamental importância tendo em vista ser o responsável pela execução e financiamento desta política.

O fato de o STF, ao declarar a inconstitucionalidade, não pronunciar a nulidade dos dispositivos legais, significando que as regras atuais continuem sendo aplicadas até que sobrevenham as novas, permite que o tema seja debatido pelo Legislativo sem que haja um prazo curto para instituir novas regras de acesso ao BPC, isto é, há oportunidade de um amplo debate, inclusive podendo abrir para participação da sociedade. Por outro lado, o fato de não se ter estabelecido o prazo limite para vigência dos dispositivos legais declarados inconstitucionais, pode causar uma morosidade no debate do tema no âmbito do Legislativo, pois, enquanto não se institui novas regras, ficam válidas as regras anteriores, o que não causaria a suspensão das concessões do BPC, causando maiores prejuízos à população. Isso pode retardar a aprovação de um novo dispositivo legal e, conseqüentemente, aumentar a quantidade de pessoas que recorrem ao Poder Judiciário em busca do BPC.

Por enquanto ainda não se pode falar em morosidade do Poder Legislativo quanto à instituição de novas regras de acesso ao BPC, pois, o julgamento do STF ocorreu em abril de 2013 e somente agora, em outubro de 2013, o STF publicou os acórdãos dos julgados. A partir desta publicação o Legislativo deverá se mobilizar para debater o tema com o fim de aprovar dispositivo legal que redesenhe esta política social e permita a ampliação do acesso a este direito social.

Ademais, o presente estudo possibilitou visualizar a questão da judicialização do BPC para além do debate quanto à intervenção do Poder Judiciário em questões de cunho tipicamente político. Foi possível compreender o fenômeno pelo ângulo dos diálogos entre as instituições da República, isto é, compreendê-lo como uma forma de diálogo entre os Poderes com o objetivo de melhorar o acesso a direitos sociais, neste caso específico, ao BPC.

Portanto, é importante ultrapassar a discussão sobre o tema norteadas pelo princípio da Separação dos Poderes e explorar mais o campo dos diálogos institucionais uma vez que se trata de um olhar mais ampliado sobre o fenômeno que permite visualizá-lo como um processo de construção conjunta que possibilita o aprimoramento de determinada política com um único fim: o interesse comum.

E, na perspectiva de aprimorar estes diálogos, uma alternativa legítima seria ampliá-los, também, para a participação da sociedade, ainda que isto torne o processo mais lento, enriqueceria o debate e haveria maior probabilidade de incorporar os anseios

sociais ao (re) desenho das políticas sociais, o que poderia evitar a necessidade de logo mais o legislador precisar reformular as regras vigentes.

Portanto, compreender a judicialização de políticas sociais e, neste caso específico, do BPC a partir dos diálogos institucionais é uma oportunidade conhecer o processo sob uma visão mais ampliada e com possibilidade de redesenhar a política de maneira participativa.

Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro, nº 13, jan/mar 2009. P. 73.

BEHRING, Elaine Rossetti. Brasil em contra-reforma: desestruturação do Estado e perda de direitos. São Paulo: Editora Cortez, 2003.

BERTUCCI, Janete Lara de Oliveira. Metodologia Básica para Elaboração de Trabalhos de Conclusão de Cursos (TCC). São Paulo: Atlas, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 4/7/2013.

_____. Decreto n. 1.744, de 8 de dezembro de 1995. Regulamenta o benefício de prestação continuada devido à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, de que trata a Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993 e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1744.htm Acesso em 4/7/2013.

_____. Decreto n. 6.214, de 26 de setembro de 2007. Regulamenta o benefício de prestação continuada devido à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, de que trata a Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm Acesso em 4/7/2013.

_____. Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da assistência social e dá outras providências. Brasília, DF, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm Acesso em: 4/7/2013.

_____. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm Acesso em: 4/7/2003.

_____. Lei n. 12.435, de 6 de julho de 2011. Altera a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. Brasília, DF,

2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12435.htm#art1 Acesso em: 4/7/2013.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Política Nacional de Assistência Social. Aprovada pela Resolução n. 145, do Conselho Nacional de Assistência Social, em 15 de outubro de 2004 e publicada no D.O.U. em 28 de outubro de 2004. Brasília, DF, 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 448. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, DF, 5 de setembro de 1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81821> Acesso em 8/7/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 1232-1 MC DF, Relator Ministro Maurício Correia, Requerente: Procurador-Geral da República, Requerido Presidente da República, D.J. 26.05.95. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346917>

Acesso em: 14/10/2013.

GOMES, Ana Lígia. O Benefício de Prestação Continuada: uma Trajetória de Retrocessos e Limites – Construindo Possibilidades de Avanços?. In SPOSATI, Aldaíza (org.) Proteção Social de Cidadania: inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal. São Paulo: Editora Cortez, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª Ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008 (p. 1102 a 1104).

MIRANDA, Geralda Luiza de. Preferências, Instituições e Política na Formulação e Implementação do Benefício de Prestação Continuada. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Rio de Janeiro. Texto para Discussão 1734, 2012. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1734.pdf Acesso em: 5/6/2013.

OLIVEIRA, Larissa Pinha de. Parâmetros hermenêuticos da mutação constitucional. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de

Janeiro. Departamento de Direito, 2011. Disponível em: http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0912247_11_cap_04.pdf . Consulta em: 14/10/2013

PENALVA, Janaína; DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. O Benefício de Prestação Continuada no Supremo Tribunal Federal. Revista Sociedade e Estado. Brasília, Volume 25, Número 1, p. 53-70, janeiro/ abril 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/se/v25n1/04.pdf> . Acesso em: 6/7/2013.

SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; DO VALLE, Vanice Regina Lírio. Diálogos institucionais e ativismo. Curitiba. Juruá, 2010.

TAVARES, Marcelo Leonardo. Assistência Social. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (coord.) Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

TAVARES, Rodrigo de Souza; Berman, José Guilherme. Teorias dialógicas e os sistemas de constituições não escritas: o Caso Israelense. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2259.pdf Acesso em: 14/10/2013

VIEIRA, José Ribas; RÉ, Mônica Campos de. As teorias dialógicas e a democracia deliberativa diante da representação argumentativa do Supremo Tribunal Federal. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2253.pdf . Acesso em: 14/10/2013

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de ; MELO, Manuel Palacios Cunha ; BURGOS, Marcelo Baumann . A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil. 1a.. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.