

A POLÍTICA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL NA ORDEM CONSTITUCIONAL: A INCONSTITUCIONALIDADE DA FIXAÇÃO DO LIMITE MÁXIMO DE APLICAÇÃO DE RECURSOS FINANCEIROS

SOCIAL POLICY IN CONSTITUTIONAL ORDER: THE UNCONSTITUTIONALITY OF FIXING THE MAXIMUM LIMITATION OF FINANCIAL APPLICATION

Roseniura Santos

RESUMO:

A globalização da economia na fase atual do capitalismo implicou rompimento com os instrumentos dos sistemas de proteção social. Construíram diversos mecanismos de concorrência predatória com efeitos nefastos sobre as políticas sociais. As diversas reformas que foram orientadas pelos princípios neoliberais, pautaram-se no desprezo ao programa constitucional de Seguridade Social, destacadamente pelas limitações orçamentárias. O presente estudo pretende, precipuamente, examinar os parâmetros constitucionais caracterizadores da política de assistência social e avaliar a constitucionalidade ou não do limite orçamentário máximo previsto no parágrafo único do art. 204 da Constituição Federal. Objetiva-se também propor vias jurídicas para implementação das políticas de assistência social.

PALAVRAS – CHAVES:

Constituição brasileira; Políticas sociais; Assistência social; Limitação orçamentária; Inconstitucionalidade; Emenda constitucional n. 42/2003.

ABSTRACT:

The globalization of the economy in the current phase of capitalism led to break with the social protection systems. They built several mechanisms of the competition with adverse effects on social policies. The various reforms were guided by neoliberal principles, based on the constitutional contempt for the Social Security program, mainly by budget constraints. primarily, the present study intend, to examine the constitutional parameters characterizing the social assistance policy and assess the constitutionality of the maximum financial limit specified in paragraph of art. 204 of the Federal Constitution. The objective is also to propose ways to implement the social policies.

KEYWORDS:

Brazilian Constitution. Social policies. Social assistance. Financial limitation. Unconstitutionality. Constitutional Amendment n. 42/2003.

1. Introdução:

As políticas públicas são destinadas constitucionalmente à garantia e à efetivação de direitos de cidadania.

O presente estudo pretende precipuamente, examinar os parâmetros caracterizadores da política de assistência social no arcabouço constitucional vigente.

Objetiva também analisar a constitucionalidade do parágrafo único do art. 204 da Constituição Federal (CF) brasileira, bem como sugerir vias jurídicas para garantir a efetivação das políticas de assistência após a contra-reforma neoliberal.

Neste contexto, o estudo da temática se justifica pela perspectiva de contribuição para reconstrução de uma política de assistência social promotora de uma sociedade livre, justa e solidária.

2. Uma definição jurídico-constitucional da política de assistência social

O Estado brasileiro tem sua organização política definido, essencialmente, pelo título primeiro da Constituição Federal (CF) denominado princípios fundamentais. No título mencionado, estão dispostos os princípios mais estimados pela Carta Constitucional.

CANOTILHO define:

Princípios jurídicos fundamentais: os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. (1991: p.177)

O art. 1º da CF vigente dispõe sobre os princípios fundamentais da República brasileira:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

(...)

Assim os princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana sustentam a ordem constitucional e são vetores gerais que imprimem no sistema um compromisso com o respeito aos direitos inerentes à pessoa humana em todas as suas dimensões.

Os princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana, por conseguinte, demandam a persecução de objetivos preceituados no art. 3º da CF:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Em harmonia com tais princípios, a nossa Magna Carta definiu um programa de metas que impõem ao Estado brasileiro o dever de implementar políticas públicas, tendentes a efetivar tais objetivos.

É neste contexto principiológico que se pode inferir uma definição normativa da política de assistência social, podendo-se concebê-la como conjunto de ações e serviços sociais destinados constitucionalmente a assegurar o mínimo existencial indispensável ao desenvolvimento da personalidade humana e de sua dignidade.

Dada a essência da definição imanente ao arcabouço constitucional, poder-se-ia, em outros termos, sintetizar a política de assistência social como direito humano à segurança e proteção social .

As políticas de assistência social se destinam constitucionalmente a promover a construção de uma sociedade livre, justa e solidária que passa necessariamente pela erradicação a pobreza e a marginalização, pela redução desigualdades sociais e pela promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação.

Por isso, em sintonia com os princípios fundamentais, a CF também estabelece como objetivo da ordem social o bem-estar e a justiça sociais (CF, art. 193) e, especificamente, quanto à assistência social, dispõe a norma constitucional no art. 203 que:

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 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.

3. A fundamentalidade da política de assistência social no panorama constitucional

Neste quadro normativo, as políticas vinculadas à seguridade social são primordiais para a realização dos objetivos fundamentais referidos, sendo evidenciada a fundamentalidade das políticas de assistência social na realização de ações garantidoras da dignidade da pessoa humana e promotoras da humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos Do Estado brasileiro de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados. Expressamente no art. 4º, II da Carta Constitucional:

Art. 4º - A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
(...)
II - prevalência dos direitos humanos;

A qualificação da política de assistência como direito humano fundamental decorre do reconhecimento em diversos normativos internacionais especialmente pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 que assegura:

Artigo XXII

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Neste sentido, assevera também a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986 de que o Estado brasileiro é signatário, obrigando-se a observar:

Artigo 2

1. A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento.
2. Todos os seres humanos têm responsabilidade pelo desenvolvimento, individual e coletivamente, levando-se em conta a necessidade de pleno respeito aos seus direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como seus deveres para com a comunidade, que sozinhos podem assegurar a realização livre e completa do ser humano, e deveriam por isso promover e proteger uma ordem política, social e econômica apropriada para o desenvolvimento.
3. Os Estados têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem o constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes.

Os traços normativos destacados demonstram a densidade normativa do direito à assistência social que se justifica na medida em que a vida societária é constituída por duas dimensões vinculadas vitalmente: uma individual e outra coletiva.

Toda sociedade é responsável pela proteção social de seus membros (dimensão coletiva). Assim como cada indivíduo possui deveres para com a coletividade. Tais dimensões são reciprocamente funcionais, sendo indubitavelmente todos responsáveis pelo segurança social e por isso a Magna Carta declara como objetivo a construção de sociedade solidária e justa (CF arts. 3º , I e 193).

4. A política de assistência social sob as lâminas neoliberais

A reestruturação do capitalismo foi viabilizada pela Revolução Tecnológica na medida em que a cibernética, a informática e a automação potencializaram o desenvolvimento

capitalista. Essas transformações conduziram a uma maior instabilidade econômica, a um aumento das inseguranças no mundo do trabalho (MATTOSE, 1995) e à financeirização com dependência crescente de fluxos internacionais de capitais (DUPPAS, 1999).

A flexibilização do uso do capital e do trabalho pela organização em rede entre as empresas por diversas modalidades de contratação e subcontratação. Pode-se mesmo apreender certa funcionalidade da flexibilização emergente deste novo modelo tecnológico e produtivo engendrada numa construção política observada por Castells:

Assim, a economia global foi constituída politicamente. A reestruturação das empresas, e as novas tecnologias de informação, embora fossem a fonte das tendências globalizadoras, não teriam evoluído, por si só, rumo a uma economia global em rede sem as políticas de desregulamentação, privatização e liberalização do comércio e dos investimentos. (CASTELLS, 2002, p. 188)

A reestruturação produtiva se sustentou em discurso e as políticas públicas e organizacionais ideologicamente na desregulamentação do mercado de trabalho e na redução dos custos do trabalho.

Essas políticas foram decididas e implantadas pelos governos ao redor do mundo, e por instituições econômicas internacionais. É necessário ter uma perspectiva da economia política para entender o triunfo do mercados sobre os governos: Os próprios governos clamaram por uma vitória, numa tendência suicida histórica. Fizeram isso para preservar/aprimorar os interesses de seus estados, dentro do contexto do surgimento de uma nova economia, e no ambiente ideológico que resultou do colapso do estatismo, da crise do previdencialismo e das contradições do estado desenvolvimentista. (CASTELLS, 2002, p. 188)

E mais, como destaca Castells:

Assim as reformas objetivavam: aprofundar a lógica capitalista de busca de lucro nas relações capital/trabalho; aumentar a produtividade do trabalho e do capital, globalizar a produção, circulação e mercados, aproveitando a oportunidade das condições mais vantajosas para a realização de lucros em todos os lugares; e direcionar o apoio estatal para ganhos de produtividade e competitividade das economias nacionais, frequentemente em detrimento da proteção social e das normas de interesse público (CASTELLS, 1999, p. 55).

Ressalte-se outra observação fundamental de Castells:

A produtividade e a competitividade constituem os principais processos da economia informacional/global. A produtividade origina-se essencialmente da inovação, e a competitividade, da flexibilidade. Portanto, empresas, regiões, países, unidades econômicas de todas as espécies preparam suas relações de produção para maximizar a inovação e a flexibilidade. A tecnologia da informação e a capacidade cultural de utilizá-la são fundamentais no desempenho da nova função da produção, além disso, um novo tipo de organização e administração, com vistas à adaptabilidade e coordenação simultâneas, torna-se a base do sistema operacional mais efetivo, exemplificando pelo que rotulei de a empresa em rede. (1999, p. 418)

As inseguranças do mundo do trabalho (desemprego crescente, heterogeneidade e precarização do mercado de trabalho, desigualdade e exclusão social) são obstáculos ao

crescimento sustentável. Emerge assim entrave fundamental à construção de um modelo de desenvolvimento capaz de responder às necessidades do mercado nacional e internacional e às desigualdades econômicas e sociais.

Observa BEHRING :

Do ponto de vista do capitalismo contemporâneo, a configuração de padrões universalistas e redistributivos de proteção social vê-se fortemente tensionada: pelas estratégias de extração de superlucros, com flexibilização das relações de trabalho onde se incluem as tendências de contratação de dos encargos sociais e previdenciários. , vistos como custos ou gastos dispendiosos: pela supercapitalização – com privatização explícita ou induzida de setores de utilidade pública, onde incluem-se saúde, educação e previdência; e , especialmente, pelo desprezo burguês para com o pacto social dos anos de crescimento agora no contexto de estagnação, configurando um ambiente ideológico individualista, consumista e hedonista ao extremo. Tudo isso num contexto no qual as forças de resistência encontravam-se fragmentadas, particularmente o movimento operário. (2008: p. 248)

A pacto constitucional de 1988 significou avanço inegável consubstanciado na proeminência de capítulo normativo dedicado à ordem social com bases estruturantes de um Estado de Bem Estar Social. Entretanto a partir de 1990, tem-se sucedido reformas do estado e de redirecionamento das conquistas de 1988, especialmente, comandada por um programa neoliberal.

Os anos 90 podem são marcados pelo discurso midiático, político e intelectual de plena defesa da reforma do Estado que fora apontado como a causa das crises econômicas e sociais. Ao mesmo tempo em que ideologicamente a Lei Maior é tachada como causa do atraso no desenvolvimento do país.

Processaram-se paralelamente sucessivas emendas constitucionais. A reforma avança sob a regência das classes dominantes que conduz uma modernização conservadora revelando visceralmente antidemocrático, pragmático e imediatista (BEHRING: 2008).

Tais reformas tiveram impacto pífio em termos de aumento da capacidade de implementar políticas públicas na medida em que, pautando-se essencialmente no desprezo ao programa constitucional desenhado para a Seguridade Social.

Soares (apud BEHRING p. 250) sintetiza: “ o país foi pego a meio caminho na sua tentativa tardia de montagem de um Estado de Bem Estar Social”. Tal processo foi atropelado pelo avanço do ataque neoliberal.

Nogueira (1994) observa:

O Consenso de Washington não tratou tampouco de questões sociais como educação, saúde, distribuição da renda, eliminação da pobreza. Não porque as veja como questões a serem objeto de ação numa segunda etapa. As reforma sociais, tal qual as políticas seriam vistas como decorrência natural da liberalização econômica. Isto é, deverão emergir exclusivamente do livre jogo das forças da oferta e da procura num mercado inteiramente auto-regulável, sem qualquer rigidez tanto no

que se refere a bens quanto ao trabalho. Um mercado, enfim, cuja plena instituição constituiria o objetivo único das reformas. Em resumo, uma proposta saudosista, tentada sem sucesso e com conseqüências negativas na Europa da década de 20, de retorno ao laissez-faire do final do século XIX e princípio do século atual, da ordem liberal comandada pelo "padrão ouro", que a I Guerra Mundial destruiria. (p. 11)

Salma e Valier observam que o conjunto de direitos duramente conquistados em 1988 foi posto sob a lógica do ajuste fiscal e mercado pela defasagem entre direito e realidade (apud BEHRING: 2008, p. 250).

Configura-se então um quadro de retrocesso social com aumento da pobreza e conseqüente demanda por benefícios e serviços sociais. Na expressão de Soares (2000), implanta-se um Estado de Mal Estar Social.

Nesse horizonte, a Magna Carta perdeu sua força hierárquica de regulação uma vez que diversas promessas constitucionais não foram efetivadas e outras tantas ignoradas, desconstituindo o pacto social de 1988.

Nesse cenário uma palavra chave da ideologia neoliberal é flexibilização da regulação de direitos sociais. A flexibilização é vista e apresentada como mecanismo indispensável para o desenvolvimento econômico.

4.1 Desprezo aos princípios da universalidade e da solidariedade: segmentação e focalização das políticas sociais.

A reforma ou contra-reforma neoliberal teve como características adaptação à lógica do capital e o desprezo ao padrão constitucional de bem estar social, especialmente pela afronta aos princípios da universalidade e da solidariedade.

As políticas sociais ganham realce nos entremeios das políticas de regulação econômica, ganhando franca função de facilitador da reprodução do capital. Instaura-se “uma racionalidade privatizante em detrimento de investimentos nas políticas públicas” (BEHRING, p. 252).

Segundo Vianna (Apud GENTIL, 2006), sumariza:

A opção pela expressão Seguridade Social, na Constituição brasileira de 1988, representou um movimento concertado com vistas à ampliação do conceito de proteção social, do seguro para a seguridade, sugerindo a subordinação da concepção previdenciária estrita, que permaneceu, a uma concepção mais abrangente. Resultou de intensos debates e negociações, e significou a concordância (relativa, na verdade) de diferentes grupos políticos com a definição adotada na OIT: seguridade indica um sistema de cobertura de contingências sociais destinado a todos os que se encontram em necessidade; não restringe benefícios nem a contribuintes nem a trabalhadores; e estende a noção de risco social, associando-a não apenas à perda ou redução da capacidade laborativa – por idade, doença,

invalidez, maternidade, acidente de trabalho – como, também, à insuficiência de renda, por exemplo” (VIANNA, 2003a, p.2)

Os diretrizes da reforma são marcadas pela restrição das políticas de seguridade social, cabendo observar que “esses mecanismos operativos da nova política social geram segmentação e seletividade crescentes entre os genericamente considerados "pobres", "os mais pobres entre os pobres", sedimentando um universo de "excluídos" da proteção social” (IVO, 2006).

Como consequência, há uma segmentação dos cidadãos gerando uma nova estratificação social,

(...), tendo em vista as possibilidades "da inclusão", com a seguinte configuração:

- os cidadãos protegidos ("privilegiados");
- os protegidos da assistência garantida pela LOAS;
- os atendidos por programas estruturantes, como a Reforma Agrária, mas dependentes de opções orçamentárias;
- OS parcial e temporariamente assistidos dos programas focalizados;
- uma ampla faixa de "excluídos da assistência, da proteção e do trabalho" que, de fato, forma a grande maioria da "população ajudável" -- os no man 's land, conforme designação de Lautier (1999) e os desafiliados de Castel (1995): os assalariados precários que perderam os direitos ao seguro; os não-assalariados (autônomos de serviços e comércio instável), incapazes de provar potencial produtivo; os qualificados inativos que não são dignos de integrar os focos assistenciais, pois não são muito pobres ou não são muito velhos; e os eventualmente suspeitos de simulação, os "falsos pobres". (IVO, 2006).

Esta segmentação aliada à concentração focalizada das políticas sociais entra em linha de choque com os princípios da universalidade e da solidariedade vigentes na ordem constitucional.

5. A questão do financiamento das políticas sociais

As inúmeras reformas constitucionais foram justificadas pela necessidade de impedir o colapso falimentar do Sistema de Seguridade.

A questão orçamentária passa a justificar a focalização dos investimentos com exclusão de grupos sociais.

Foram criados inúmeros mecanismos de ajustes fiscais com graves efeitos restritivos no campo social em confronto direto com os princípios da universalidade e da solidariedade.

Como destaca MARTINEZ (2005: p. 37), no arcabouço constitucional tem cunho estruturante e implica que:

No momento da contribuição é a sociedade quem contribui. No instante da percepção da prestação, é o ser humano a usufruir. Embora no ato da contribuição seja possível individualizar o contribuinte, não é possível vincular cada uma das

contribuições a cada um dos percipientes, pois há um fundo anônimo de recursos e um número determinável de beneficiários. (2005: p. 37)

À revelia dos princípios constitucionais, passou-se a esvaziar as provisões orçamentárias destinadas às políticas sociais por realocação de recursos para outras esferas de políticas públicas seja pela apropriação e desvios indevidos de recursos financeiros da assistência social para outros fins seja pela pauperização mediante redução de recursos.

6. O duro golpe às políticas de assistência social: a fixação do limite máximo à aplicação de recursos orçamentários pelos Estados.

O art. 204 da Magna Carta, fixa as regras pertinentes ao orçamento da política de assistência social, estabelecendo:

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;

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

A este dispositivo normativo, foi acrescido, pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003, parágrafo único assim versa:

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: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

I - despesas com pessoal e encargos sociais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

II - serviço da dívida; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

O dispositivo transcrito de modo curioso e particular apenas para a área da assistência social fixou um teto ou limite máximo para vinculação de recursos destinados ao financiamento da assistência social.

Tal limitação é emblemática e encarna a opção neoliberal de pauperização das ações governamentais de apoio à inclusão e promoção da assistência social.

A norma tem um efeito devastador sobre as políticas de assistência social na medida em que se tem a descentralização político-administrativa como diretriz, impondo aos Estados a limitação orçamentária máxima.

Esta limitação está desarticulada do arcabouço normativo, sendo maculado pela inconstitucionalidade como se analisará a seguir.

7. A inconstitucionalidade da emenda constitucional nº 42/2003: a limitação máxima de recursos destinados às políticas de assistência social e os princípios fundamentais da Constituição brasileira

Considerando a cidadania e a dignidade da pessoa humana são princípios fundamentais (CF, art. 1º) é manifesta a conexão com os objetivos fundamentais (CF, art. 3º) em especial a construção de uma sociedade livre, justa e solidária que passa necessariamente pela erradicação a pobreza e a marginalização, pela redução desigualdades sociais e pela promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação.

Como já posto em relevo anteriormente, as políticas de assistência social são instrumento inegável para a efetivação destes objetivos constitucionais que, frise-se, a Constituição qualificou como fundamentais, conferindo-lhes *status* de sobre-princípios que se espraiam por toda Carta Política como estrutura base do ordenamento constitucional

Relevante destacar que por isso é o bem-estar e a justiça sociais são objetivos da ordem social (CF, art. 193) que possuem como programa finalístico realizar os objetivos gerais postos no art. 3º da CF.

A essencialidade da política de assistência social para a realização dos princípios e objetivos fundamentais fixados pela nossa Constituição Federal obstaculariza a exceção de impossibilidade orçamentária ou da denominada cláusula de reserva do possível.

Em recente julgamento do agravo regimental n. 639.337 o Min. Celso de Mello destacou a essencialidade dos direitos sociais, destacando o direito à assistência social como imune insuperavelmente à alegação de dificuldades financeiras do Poder Público.

A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. (...) A noção de ‘mínimo existencial’, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à

alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). (STF/ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-8-2011, Segunda Turma, DJE de 15-9-2011)

Ao julgar a ADPF n. 45/DF, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão assim ementada (Informativo/STF nº 345/2004):

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A Questão da legitimidade constitucional do controle e da Intervenção do poder judiciário em tema de implementação de Políticas públicas, quando configurada hipótese de Abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição Constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos Direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo Da liberdade de conformação do legislador. Considerações em Torno da cláusula da ‘reserva do possível’. Necessidade de Preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da Intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo Existencial’. Viabilidade instrumental da arguição de Descumprimento no processo de concretização das liberdades Positivas (direitos constitucionais de segunda geração).
(Rel. Min. CELSO DE MELLO),

Dentre as políticas sociais, é a política assistência que visa assegurar o mínimo existencial mais diretamente ligado à existência humana minimamente aceitável e por isso não pode sujeitar-se a limites máximos de orçamento ou alegação de impossibilidade orçamentária.

Os precedentes judiciais citados realçam a força vinculante dos princípios e objetivos fundamentais esculpidos nos arts. 1º e 3º da CF/1988, revelando a patente inconstitucionalidade.

8. Principais medidas jurídicas para efetivação de políticas de assistência social em face da Emenda Constitucional n. 42/2003

8.1 Ação declaratória de inconstitucionalidade (ADI)

Caracterizada a inconstitucionalidade da alteração promovida pela Emenda n. 42, cabível é p ajuizamento de ação diretamente no STF em face do disposto no parágrafo único do art. 204 da CF.

A ação declaratória de inconstitucionalidade é o meio apto a invalidar a imposição de limite máximo para orçamentos da política de assistência.

A possibilidade funda-se na disposição do art. 102, I, “a” que estabelece:

Art. 102 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

Conforme previsto no inciso IX do art. 103 da CF, quaisquer legitimados pode ajuizar ADI perante o STF. Vejamos:

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.

Dada as peculiaridades dos conselhos profissionais, STF não tem admitido a legitimidade dos Conselhos Federais para propor ação declaratória de inconstitucionalidade. Entretanto através do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ou de partidos políticos, é possível mobilização política do Conselho Federal de Serviço Social para ajuizamento de ADI para afastar do cenário constitucional a disposição do parágrafo único do art. 204.

8.2 Ação civil publica para implementação da política de assistência: legitimidade dos Conselhos Federal e Regionais de Serviço Social e do Ministério Público

A ação civil pública é o meio processual garantido pela Constituição Federal para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos cuja definição normativa pode ser sintetizada com interesses socialmente relevantes.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – CDC) define os interesses tuteláveis coletivamente. Tal norma é aplicável à ação civil pública, conforme a jurisprudência amplamente consolidada.

O CDC em seu art. 81 conceitua:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

O direito a política a assistência social é inequivocamente um interesse de cunho transindividual, podendo ser objeto de ação civil pública está regulada pela lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública – LACP), para reprimir ou prevenir danos aos interesses da coletividade de modo célere e efetivo. Neste sentido, dispõe o art. 1º, IV da referida lei.

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

(...)

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Mesmo com diante de alegação de limitação orçamentária, o desrespeito às normas de política de assistência social que afetem ou possam vir a prejudicar os cidadãos que fizerem jus à assistência social com risco à sobrevivência e ao mínimo existencial inerente à dignidade humana, os Conselhos Federal e Estaduais de Serviço Social e entidades sindicais ou associativas poderão ajuizar a da ação civil pública para efetivar o direito à assistência social.

A LACP estabelece que:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar

(...)

V - a associação que, concomitantemente:

- a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
- b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Atendidos os requisitos legais, a ação civil pública pode ser um instrumento efetivo de resgate da assistência social como direito humano fundamental e constitucionalmente infestável.

9. Considerações finais:

Um dos mais graves ataques à política de assistência social foi a alteração da Constituição para incluir o parágrafo único do art. 204, fixando limite Máximo de aplicação orçamentária.

Como visto, a alteração confronta-se com o perfil constitucional da política de assistência que possui centralidade normativa uma vez que mais umbilicalmente destina-se a assegurar a dignidade humana pela garantia do mínimo existencial.

A inconstitucionalidade da emenda constitucional n. 42/2003 é manifesta, conforme elementos jurídicos destacados no presente estudo, sendo cabível a ajuizamento de ação declaratória de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal para invalidar a emenda referida.

Como meio de efetivação do direito a assistência social, a ação civil pública tem aptidão jurídico-processual para eficazmente reverter e impedir a precarização e o esvaziamento dos programas de assistência de modo a obrigar os poderes públicos implementarem ações para corrigir as desigualdades sociais e erradicar a pobreza.

No campo da saúde, muitas ações civis públicas já foram ajuizadas pelo Ministério Público, obtendo êxito na maior parte dos processos. Porém não se tem precedentes judiciais na esfera da garantia do direito à assistência social em igual intensidade.

Em diversas decisões judiciais, o direito assistência tem sido invocado como fundamento subsidiário. A condição de carência social dos cidadãos é posto como reforço ao requerimento de proteção do direito à saúde e a benefícios previdenciários.

Este aspecto parece indicar que a ciência jurídica ainda não se debruçou sobre a centralidade jurídico-constitucional da assistência social. O estudo revela que a questão é fundamental à estrutura político-constitucional do estado brasileiro, sendo premente perquirir e efetivar meios para dar realizar os desígnios da nossa Lei Maior.

REFERÊNCIAS

- ANFIP. **Análise da Seguridade Social em 2006**. Brasília: ANFIP, 2007.
- ARNAUD, André-Jean ,et al. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito**; tradução de Patrice Charles, F. X. Willlaune.1ª ed. brasileira, Rio de Janeiro: Ed. Renovar,1999.
- ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. Trad. Sérgio Bath. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. **Política e Constituição: os caminhos da democracia**. 1ª ed. , Rio de Janeiro: Ed.Forense, 1985.
- BERCOVICI, Gilberto . **A problemática da constituição dirigente algumas considerações sobre o caso brasileiro**. In Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 36 n. 142 abr./jun. 1999, p. 35-52.
- BEHRING, Elaine Rossetti. **Brasil em contra-reforma: desestruturação do Estado e perdas de direitos**. 2ed. – São Paulo: Cortez, 2008. p. 248-280.
- BOSCHETTI, Ivanete. **A política de Seguridade no Brasil**. In: Serviço Social: direitos sociais e competências profissionais – Brasília: CFESS / ABEPSS, 2009, p. 323-338.
- BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas** - Tradução por Sérgio Miceli *et al.* 5ª ed. São Paulo: 2001.
- BOURDIEU, P. **O neoliberalismo, utopia (em vias de realização) de uma exploração sem limites. Contrafogos**. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editores: 135 - 149.
- _____. **A precariedade está em toda parte. Contrafogos**. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editores: 119-127.
- _____. **A economia das trocas simbólicas**. São Paulo: Perspectiva, 1992.
- _____. **Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- _____. **A miséria do mundo**. Petrópolis: Vozes, 1997.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. e VILLELA, José Corrêa (org.) **Previdência Privada – Doutrina e Comentários à Lei Complementar n. 109/01**. São Paulo: Ltr, 2005.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.
- CASTELLS, Manuel. **A Era da informação: Economia, Sociedade e Cultura**. 3 vols. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTEL, Robert. (2010). **Las desregulaciones Del trabajo** in **El ascenso de las incertidumbres: trabajo, protecciones, estatuto del individuo**. Buenos Aires, Fondo de Cultura Economica, 59 -142.

DELGADO, Maurício Godinho; **Curso de Direito do Trabalho** – São Paulo: LTr, 2007.

DUPAS, Gilberto. **Economia global e exclusão social: pobreza, emprego, Estado e o futuro do capitalismo**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

FILGUEIRAS, L. (1997). **A desestruturação do mundo do trabalho e o "mal estar" desse fim de século**. Cadernos do CEAS(171): 9 - 29.

GIDDENS, Anthony. **Em defesa da sociologia – Ensaios, Interpretações e Trélicas**. São Paulo, editora UNEPS, 2001.

GENTIL, Denise Lobato. **A Política Fiscal e a Falsa Crise da Seguridade Social Brasileira – Análise financeira do período 1990–2005**. 2006. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa . **Políticas dos Direitos Fundamentais Sociais na Constituição Federal de 1988. reeleitura de uma constituição dirigente**. São Luis, Tese(doutorado), Universidade Federal do Maranhão,, 2005.

GORZ, André. **Adeus ao proletariado. Para além do socialismo**. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária. 1982.

GRANEMANN, Sara. PAC: afirmação do parasitismo do capital sobre o trabalho. Revista Pol. Públ., v.11, n1, p.35-56, jan/jun, 2007.

IPEA. **Políticas sociais – acompanhamento e análise**. IPEA, 14, fev., 2007. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/default.jsp>. Acesso em: 14 set 2011.

IVO, Anete B. L. **The redefinition of the social issue and the rethoric on poverty during the 90”**. In: Alberto; Dean, Hartley; Siqueira, Jorge (Edts.). **The Poverty of the State: reconsidering the role of the State in the struggle against global poverty**. Buenos Aires: CLACSO/CROP, 2005, p. 65-90.

. _____. **A Reconversão da Questão Social e a Retórica da Pobreza nos anos 1990**. In: Cimadamore, Alberto; Dean, Hartley; Siqueira, Jorge (Org.) **A Pobreza do Estado. Reconsiderando o papel do Estado na luta contra a pobreza global**. Buenos Aires: CLACSO/CROP, 2006, p. 61-86

MOTA, Ana Elizabete. **A centralidade da Assistência Social na Seguridade Social brasileira nos anos 2000**. In: MOTA, Ana Elizabete (org.). **O Mito da Assistência Social: ensaios sobre Estado, política e sociedade**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 133- 146.

- MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. São Paulo: LTr. 2005.
- MATTOSO, J. **A desordem do trabalho**. São Paulo: Scritta, 1995.
- MAZZILI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MILARÉ, Edis. **Ação Civil Pública**. São Paulo: RT, 2001
- NEVES, Marcelo. **A constituição simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- OFFE, Claus. **Problemas estruturais do estado capitalista**. Rio de Janeiro, Difel, 1984.
- _____. **Capitalismo desorganizado**. São Paulo: Brasiliense 1985. 322p.
- POCHMANN, Márcio. **O Trabalho sob fogo Cruzado: Exclusão, desemprego e precarização no final do século**. São Paulo: Contexto, 2000.
- _____. **Desenvolvimento, trabalho e renda no Brasil**. São Paulo, Editora Perseu Abramo. Disponível em: <http://www.fpabramo.org.br>. Acesso em 30 jun 2011.
- POLANYI, Karl. **A Grande Transformação: As origens da nossa época**. Trad. Fanny Wrobel. Rio de Janeiro, Ed. Campus, 1980.
- SOARES, Laura Tavares. **Questões pendentes na configuração de uma Política Social: uma síntese**. [09 dez 2004]. Disponível em: www.outrobrasil.net. Acesso em: mar. 2009.
- SENADO FEDERAL. Brasil, 2011. Disponível em : <<http://www.senado.gov.br/>>. Acesso em 20 de AGO 2011.
- _____. **Comissão de Assuntos Sociais - Relatório da Relatório do Senador Eduardo Braga, com voto pela aprovação do Projeto de Lei do Senado nº 253, de 2005, na forma do Substitutivo que apresenta; e pela rejeição do PLS nº 67, de 2007 e do PLS nº 132, de 2010, que tramitam em conjunto**. Disponível em : <<http://www.senado.gov.br/>>. Acesso em 05 de SET 2011.
- TOURAINÉ, Alain. **Crítica da Modernidade**: tradução de Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1994.