

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Benefícios de renda mínima
como um direito fundamental:**
acesso à justiça e inclusão social
**Minimum income benefits as
a fundamental right:** access to
justice and social inclusion

Pedro Bastos de Souza

Sumário

CRIMES DE RESPONSABILIDADE DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA.....	14
Carlos Ayres Britto	
REFLEXÕES SOBRE O FUTURO DO ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO.....	22
Cesar Luiz Pasold, Gabriel Real Ferrer e Paulo Márcio Cruz	
CONTRATOS PÚBLICOS Y MERCADO GLOBAL: UN ABORDAJE DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO DEL SIGLO XXI.....	39
Bruno Ariel Rezzoagli	
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: CONCEITO E CRITÉRIOS DISTINTIVOS.....	53
Carlos Bastide Horbach	
OS INCENTIVOS ECONÔMICOS À COMPRA DE COLHEDORAS PELO PRONAF-MAIS ALIMENTOS PARA OS PRODUTORES DE ARROZ IRRIGADO DO RIO GRANDE DO SUL.....	70
João Mairton Moura de Araújo, Mário Conill Gomes e André Carraro	
LIMITAÇÕES À EXTRAFISCALIDADE APLICÁVEIS AO FATOR ACIDENTÁRIO DE PREVENÇÃO – FAP...84	
Daniel de Magalhães Pimenta	
DESCONSTRUINDO A INEFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS: POR UMA RECONSTRUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS DEMOCRÁTICA, PARTICIPATIVA E TRANSNACIONAL	106
Daniela Lopes de Faria, Christian Norimitsu Ito e Inês Moreira da Costa	
DIREITO PROCESSUAL DE GRUPOS SOCIAIS ATUAL: ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E O GARANTISMO PROCESSUAL	125
Jefferson Carús Guedes	
POLÍTICAS PÚBLICAS, MÍNIMO EXISTENCIAL E PODER JUDICIÁRIO: A QUESTÃO DO DIREITO À MORADIA	151
Diogo de Calasans Melo Andrade	

BENEFÍCIOS DE RENDA MÍNIMA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL: ACESSO À JUSTIÇA E INCLUSÃO SOCIAL..... 167

Pedro Bastos de Souza

DESENVOLVIMENTO HUMANO SUSTENTÁVEL E ERRADICAÇÃO DA POBREZA EXTREMA: UMA ANÁLISE SOBRE A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA 185

Veyzon Campos Muniz

A AÇÃO POPULAR AMBIENTAL COMO FORMA DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE203

Luciano Marcos Paes e Paulo Roberto Polesso

DIREITO PENAL AMBIENTAL COMO TUTELA DE SUSTENTAÇÃO À ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA E CIVIL NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E NO JAPÃO 214

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Lorena Machado Rogedo Bastianetto

CONSTRUÇÃO SOCIAL DO PROJETO POLOS DE PRODUÇÃO DE BIODIESEL NO CONTEXTO DO PNPB: UMA ANÁLISE PERCEPTIVA230

Érika Cristine Silva, Maria das Dores Saraiva de Loreto, Haudrey Germiniani Calvelli e Ronaldo Perez

A CORRELAÇÃO ENTRE DOENÇAS RESPIRATÓRIAS E O INCREMENTO DAS QUEIMADAS EM ALTA FLORESTA E PEIXOTO DE AZEVEDO, NORTE DO MATO GROSSO - AMAZÔNIA LEGAL246

Lilian Rose Lemos Rocha e Christopher William Fagg

POLÍTICAS PÚBLICAS, AGRICULTURA FAMILIAR E CIDADANIA NO BRASIL: O CASO DO PRONAF 256

Edir Vilmar Henig e Irenilda Ângela dos Santos

ATIVISMO JUDICIAL E PROMOÇÃO DA CIDADANIA: DESAFIOS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS CONSTITUCIONALIZADOS 271

Gerardo Clésio Maia Arruda, Adriana Rossas Bertolini e Jânio Pereira Cunha

Benefícios de renda mínima como um direito fundamental: acesso à justiça e inclusão social*

Minimum income benefits as a fundamental right: access to justice and social inclusion

Pedro Bastos de Souza**

RESUMO

O presente estudo debate a importância das políticas públicas de renda mínima, em especial o Bolsa Família e o Benefício de Prestação Continuada (BPC), como garantidoras do mínimo existencial. Ressalta a natureza de direito fundamental dessas prestações e sua relação de instrumentalidade para o exercício de cidadania e de outros direitos fundamentais. Aponta a exigibilidade desse direito perante o Judiciário, ainda que reconhecendo a dificuldade de acesso à justiça por parte dos cidadãos em estado de vulnerabilidade social.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Renda mínima. Dignidade humana.

ABSTRACT

This study discusses the importance of minimum income benefits, especially Bolsa Família and BPC, as guarantors of a minimum survival. Underscores the nature of fundamental right of these benefits and their instrumentality relationship for the exercise of citizenship and other basic rights. Points to the enforceability of this right, while considering the difficulty of access to justice by citizens in social vulnerability condition.

Key-words: Fundamental rights. Minimum income benefits. Human dignity.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais, que, em um primário estágio, assumiram o caráter de direitos negativos, importaram uma restrição à ação do Estado. Posteriormente, passam a assumir uma postura ativa, exigindo ações positivas do Estado. Parece razoável fazer um silogismo entre os ideais de liberdade, igualdade e solidariedade e os direitos de primeira, segunda e terceira dimensões.

O Estado Constitucional estabelece metas, diretrizes ou princípios vinculados a valores e a opções políticas. No caso brasileiro, há uma preocupação normativa com a redução das desigualdades sociais com vistas à superação de um grave quadro social em que a população, em sua maioria, não consegue exercer, em plenitude, sua dignidade e sua cidadania.

* Recebido em 04/12/2015
Aprovado em 27/02/2016

** Mestre em Direito e Políticas Públicas pela UNIRIO. Bacharel em Direito pela UERJ e em Comunicação Social pela UFF. Pesquisador da UNRIO -- Grupo de Pesquisa Direito, Democracia e Desenvolvimento. *E-mail:* pedrobastos2@globo.com

O fenômeno de constitucionalização do Direito, identificado com o Neoconstitucionalismo, representa a expansão dos valores presentes nos princípios e regras constitucionais para o restante do ordenamento jurídico. Por essa razão, a aplicabilidade direta da Constituição a um leque maior de situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, o que é mais importante, a interpretação das normas infraconstitucionais de acordo com a Constituição.

Essa evolução de paradigma significa um maior apreço pelos direitos fundamentais e, principalmente, pela garantia de um mínimo existencial por meio da erradicação da pobreza. É tempo, pois, de dar maior densidade a termos que costumam aparecer nas constituições, como “sociedade livre, justa e solidária.”

A efetividade da garantia de uma renda mínima também passa, inicialmente, pela própria possibilidade de acesso à justiça, pelo correto funcionamento da gestão pelo Poder Executivo e por uma atuação do Judiciário sensível à nova dogmática neoconstitucionalista. É o que se aborda no presente artigo, no qual também são analisados alguns posicionamentos-chave do Judiciário brasileiro.

O mínimo existencial pode ser considerado como o conjunto de condições materiais indispensáveis à existência humana, embora seu alcance seja variável no espaço e no tempo. Associado ao princípio da dignidade da pessoa humana, é um importante valor para a concretização dos direitos prestacionais fundamentais.

Benefícios de cunho social, como o Bolsa Família e o Benefício de Prestação Continuada exercem papel essencial tanto para a redução de desigualdades como para a eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana. Por se tratar de indivíduos vivendo no limite ou abaixo da linha da pobreza, encontram-se em estado de vulnerabilidade social e têm dificuldade de acesso à assistência jurídica.

O presente estudo tem como objetivo evidenciar o caráter de direito fundamental dos benefícios de renda mínima como concretizadores do mínimo existencial e densificadores de princípios constitucionais expressos, como a redução das desigualdades sociais e regionais e a erradicação da pobreza.

Para atingir os objetivos propostos, apresentou-se revisão de literatura em que se relaciona a exclusão social com o acesso à justiça. Ainda em perspectiva teórica, buscou-se destacar a natureza de direito fundamental dos benefícios de renda mínima. Por fim, traçou-se um panorama do tratamento às questões envolvendo políticas de alívio à pobreza em nível micro por parte do Poder Judiciário.

2. EXCLUSÃO SOCIAL E O ACESSO À JUSTIÇA

A necessidade contemporânea da efetividade do processo, ao temperar a absoluta procura pela segurança jurídica racionalista, obriga que os princípios processuais constitucionais tenham nova roupagem, com vista a garantir ao titular do direito material instrumentos adequados a assegurar a realização plena de seu direito à luz dos direitos fundamentais do processo. O direito é, antes, uma categoria ética a exigir uma realização adequada e justa, ou seja, materialmente correta e normativamente plausível da juridicidade. Há, portanto, que se transformar o direito em um saber prático, rompendo com a objetificação dos textos legais.¹

Conforme destacado por Cambi,² a supremacia da Constituição sobre a lei e a repulsa à neutralidade da lei e da jurisdição encontram, no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal um importante alicerce teórico. Ao se prever no rol do artigo 5º da CF a impossibilidade de a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito, consagrou-se não apenas a garantia de inafastabilidade da jurisdição

1 ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira; CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. O processo, os direitos fundamentais e a transição do estado liberal clássico para o Estado contemporâneo. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 3, n. 1, p. 93, jan./jun. 2011.

2 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, ano 2, n. 17, p. 115-129, 2008.

(acesso à justiça), mas um verdadeiro direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada (acesso à ordem jurídica justa).

As garantias constitucionais processuais, encaradas no Estado Liberal Clássico como defesas do cidadão contra o Estado, passam a ser encaradas, no Estado Contemporâneo, como direitos fundamentais, com eficácia plena e aplicação imediata, possibilitando ao cidadão o direito a uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, haja vista a obrigação deste Estado em realizar os direitos fundamentais, tudo com vistas a obter a justiça no caso concreto.³

Necessidades sociais nunca antes sentidas ou reivindicadas passaram a reclamar ações do poder público, muitas de natureza prestacional, atingindo áreas da vida pessoal e social que estavam fora do âmbito da política.

O direito fundamental de acesso à justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da CF, significa o direito à ordem jurídica justa. Assim, conforme destaca Eduardo Cambi,⁴ a designação acesso à justiça não se limita, apenas, à mera *admissão ao processo* ou à possibilidade de ingresso em juízo, mas, ao contrário, essa expressão deve ser interpretada extensivamente, compreendendo a noção ampla do *acesso à ordem jurídica justa*, que abrange: i) o ingresso em juízo; ii) a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; iii) a participação dialética na formação do convencimento do juiz, que irá julgar a causa (efetividade do contraditório); iv) a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada); v) a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade do processo e efetividade dos direitos).

Os fins públicos buscados pelo processo, como instrumento democrático do poder jurisdicional, transcendem os interesses individuais das partes na solução do litígio. Essa visão publicística, imposta pela constitucionalização dos direitos e garantias processuais (neoprocessualismo), não se esgota na sujeição das partes ao processo. De acordo com Eduardo Cambi, o Neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo servem de suporte crítico para a construção não somente de “novas” teorias e práticas, mas sobretudo para a construção.⁵

Assim, o que se observa é uma grande evolução no plano teórico no que diz respeito ao direito ao procedimento como uma garantia fundamental para o exercício dos demais direitos e a realização de justiça social.

Porém, há um severo descompasso entre as proposições teóricas e realidade prática no Brasil. O Poder Judiciário não apenas funciona de forma lenta, morosa e burocrática, mas apresenta-se, institucionalmente, muito distante do cidadão comum.

Estamos tratando neste estudo de direito a um mínimo existencial, sob um enfoque constitucional. Não podemos, contudo, deixar de alertar para o fato de que, caso o cidadão não o tenha garantido nas vias administrativas, o caminho por meio do Judiciário é extremamente tormentoso.

O perfil dos cidadãos potenciais beneficiários dos programas de renda mínima indica que são pessoas de baixa escolaridade, vivendo no limite ou abaixo da linha da pobreza. Possuem, assim, uma inerente dificuldade de mobilização para buscar assistência judiciária. Não têm consciência de seus próprios direitos e, quando têm, não sabem a quem recorrer.

Buscando arrefecer esse cenário, a Constituição de 1988, no art. 5º, LXXIV, trouxe não só a promessa do acesso universal à Justiça, mas também a ordem para a institucionalização da Defensoria Pública em todo o Estado Brasileiro. Reconhecendo a importância da concessão de assistência jurídica integral, estendeu a atuação do Defensor Público ao âmbito extrajudicial e a todas as instâncias do Poder Judiciário.

3 OLIVEIRA, C. A. A. de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

4 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, ano 2, n. 17, p. 115-129, 2008.

5 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, ano 2, n. 17, p. 115-129, 2008.

O contexto socioeconômico de extrema desigualdade social, aliado ao aumento da complexidade das relações jurídicas geradora de hipossuficiência organizacional, representa, ao mesmo tempo, um cenário de valorização do papel da Defensoria Pública, não apenas como função essencial à justiça, mas, em tempos de pós-positivismo, como instituição essencial do Estado Democrático de Direito.

De acordo com Sales,⁶ ter acesso ao Judiciário é ter também acesso à justiça; mas o acesso à justiça é mais abrangente por englobar o acesso a conhecimentos de direito e meios de garanti-los. Inclui o direito a ter os conflitos solucionados de forma célere, entre outros meios que garantam uma justiça social efetiva.

Assim, a atuação da Defensoria Pública na defesa dos grupos vulneráveis não mais se limita a intervenções judiciais. Ao contrário, a orientação extrajudicial reflete um essencial escopo do sistema normativo constitucional, pois possibilita a prevenção de litígios, além de educar os grupos vulneráveis na consolidação de seus direitos e garantias fundamentais.⁷

Assim, talvez o papel mais importante de atores jurídicos como os da Defensoria Pública seja a atuação preventiva, fora do processo jurisdicional, orientando o cidadão carente sobre como requerer determinados benefícios, como o Bolsa Família e o Benefício de Prestação Continuada.

Esse relacionamento mais próximo com o cidadão já começa a acontecer, ainda que de forma tímida. A Defensoria Pública de São Paulo, por exemplo, disponibiliza uma cartilha “Benefício de Prestação Continuada — Conheça o que é e como funciona este direito socioassistencial”,⁸ destinada a esclarecer o cidadão sobre as características dos benefícios, as condições de elegibilidade e os documentos necessários. O Ministério do Desenvolvimento Social também desenvolveu material educativo neste sentido.⁹

3. POLÍTICAS PÚBLICAS DE ALÍVIO À POBREZA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na linha que vem sendo construída nesta pesquisa, os benefícios de renda mínima constituem elemento essencial para a garantia do mínimo existencial. Celso Bastos¹⁰ destaca que o Direito brasileiro considera a desigualdade social como um problema de relevância constitucional (art. 3º, III, da Constituição Federal de 1988). É preciso, pois, buscar formas de combater a pobreza e assegurar condições mínimas para o indivíduo, não se concebendo que a riqueza sirva apenas para alguns, enquanto outra grande parte da população careça de condições mínimas de sobrevivência.

Como bem frisado por Matheus Bezerra,¹¹ a aproximação do indivíduo com os seus direitos não deve ser buscada apenas por construções meramente textuais, de preceitos normativos no bojo de uma Carta Política, ou por construções científicas abstratas; é preciso que a ciência jurídica, através dos seus institutos, utilize com maior veemência seu poder de transformação da realidade existente, para que sejam estabelecidas condições socioeconômicas favoráveis ao florescimento dos direitos fundamentais estabelecidos, para

6 SALES, Lília Maia de Moraes. *Assessoria jurídica gratuita como forma de acesso à justiça e inclusão social*, 2007. Disponível em: <www.mediacaobrasil.org.br/artigos_pdf/3.pdf>. Acesso em: 10 set. 2014.

7 ROCHA, Paulo Osório Gomes. Concretização de Direitos Fundamentais na perspectiva jurídico-constitucional da Defensoria Pública: um caminho “ainda” a ser trilhado. *Revista Direito Público*, n. 17, p. 144, jul./ago./set. 2007.

8 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Cartilha Benefício de Prestação Continuada: conheça o que é e como funciona este direito socioassistencial*, 2011. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/33/documentos/bpc_leitura.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2015.

9 BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social. *Cartilha BPC*, 2012. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/cartilhas/cartilha-bpc-final.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2015.

10 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988.

11 BEZERRA, Matheus Ferreira. A utilização dos instrumentos jurídicos brasileiros para diminuição da desigualdade social e promoção dos direitos fundamentais. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, ano 2, n. 17, p. 115-1289, 2008.

que se alcance a sua maior promoção e exigibilidade.

A efetividade de uma política pública, de qualquer natureza, está relacionada com a qualidade do processo administrativo que precede a sua realização e que a implementa. As informações sobre a realidade a transformar, a capacidade técnica e a vinculação profissional dos servidores públicos, a disciplina jurídica dos serviços públicos determinarão, em concreto, os resultados da política pública como instrumento de desenvolvimento.¹² De certa forma, o Poder Judiciário acaba atuando como “bombeiro”, quando esse processo se apresenta falho.

É verdade que o conceito de “mínimo existencial” é indeterminado, dotado de certa plasticidade. Assim, os julgadores atribuem conteúdo às prestações mínimas, estabelecendo a norma a ser aplicada a determinado caso e tomam decisão de política pública ao definirem prioridades na alocação dos recursos escassos. Conforme Honório,¹³ o Judiciário pode controlar a atuação do administrador e do legislador ao analisar a razoabilidade do conteúdo conferido ao mínimo existencial. Desse modo, o Judiciário interfere nas atividades legislativas e administrativas.

Ainda de acordo com Honório,¹⁴ quando uma condição indispensável à vida estiver em risco, a intervenção do Judiciário será mais do que possível; será obrigatória. Trata-se de atuar para possibilitar a própria democracia e a cooperação social. A não atuação do Judiciário no campo do mínimo existencial é que seria absurda. A proteção do mínimo existencial está na esfera legítima de atuação do Poder Judiciário. Trata-se de concretização da eficácia mínima dos direitos fundamentais.

Sustenta-se a opinião de que a assistência social prestada para uma garantia das condições mínimas existenciais não se limita ao mínimo no sentido econômico. De acordo com Ingo Sarlet¹⁵, deve alcançar também um mínimo na acepção sociocultural, ainda que a determinação do valor da prestação assecuratória deste mínimo existencial não tenha sido consensualmente obtida, não se podendo falar, até o presente momento, de uma solução uniforme no que diz com este aspecto.

Argumenta Andréas Krell¹⁶ que:

é obrigação de um Estado Social controlar os riscos resultantes do problema da pobreza que não podem ser atribuídos aos próprios indivíduos, e restituir um status mínimo de satisfação das necessidades pessoais. Assim, numa sociedade onde existe a possibilidade fática da cura de uma doença, o seu impedimento significa uma violência contra a pessoa doente que é diretamente prejudicada na sua vida e integridade.

Não se pode submeter a Administração apenas à lei formal, mas sim a todo o ordenamento e seu poder normativo, que contempla a democracia, a soberania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, com vistas a construir uma sociedade melhor e mais justa, um Estado de Direito Material, isto é, um Estado Constitucional, pelo que passa a ser chamado também como princípio da juridicidade.¹⁷

12 BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: a problemática da concretização dos direitos fundamentais sociais pela administração pública brasileira contemporânea*. 2006. Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

13 HONORIO, Cláudia. *Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros*. 2009. Dissertação (Mestrado)- Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

14 HONORIO, Cláudia. *Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros*. 2009. Dissertação (Mestrado)- Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

15 SARLET, Wolfgang Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

16 KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 42.

17 BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: a problemática da concretização dos direitos fundamentais sociais pela administração pública brasileira contemporânea*. 2006. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

As políticas públicas estão submetidas ao princípio da legalidade, no sentido de que, tanto em relação aos meios, quanto aos fins, a inobservância do princípio da legalidade pode gerar a invalidação da *política pública*, por meio da declaração de nulidade dos atos que lhe dão substrato.¹⁸

Assim, os princípios constitucionais previstos no art. 37 (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) se aplicam a todas as atividades da Administração e, necessariamente, funcionam como vetores axiológicos das políticas públicas e devem balizar toda a análise referente aos benefícios de renda mínima.

É importante compreender que existem dois campos de análise: o individual, que poderíamos chamar de microjustiça e o difuso, que poderíamos chamar de macrojustiça.

Os estudos sobre atuação do Judiciário em relação a políticas públicas têm sido enfocados sob ângulo predominante individual. A atenção é dada ao atendimento ou não de determinado direito subjetivo. Assim se tem discutido, por exemplo, o direito ao fornecimento gratuito de medicamentos. Esta é a discussão, também, quanto aos parâmetros para concessão do Benefício de Prestação Continuada: análise de casos concretos.

Embora a presente pesquisa não perca de vista esse enfoque do direito subjetivo, é preciso ir além para verificar uma série de questões que perpassam o âmbito individual e estão ligadas ao atendimento dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública. A questão do controle sobre as macropolíticas é uma delas. Não estamos falando, ainda, de influir nas próprias linhas mestras dos programas, mas de verificar aspectos ligados à legalidade, impessoalidade e moralidade na concessão de benefícios e na condução dos programas.

Muito se divulga sobre a ocorrência de fraudes na concessão de benefícios sociais. Divulga-se na imprensa a existência de beneficiários-fantasma, cumulação indevida de benefícios e seu uso como forma de pressão eleitoral.

Tais práticas ferem de morte os princípios da moralidade e da impessoalidade. Em razão disso, deve ser valorizado o papel do Ministério Público, como instituição apropriada para, na tutela do interesse coletivo, atuar na defesa do interesse público.

Existem, no direito processual brasileiro, diversos mecanismos de proteção que podem ser manejados para o caso de desvio de finalidade na gestão dos benefícios de renda mínima: cite-se a Ação Civil Pública, a Ação Popular e a Ação de Improbidade.

Na mesma trilha de expansão das funções judiciárias, outros instrumentos foram criados ou aprimorados pela Constituição, como por exemplo, o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção. Na mesma linha tem seguido a Ação Civil Pública, que tem produzido bons efeitos no controle da conduta comissiva ou omissiva da Administração.¹⁹

Trata-se de instrumento para proteger o patrimônio público e social e outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III, da Constituição). Flávio Dino Costa lembra que, em muitos casos, o manejo da ação civil pública resultou na implementação de políticas públicas, como no caso do fornecimento de medicamentos anti-HIV.²⁰

Também a Advocacia-Geral da União deve atuar no sentido de zelar pela higidez e bom funcionamento dos programas da União Federal. Essa fiscalização se torna mais eficaz na medida em que o próprio Poder Executivo adota critérios de transparência na divulgação de dados, cadastros e resultados.

18 BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: a problemática da concretização dos direitos fundamentais sociais pela administração pública brasileira contemporânea*. 2006. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

19 COSTA, Flávio Dino de Castro e. A função realizadora do Judiciário e as políticas públicas no Brasil. R. CEJ, n. 28, p. 40-53, jan./mar. 2005.

20 COSTA, Flávio Dino de Castro e. A função realizadora do Judiciário e as políticas públicas no Brasil. R. CEJ, n. 28, p. 40-53, jan./mar. 2005.

Um bom exemplo é o programa Bolsa Família, que possui uma base de dados na qual qualquer cidadão pode acessar as informações sobre os benefícios por município, com menção a todas as famílias cadastradas. Há, assim, um esforço de colaboração do Poder Executivo em cumprir o princípio da publicidade.

Breus²¹ comenta, nesse sentido, a importância do acesso a informações:

Derivado do princípio da publicidade que requer a atuação transparente dos poderes públicos, o acesso à informação acerca da arrecadação e da receita dos entes estatais e o seu dispêndio, relativo às despesas planejadas, impõe-se para que se possa efetuar um controle social eficaz das políticas públicas.

Embora não seja o foco central deste trabalho, é importante citar, ainda, o papel do Tribunal de Contas da União e da Controladoria da União, como órgãos de controle capazes de fiscalizar o uso do dinheiro público e a eficiência dos programas governamentais.

Parte do receio da doutrina jurídica de que o Judiciário estaria invadindo a discricionariedade do administrador e se imiscuindo em questões de natureza técnico-gerencial se resolve a partir do momento em que o TCU e a CGU passam a atuar de forma mais consistente, em sintonia com o Poder Judiciário.

Esses órgãos não possuem poder judicante em sentido estrito, mas seus pareceres, decisões e recomendações possuem, cada vez mais, legitimidade democrática no cenário jurídico e político brasileiro. Com base nos trabalhos do TCU e da CGU o Judiciário pode – ou melhor, deve – agir para cumprir a Constituição, com base em subsídios de natureza técnica, que já foram analisados por outras instâncias competentes.

Se o TCU declara que o Executivo está em mora ou que há alguma atuação irregular nos programas de renda mínima, caberia ao Judiciário dar executoriedade, na prática, àquilo que foi propugnado pela corte de contas.

Enfim, a tese que se sustenta neste artigo é que a participação de atores sociais, como o Ministério Público, o TCU e a CGU, serve para dar legitimidade à atuação do Poder Judiciário quando se fala em programas de renda mínima, especialmente quando se trata de corrigir ou punir a atuação irregular dos administradores públicos.

Garantia de acesso à informação e sistemas de controle são, assim, pontos nodais para garantir a exigibilidade dos benefícios de renda mínima. Nessa linha, em relação a uma dogmática jurídica das políticas públicas, Ana Paula de Barcellos indica que, para que se torne minimamente consistente, ela deveria ser estruturada sobre, pelo menos, três temas: a identificação dos parâmetros de controle; a garantia de acesso à informação e a elaboração dos sistemas de controle.²²

A garantia de acesso à informação é essencial para que haja qualquer parâmetro de controle, seja pela sociedade civil como um todo, seja pelo Judiciário, seja pelos demais órgãos estatais de controle. Barcellos²³ ressalta a gravidade do problema:

se os parâmetros de controle objetivos já previstos no texto constitucional, e.g., para investimentos mínimos em saúde e educação, devem ser calculados com base em um combinado de receitas oriundas de tributos específicos, a ignorância acerca de tais informações dificulta a aplicação do parâmetro.

Os cidadãos têm direito subjetivo de dispor de informação sobre a receita pública existente e as despesas planejadas e realizadas pelos órgãos estatais. A sonegação dos dados sobre receitas e despesas jurídicas inviabiliza os controles jurídico e político e essa medida poderá exigir soluções jurídicas que assegurem, coativamente se necessário, o acesso à informação.²⁴

21 BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: a problemática da concretização dos direitos fundamentais sociais pela administração pública brasileira contemporânea*. 2006. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. p. 219.

22 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

23 BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun. 2005. p. 99.

24 BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito*

Já há alguns instrumentos de controle, como a possibilidade de intervenção federal quando do não investimento mínimo em educação e saúde (art. 34, VII e 35, III), a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/00) e a Lei 8429/92.

A tutela de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, por sua vez, permitiu que as questões sociais juridicamente relevantes fossem resolvidas de forma mais adequada e rápida. Não obstante as resistências governamentais, legislativas, judiciais e doutrinárias, provenientes dos pensamentos jurídicos mais retrógrados — que insistentemente procuram minimizar esta importante onda trazida pelo movimento de acesso à justiça — essas demandas coletivas têm proporcionado a possibilidade de o Judiciário, nos últimos anos, dar efetividade aos direitos fundamentais — sobretudo os de caráter social (previstos no artigo 6º, da CF) — o que coloca o Poder Judiciário, hoje, no centro das atenções e das perspectivas da sociedade.²⁵

Como se vê, a atuação do Judiciário é importante, mas a efetivação dos direitos sociais depende especialmente de um atuar efetivo e dinâmico dos demais atores institucionais e da própria sociedade civil organizada.

Quanto às normas que versam sobre direitos fundamentais, sua exigibilidade deve ser a maior possível. Se o novo constitucionalismo valoriza os princípios e visa dar maior eficácia às normas constitucionais, não se poderá mais defender que o Estado não pode prestar assistência social em razão da ausência de recursos.

Se o indivíduo se encontra em situação de miséria, não possuindo condições de prover seu próprio sustento, o Estado deve fornecer, liminarmente, o mínimo para que se garanta sua sobrevivência.

Por isso, os parâmetros de renda familiar *per capita* — utilizados para critério de concessão de benefícios — não podem ser aplicados de forma automática, à moda do velho positivismo normativista. Por vezes, o parâmetro estabelecido na lei, em razão das vicissitudes do caso concreto, não será suficiente para garantir a mínima eficácia ao comando constitucional. Há necessidade de se temperar a regra fria das leis com a força progressista dos princípios.

4. DIREITO À RENDA MÍNIMA: ANÁLISE CRÍTICA DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Um dos pontos de difícil equacionamento é o fato de que o juiz normalmente está preparado para realizar a justiça no caso concreto, a chamada microjustiça. De acordo com Barroso,²⁶ o magistrado nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público.

Além disso, o juiz é tecnicamente qualificado, mas sociopoliticamente muito distante das relações sociais que ensejam as decisões. A sensibilidade social não pode ser auferida apenas quando da realização de um concurso de provas e títulos. É de se questionar se o fato de os membros da magistratura fazerem parte de uma elite intelectual e econômica não dificultaria as fundamentações em prol de justiça social e das classes menos favorecidas da população.

Trata-se de questão que vai muito além da dogmática jurídica. O magistrado que recebe quase 40 salários mínimos mensais provavelmente terá dificuldade para mensurar a importância que um acréscimo de ¼ de salário mínimo pode ter para a dignidade de uma família. Mesmo o defensor público, tradicionalmente

Administrativo, Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun. 2005.

25 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, ano 2, n. 17, 2008.

26 BARROSO, Luis Roberto. Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, v. 24, p. 201-260, 2008.

considerado mais “próximo do povo”, também está sujeito a esta limitação, que é de natureza cognitiva. Ao mesmo tempo em que vivencia mais de perto a realidade da população, também faz parte de uma elite jurídica e econômica.

Corroborando tal premissa, há que se mencionar pesquisa realizada pelo Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo (IDESP, 1993) e citada por Flávio Dino,²⁷ indicando que apenas 37% dos juizes paulistas concordavam com a assertiva “*O compromisso com a justiça social deve preponderar sobre a estrita aplicação da lei*”. O dado indica a postura normativista e formalista vigente na magistratura brasileira.

É interessante observar certa incoerência dos tribunais brasileiros em relação a questões ligadas aos programas de transferência de renda. Quando se trata da esfera penal, com ações delituosas ligadas à recepção fraudulenta de benefícios, o Judiciário tem exaltado o papel de programas como o Bolsa Família na erradicação da pobreza e como vetor do mínimo existencial.

Um exemplo claro é a condenação por crime de estelionato, quando do cadastro / dados falsos para inclusão no benefício. Mesmo que o “beneficiário” receba um valor pequeno, não estará abrangido pelo princípio da insignificância. Cite-se, por exemplo, o Habeas Corpus nº 86957– PR (STJ), que, não obstante o valor de R\$ 900,00, considerou não estar presente o princípio da insignificância.

O valor em si do prejuízo não é tão relevante quando se trata de crime envolvendo o Bolsa Família. Afasta-se, assim, a incidência do princípio da insignificância:

PENAL E PROCESSO PENAL. BOLSA FAMÍLIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO CABIMENTO. SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.

1. Princípio da insignificância. O aspecto patrimonial torna-se menos relevante, ao se levar em consideração que o objetivo primordial é a tutela do Programa Bolsa Família, cuja finalidade é eminentemente social. (STJ, RSE 200850050005978 RJ, 01/02/2011).²⁸

Assim, a danosidade social, nesse caso, é analisada sob o ângulo difuso. A dogmática penal, nesse caso, volta-se à criação de tipos penais que tutelam os chamados “bens supraindividuais”, como a saúde pública, a ordem econômica, o meio ambiente, o sistema previdenciário, entre outros. Numa sociedade constitucionalmente fundada, como observa Gilberto Pinheiro Júnior:²⁹

onde o social é erigido ao patamar de fundamento constitucional, o que implica necessariamente o controle da economia para sua consecução, a luta para esse controle exigirá a intervenção do Direito Penal, por meio do Direito Penal Econômico, que tipificará novos delitos protetores desses novos bens jurídicos não tão definidos. Nesse campo, então, não há que se falar em descriminalização ou intervenção mínima, como se vem fazendo na criminalidade clássica, muito pelo contrário.

Em relação ao cumprimento das prestações de caráter público de que depende o indivíduo no quadro da assistência social por parte do Estado, ressalte-se o entendimento de Luiz Regis Prado:³⁰

[...] o Direito Penal realiza uma das mais importantes e numerosas tarefas do Estado, na medida em que apenas a proteção dos bens jurídicos constitutivos da sociedade e a garantia das prestações públicas necessárias para a existência possibilitam ao cidadão o livre desenvolvimento da sua personalidade, que nossa Constituição considera como pressuposto de uma condição digna.

Ainda de acordo com Regis Prado:³¹

O penalista progressista moderno está na defesa de uma intervenção mínima do Estado; contudo entendemos que em algumas áreas como a da criminalidade econômica se faz necessário uma

27 COSTA, Flávio Dino de Castro e. A função realizadora do Judiciário e as políticas públicas no Brasil. R.CEJ, n. 28, p. 40-53, jan./mar. 2005. p. 47.

28 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RSE 200850050005978 RJ. Rio de Janeiro, 01 de fevereiro de 2011.

29 PINHEIRO JUNIOR, Gilberto José. *Crimes econômicos: as limitações do direito penal*. Campinas: Edicamp, 2003. p. 56.

30 PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 58.

31 PRADO, Luiz Régis. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 54.

penalização mais gravosa face aos efeitos muitas vezes imperceptíveis para a população, mas que causam à coletividade grandes prejuízos na realização por parte do Estado na prestação de serviços típicos de um Estado Social.

Os bens supraindividuais não estão diretamente ligados à pessoa, mas vinculados ao funcionamento do sistema. Tal é o caso da proteção à higidez dos benefícios de natureza assistencial, que assume caráter macro-social. Para Régis Prado³² o macro-social deve estar subordinado ao micro-social.

Considerável parte dos crimes relacionados com o Bolsa Família dizem respeito a estelionato, mas também há casos de furto qualificado (art. 155, § 4º do Código Penal), quando se realizam saques fraudulentos em conta de beneficiário. Nesse caso, também é afastado o princípio da insignificância. Assim:

ESPECIAL. PENAL. ARTS. 71 E 155, § 4º, CP. FURTO QUALIFICADO. CONTINUIDADE DELITIVA. BOLSA FAMÍLIA. SAQUES FRAUDULENTOS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE CONDUTA TÍPICA PERPETRADA CONTRA PROGRAMA ESTATAL QUE BUSCA RESGATAR DA MISERABILIDADE PARCELA SIGNIFICATIVA DA POPULAÇÃO. MAIOR REPROVAÇÃO. CONTINUIDADE DELITIVA. NÚMERO DE INFRAÇÕES IMPLICA MAIOR EXASPERAÇÃO DE PENA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

[...] 3. Indevida a incidência do princípio da insignificância em decorrência de duplo fundamento: primeiro, o quantum subtraído, qual seja, R\$ 2.130,00 (dois mil, cento e trinta reais), não pode ser considerado irrisório; e, segundo, além de atentar contra a Administração Pública, o delito foi praticado em desfavor de programa de transferência de renda direta - Programa Bolsa Família - que busca resgatar da miserabilidade parcela significativa da população do País, a tornar mais desabonadora a conduta típica. (REsp 1303748 AC 2012/0021034-2, STJ, Julgado em 25/06/2012. Rel Sebastião Reis Júnior).³³

A jurisprudência entende incabível a aplicação do princípio da bagatela no caso de fraude contra o sistema de bolsa-família, por ser um benefício que transcende a questão patrimonial. Neste sentido, conforme entendeu-se no julgamento do RSE 200950050001916 RJ (TRF2), em 16/11/2010:

a teoria da insignificância vincula-se à lesividade ao bem jurídico, devendo ser analisado o desvalor da conduta do agente. De fato, se na hipótese de estelionato relativo a seguro-desemprego ou a Bolsa Família, considerarmos o montante, todas as fraudes seriam insignificantes, colocando em risco o programa social.³⁴

Uma das maneiras mais simples de burlar o sistema é omitir a existência de Carteira de Trabalho onde está registrada a renda de um dos membros da família, bem como a omissão de outras fontes de renda. Nesse sentido:

A sistemática prestação de informação inverídica e a apresentação de CTPS diversa da que o marido utilizava, em que constava o emprego como eletricitista, não apenas no requerimento do benefício, como também quando da visita da assistente social, demonstram pleno conhecimento de que a denunciada não fazia jus ao bolsa família e dolosamente ocultou os verdadeiros rendimentos de sua família, a fim de induzir e manter em erro a Administração pública. (ACR 1431 SP 2008.61.13.001431-0, TRF-3, de 14/07/2009).³⁵

Outra questão enfrentada é o cometimento de crimes pelos próprios membros da Administração Pública, que desviam o valor dos benefícios, configurando o crime de peculato. Assim:

PENAL. PECULATO. ART. 312, § 1º, DO CP. SUBTRAÇÃO DE VALORES ORIGINÁRIOS DE PROGRAMA SOCIAL FEDERAL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO.

1. Devidamente configurado o delito de peculato (art. 312, § 1º, do CP, uma vez que os acusados

32 PRADO, Luiz Régis. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 54.

33 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1303748 AC 2012/0021034-2*. Relator: Sebastião Reis Júnior. 25 de junho de 2012.

34 BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. *RSE 200950050001916 RJ*. Rio de Janeiro, 16 de novembro de 2010.

35 BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. *TACR 1431 SP 2008.61.13.001431-0*. São Paulo, 14 de julho de 2009.

valeram-se da facilidade proporcionada pela qualidade de funcionário público de um dos agentes, para obter cartões e senhas de beneficiários de programas sociais federais (bolsa escola, auxílio gás e bolsa família), subtraindo em proveito próprio recursos públicos que não lhes pertenciam, mediante saques bancários (Apelação Criminal 2131/PR – TRF4 – 09/09/2010).³⁶

Enfim, os delitos em tela não atingem somente o erário, mas também colocam em risco a higidez de um programa social destinado ao auxílio de famílias carentes, sendo impossível falar em bagatela. O Programa Bolsa Família tem sido considerado tão importante pelo Judiciário no combate à miséria que tem sido utilizado como instrumento de presunção de hipossuficiência dos jurisdicionados em uma série de hipóteses. Não se considera o Bolsa Família como condição *sine qua non* para demonstrar pobreza, mas, na análise da hipossuficiência, há uma forte tendência de considerar o recebimento do benefício como uma prova praticamente cabal. Neste sentido:

Assistência Judiciária. Locação. Impugnação ao pedido de justiça gratuita. Alegação de que inexistente prova documental que comprove a condição de pobreza da autora. Impugnação rejeitada. Declaração feita pelo interessado. Impugnada recebedora de benefício financeiro. Inscrição nos programas sociais Bolsa Família e Renda Mínima. Impugnação não acolhida. TJSJSP - Impugnação de Assistência Judiciária: 2100005212008826 SP 2100005-21.2008.8.26.0000. Julgado em 15/12/2011, 32ª Câmara Cível.³⁷

Também, no Agravo de Instrumento AI 70039996194 RS, julgado em 22/11/2010, tem-se exatamente o mesmo entendimento. Destaca-se, apenas, a parte final da ementa do acórdão, que é bem clara: “Sendo beneficiária do programa assistencial do governo federal chamado Bolsa Família, é lógico que a parte agravante não possui rendimentos[...]”.

Mesmo para garantia de outros benefícios ou auxílios de natureza assistencial/social, o recebimento do Programa Bolsa Família tem sido reconhecido como um argumento em prol de se reforçar a necessidade de proteção ao indivíduo. Foi o caso, por exemplo, do deferimento de “tarifa social de água”, em um programa social de tarifas reduzidas no Rio Grande do Sul. O Julgado 71003036183 RS, da 3ª Turma Recursal, com base nos princípios da razoabilidade, da dignidade da pessoa humana e da equidade, utilizou como um dos fundamentos para garantir a tarifa social de água o fato de o cidadão ser beneficiário do Programa Bolsa Família.

Ressalte-se, aliás, que ser inscrito no Programa Bolsa Família permite ao beneficiário acesso a outros benefícios, como a utilização de carta social nos Correios (cartas enviadas a R\$ 0,01) e atendimento prioritário no Programa Saúde da Família.

Em que pese essa boa deferência do Poder Judiciário ao papel dos programas de renda mínima, o fato é que a visão em defesa de um “bem social”, fundamentada na necessidade de se garantir um mínimo existencial, nem sempre se verifica quando se trata da discussão sobre a própria concessão dos benefícios.

A atuação do Judiciário, nesse ponto, pode ser considerada frustrante se cotejada com os novos paradigmas do Direito Constitucional, ventilados no presente estudo. A posição do Judiciário tem se mostrado por vezes legalista e positivista, aplicando a letra fria da lei de modo automático.

Um dos empecilhos para análise por parte dos tribunais superiores (STF e STJ) tem sido a alegação de ser “impossível revolver a análise probatória” (Súmula 279, STF)³⁸ O que é mais preocupante é o entendimento de que eventual descumprimento do dever do Estado em prestar o benefício seria, no máximo, uma afronta indireta à Constituição.

Se há o cumprimento aos requisitos para receber o benefício, a afronta à Constituição é direta, pois se está negando um direito fundamental ao mínimo existencial. Em síntese, no Recurso Extraordinário

36 BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. *Apelação Criminal 2131 PR*. Paraná, 09 de setembro de 2010.

37 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Impugnação de Assistência Judiciária: 2100005212008826 SP 2100005-21.2008.8.26.0000*. 32ª Câmara Cível. São Paulo, 15 de dezembro de 2011.

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 279, de 13 de dezembro de 1963*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=279.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 03 dez. 2015.

628231/AM (Relator Ricardo Lewandowski, 13/09/2010), entendeu-se, equivocadamente, que:

o mero preenchimento do Cadastro Único para Programas Sociais (CadÚnico) não gera direito adquirido à concessão do benefício Bolsa Família; a afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta no caso (Lei 10.836/2004 e Decreto 5.209/2004); para se verificar se a recorrente preenche os requisitos para a concessão do benefício seria necessário o revolvimento das provas constantes dos autos, o que inviabiliza o recurso extraordinário.

Essa decisão deixa de considerar a força irradiante da Constituição, a centralidade dos direitos fundamentais e a ideia de filtragem constitucional. Mostra-se, assim, retrógrada e em desalinho com a dogmática constitucional contemporânea.

Não parece ser razoável ignorar a relevância de princípios e valores constitucionais (como dignidade da pessoa humana e erradicação da pobreza) para a aplicação de um dogma (não tratar matéria fática em recursos de natureza especial) cuja função é, apenas, utilitarista: diminuir o número de processos nos tribunais superiores.

Quando a questão se tratar do caso do Benefício de Prestação Continuada, há polêmica quanto aos limites do art. 20, §3º da Lei 8742/93 (Lei da LOAS). Três seriam as possibilidades:

- a) O critério da lei (1/4 do salário) é rígido e apenas os que comprovem estar aquém deste limite terão direito ao benefício.
- b) O critério da lei é apenas um standard, no qual se garante a presunção de miséria. Pretendentes ao benefício com renda maior do que tal valor poderão comprovar, no caso concreto, a condição de miséria (ideia de interpretação conforme).
- c) O dispositivo é, desde logo, inconstitucional, pois restringe um direito social fundamental. A lei só poderia estabelecer procedimentos ou trâmites, mas não estabelecer um valor, se a própria Constituição não o fez.

O Supremo Tribunal Federal confirmou a constitucionalidade da exigência da renda mínima per capita de 1/4 do salário mínimo em sede da ADIn 1232/DF, entendendo que deve ela ser considerada como um parâmetro para a aferição da necessidade, mas não impedindo, peremptoriamente, que outros fatores sejam utilizados para comprovar a carência de condições de sobrevivência digna.

Reproduz-se aqui a ementa:

CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO-MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE (ADIn 1.232/DF, Rel. Ilmar Galvão, 1998).³⁹

O julgamento da ADIN não foi suficientemente claro para afastar de vez o entendimento de que o limite de 1/4 salário é insuperável. Assim, os tribunais em segunda instância, o Superior Tribunal de Justiça e a Turma Nacional de Unificação continuaram a decidir pela possibilidade de se entender miserável mesmo aquele cuja renda ultrapasse 1/4 do salário mínimo. Nesse sentido:

A família com renda mensal per capita inferior a 1/4 do salário-mínimo não é capaz de prover de forma digna a manutenção do membro idoso ou portador de deficiência física (§ 3º, art. 20, Lei 8.742/93). Contudo, o legislador não excluiu outras formas de verificação da condição de miserabilidade. Precedentes do STJ, da TNU e desta Corte (AC 4827 BA 0004827-55.2006.4.01.3306, TRF-1, AC-4827, BA, de 27/09/2012).⁴⁰

39 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIn 1.232/DF*. Relator: Ilmar Galvão. Brasília, 1998.

40 BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. *AC 4827 BA 0004827-55.2006.4.01.3306*. TRF-1, AC-4827. Bahia, 27

Por incrível que pareça, outros Tribunais Federais continuam deixando de conceder o benefício, tratando a questão como simples cálculo matemático e mecânico, mesmo quando a renda ultrapassa em porção ínfima o limite da lei.

Em um caso julgado pelo TRF-3 (AC 31398 SP, julgada em 13/06/2011), não apenas foram considerados os R\$ 90,00 como renda, a título de Bolsa Família e Programa Ação Jovem, como se negou o benefício por que a renda *per capita* da família era de míseros R\$ 225,00, já que um dos filhos trabalhava informalmente e recebia R\$ 300,00 por mês (menos de ½ salário mínimo à época). Considerou-se, ainda, que a família vivia “em habitação adequada”, e por isso o membro da família deficiente não faria jus ao benefício.⁴¹

Uma decisão como esta acaba funcionando como um desestímulo à inserção dos demais membros da família no mercado de trabalho. O julgado não levou em conta o esforço do irmão não-deficiente, que recebia R\$ 300,00 mensais como auxiliar de eletricista, e, possivelmente, ajudava, mesmo com esse baixo salário, na manutenção do irmão. Nesse caso concreto, a falta de razoabilidade do julgador poderia levar a um juízo – também de razoabilidade, mas por instinto de sobrevivência da própria família: se o irmão com renda para de trabalhar, o irmão deficiente passa a ter o direito de auferir uma renda duas vezes maior, e maior mesmo que a do próprio pai.

São essas peculiaridades do caso concreto, que uma interpretação constitucional mais aberta, baseada em princípios e dentro de uma lógica do razoável, deveria levar em conta, sob pena de, com um manto de um arraigado positivismo jurídico, cometer absurdos.

Há que se ressaltar, é certo, o entendimento de parte dos juízes e Tribunais Regionais Federais para a concessão do Benefício de Prestação Continuada, no sentido de prestigiar a análise do caso concreto para apuração da real necessidade do requerente. Ressalta-se que, além do preenchimento do requisito econômico, o critério da incapacidade também tem sido flexibilizado quando são verificadas implicações e/ou peculiaridades que impedem o demandante de ser reabilitado para outras funções. Nesse sentido, mencione-se entendimento do TRF-2, que considerou o valor de ½ salário mínimo de renda familiar, levando em conta as condições da requerente:

[...] IV - Vale ressaltar que o parâmetro objetivo da renda familiar per capita (§ 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93), para grande parte das hipóteses, não pode derivar de uma interpretação estritamente literal do dispositivo legal, especialmente naqueles casos em que, diante de circunstâncias peculiares tal renda não assegura a efetiva sobrevivência e cuidados a que faz jus o ente familiar, em especial o pretendente ao benefício (Apelação, TRF2 2014.51.01.013742-4, 01/02/2016)⁴²

No contexto dessa discussão, há ainda uma interpretação que, se acolhida, afetaria em termos práticos qualquer uma das opções acima. É a visão que considera, independentemente de se adotar ou não a flexibilidade, o patamar de ½ salário mínimo, pois teriam sido estas as previsões do Estatuto do Idoso.

Fora do âmbito penal, havíamos apontado mecanismos de tutela coletiva que poderiam ser eficazes no combate a fraudes e mau gerenciamento de programas de renda mínima, como a Ação Civil Pública, a Ação Popular e a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 105). Só que estas questões chegam de forma rara ao Judiciário e, quando chegam, há dificuldade por parte dos tribunais em tratar a questão sob ângulo coletivo/difuso. Cite-se, como exemplo, em um caso de investigação de fraudes no Bolsa Família:

o pedido de quebra de sigilo bancário dos recorridos (Vereadora do Município e seu marido) não se enquadra nos dispositivos legais autorizadores da Lei Complementar 105, de 10/01/2001, notadamente em seus arts. 3º, § 1º, por não estarem os requeridos vinculados ao Poder Executivo de Carajás/BA, e 4º, § 1º, em face da ausência de instauração de Comissão Parlamentar de Inquérito, para apuração da suposta percepção irregular dos benefícios do Bolsa Família. (AC 5371 BA 0005371-98.2010.4.01.3307, TRF1)⁴³

de setembro de 2012.

41 BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. *AC 31398 SP*. São Paulo, 13 de junho de 2011.

42 BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. *Apelação 2014.51.01.013742-4*. 01 de fevereiro de 2016.

43 BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. *AC 5371 BA 0005371-98.2010.4.01.3307*.

Por fim, ao menos uma questão vem se encaminhando em prol da garantia do mínimo existencial. Trata-se de saber se o valor recebido por um indivíduo a título de Bolsa Família influi na renda da família para efeito de análise de renda para concessão do BPC, bem como se o próprio deferimento do BPC para um membro da família influi ou não na composição da renda.

Boa parte da Jurisprudência encaminha-se para o entendimento de que a renda oriunda do recebimento do Bolsa Família não deve entrar no cálculo. Interessante o argumento de razoabilidade e racionalidade para estas hipóteses:

Outro benefício assistencial ou previdenciário, de até um salário-mínimo, pago a idoso, ou aposentadoria por invalidez de valor mínimo paga à pessoa de qualquer idade, não deverão ser considerados para fins de renda per capita; devendo-se excluir tanto a renda quanto a pessoa do cômputo para aferição do requisito. [...] a renda auferida pelo benefício do Bolsa Família deve ser excluído. Isso porque, a uma, se deve ser excluído o benefício assistencial e a aposentadoria da renda familiar, nos termos do art. 34 da Lei do Idoso, com mais razão deve ser excluído benefício que visa atender necessidade específica da família. A duas, o benefício de prestação continuada é mais benéfico. Sendo assim, cabe ao órgão responsável a verificação da permanência da autora no programa. (AC 4827 BA 0004827-55.2006.4.01.3306, TRF-1, AC-4827, BA, de 27/09/2012)⁴⁴

O próprio Supremo Tribunal Federal, por meio do Agravo de Instrumento n.º 672.694, de 2010, entendeu que os rendimentos obtidos por idoso ou deficiente, seja benefício de amparo assistencial, seja aposentadoria, devem ser desconsiderados no cálculo da renda per capita quando do levantamento da situação de miserabilidade, critério exigido para concessão do benefício de amparo assistencial.

Conforme Liana Dani⁴⁵, se quem pleiteia o benefício contar no meio familiar com integrante que também não reunia condições de se prover, tanto que fez jus a benefício de um salário mínimo, seja em razão da idade, seja em razão de deficiência, não é razoável exigir o sacrifício deste familiar, pois também não possui meios de prover à própria manutenção e tampouco de prover seus familiares.

Além disso, o Estatuto do Idoso, art. 34, parágrafo único, prevê que 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.

Por fim, é de se louvar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, tanto quanto ao parâmetro de ¼ apenas como limite mínimo, como quanto à cumulatividade de benefícios em uma mesma família.

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. AFERIÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA E DA DEFICIÊNCIA POR OUTROS MEIOS QUE NÃO O CRITÉRIO DE 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO “PER CAPITA”. POSSIBILIDADE. EXCLUSÃO DE BENEFÍCIO DE VALOR MÍNIMO PERCEBIDO POR MAIOR DE 65 ANOS. ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, LEI Nº 10.741/2003. APLICAÇÃO ANALÓGICA. 1. Predomina no âmbito da Terceira Seção o entendimento de que o critério previsto no artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/1993 para a concessão de benefício assistencial deve ser interpretado como limite mínimo, devendo ser incluídos os segurados que comprovarem, por outros meios, a condição de hipossuficiência. Precedente prolatado em recurso especial processado como representativo da controvérsia, nos termos do art. 543-C do CPC (Resp n. 1.112.557/MG). 2. O benefício previdenciário de valor mínimo, recebido por pessoa acima de 65 anos, não deve ser considerado na composição na renda familiar, conforme preconiza o art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). Precedente: Pet n. 7.203/PE, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. 3. Agravo regimental improvido. (RIO GRANDE DO SUL, AgRg no REsp 1247868 (2011/0077742-9), Relator Jorge Mussi, Quinta Turma, 2011)⁴⁶

44 BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. AC 4827 BA 0004827-55.2006.4.01.3306, TRF-1, AC-4827. Bahia, 27 de setembro de 2012.

45 DANI, Liana Lidiane Pacheco. *Da concessão de amparo assistencial e composição de renda per capita*. Disponível em: <www.anadef.com.br>. Acesso em: 01 ago. 2015.

46 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1247868 (2011/0077742-9). Quinta turma. Relator: Jorge Mussi. Rio Grande do Sul, 2011.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata e devem ser efetivados na máxima medida possível. O fato de alguns direitos demandarem complementação por meio de lei ou outro ato normativo não pode servir de escudo ao seu descumprimento, devendo, nesse caso, serem sanadas as omissões.

Especialmente no que tange aos chamados direitos de segunda dimensão, merecem destaque os direitos sociais de cunho prestacional. Nessa categoria, avulta a importância de um papel ativo do Estado na implementação de políticas públicas.

O princípio da dignidade da pessoa humana é reafirmado com o fortalecimento de uma cultura jurídica pós-positivista. A reaproximação entre o Direito e a ética torna o ordenamento jurídico mais sensível aos valores morais em países onde os direitos sociais fundamentais ainda não possuem plena concretude avulta a importância de se conferir à dignidade da pessoa humana um viés social.

A dignidade da pessoa humana, assim, tem seu âmbito amplificado. Nesse sentido, não só os juristas, mas os gestores públicos em geral devem perceber a dignidade não apenas sob o ângulo do indivíduo isolado em si mesmo, mas inserido em determinado meio social, participando de uma determinada comunidade.

O mínimo existencial, categoria de conceito jurídico indeterminado, não pode ser desenvolvido pelo Judiciário como um sistema acabado de solução, mas sim analisado nas vicissitudes de cada demanda. Permite-se, assim, a adaptação às necessidades no tempo e no espaço, em casa sociedade. A fluidez do conceito recomenda, assim, maior flexibilidade na apreciação das demandas judiciais, pois padrões rígidos (tetos e pisos avaliados em dinheiro) nem sempre serão condizentes com a realidade concreta dos cidadãos.

A ideia de mínimo existencial tem sido utilizada para contornar barreiras impostas à concretização dos direitos básicos (notadamente em sua dimensão prestacional). Ao se reconhecer que determinado direito integra o mínimo existencial, deve-se entender que se está diante de direito subjetivo, não cabendo, assim, a alegação de ausência de recursos para efetivar as prestações estatais.

Por meio de patamares satisfatórios de necessidades básicas (alimentação, água, vestuário, saúde) é que o cidadão pode começar a pensar a ter acesso aos demais direitos de natureza social (educação, cultura, trabalho, lazer). Ao atingir esse mínimo material necessário, o cidadão terá melhores condições de participar da esfera pública.

Assim, a implementação de políticas públicas pelo Estado, em especial aquelas voltadas para a garantia de um mínimo existencial (mínimo, aqui, como sinônimo de básico, e não de ínfimo), permite ao cidadão meios de considerar-se membro de um regime de fato democrático, com acesso às oportunidades e aos serviços públicos e com um mínimo de voz ativa na sociedade.

O Estado brasileiro parece realizar um sério esforço no sentido de aumentar a cobertura dos programas de transferência de renda mínima. Com isso, é natural um certo aumento da litigiosidade. A população, aos poucos, parecer tomar maior consciência de seus direitos. Com o aparelhamento das Defensorias Públicas, estas demandas reprimidas poderão ser melhor canalizadas.

A posição do Judiciário oscila, ora para encampar uma nova dogmática constitucional, com a valorização dos princípios e a ênfase na dignidade da pessoa humana, ora para se apegar (ainda) a uma postura positivista e legalista.

Em que pese essa boa deferência ao papel dos programas de renda mínima, o fato é que esta visão em defesa de um “bem social”, fundamentada na necessidade de se garantir um mínimo existencial, nem sempre se verifica quando se trata da discussão sobre a própria concessão dos benefícios.

Com base no volume de demandas que chega aos tribunais, percebe-se que, se por um lado questões ligadas ao Benefício de Prestação Continuada chegam com frequência ao Judiciário, o mesmo não se pode

dizer em relação ao Programa Bolsa Família. A maior parte da Jurisprudência coletada diz respeito à questão penal (fraude/estelionato na concessão de benefícios).

Levando-se em conta o grau de vulnerabilidade dos potenciais usuários do Programa Bolsa Família (PBF), é possível conjecturar que existe uma forte demanda reprimida quanto à judicialização do tema, uma vez que cidadãos excluídos do programa não conseguem também ter acesso a serviços públicos básicos. Possuem pouco grau de escolarização e dificilmente conseguirão acesso ao Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília, ano 1, n. 02, out. 2006.

BARROSO, Luis Roberto. Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, v. 24, p. 201-260, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988.

BEZERRA, Matheus Ferreira. A utilização dos instrumentos jurídicos brasileiros para diminuição da desigualdade social e promoção dos direitos fundamentais. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, ano 2, n. 17, 2008.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social. *Cartilha BPC*, 2012. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/cartilhas/cartilha-bpc-final.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RSE 200850050005978 RJ*. Rio de Janeiro, 01 de fevereiro de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1303748 AC 2012/0021034-2*. Relator: Sebastião Reis Júnior. 25 de junho de 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. *RSE 200950050001916 RJ*. Rio de Janeiro, 16 de novembro de 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. *TACR 1431 SP 2008.61.13.001431-0*. São Paulo, 14 de julho de 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. *Apelação Criminal 2131 PR*. Paraná, 09 de setembro de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 279, de 13 de dezembro de 1963*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=279.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 03 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 1.232/DF*. Relator: Ilmar Galvão. Brasília, 1998.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. *AC 4827 BA 0004827-55.2006.4.01.3306*. TRF-1, AC-4827. Bahia, 27 de setembro de 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. *Apelação 2014.51.01.013742-4*. 01 de fevereiro de 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. *AC 5371 BA 0005371-98.2010.4.01.3307*.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. *AC 4827 BA 0004827-55.2006.4.01.3306*, TRF-1, *AC-4827*. Bahia, 27 de setembro de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1247868 (2011/0077742-9)*. Quinta turma. Relator: Jorge Mussi. Rio Grande do Sul, 2011.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: a problemática da concretização dos direitos fundamentais sociais pela administração pública brasileira contemporânea*. 2006. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, ano 2, n. 17, 2008.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. A função realizadora do Judiciário e as políticas públicas no Brasil. *R.CEJ*, n. 28, p. 40-53, jan./mar. 2005.

DANI, Liana Lidiane Pacheco. *Da concessão de amparo assistencial e composição de renda per capita*. Disponível em: <www.anadef.com.br>. Acesso em: 01 ago. 2015.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Cartilha Benefício de Prestação Continuada: conheça o que é e como funciona este direito socioassistencial*. 2011. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/33/documentos/bpc_leitura.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2015.

ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira; CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. O processo, os direitos fundamentais e a transição do estado liberal clássico para o Estado contemporâneo. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 3, n. 1, p. 84-94, jan./jun. 2011.

HONORIO, Cláudia. *Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros*. 2009. Dissertação (Mestrado)- Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

OLIVEIRA, C. A. A. de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINHEIRO JUNIOR, Gilberto José. *Crimes econômicos: as limitações do direito penal*. Campinas: Edicamp, 2003.

PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PRADO, Luiz Régis. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ROCHA, Paulo Osório Gomes. Concretização de Direitos Fundamentais na perspectiva jurídico-constitucional da Defensoria Pública: um caminho “ainda” a ser trilhado. *Revista Direito Público*, n. 17, p. 144, jul./ago./set. 2007.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Assessoria jurídica gratuita como forma de acesso à justiça e inclusão social*, 2007. Disponível em: <www.mediacaobrasil.org.br/artigos_pdf/3.pdf>. Acesso em: 10 set. 2014.

SARLET, Wolfgang Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.