

A POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DO REQUISITO ECONÔMICO NO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL

THE POSSIBILITY OF REQUIREMENT IN ECONOMIC BENEFITS ASSISTANCE

Mirian Karla Kmita

Viviane Coêlho de Séllos Knoerr

RESUMO

Trata do benefício assistencial de prestação continuada aos portadores de deficiência e aos idosos, previsto na Constituição como forma de assegurar-lhes as condições básicas de sobrevivência. Questiona a relativização do requisito de miserabilidade estabelecido em lei para a concessão do benefício, pois a exigência nega a materialização dos direitos fundamentais e sociais, protegidos constitucionalmente, à grande parcela da população que se encontra logo acima do limite exigido. Afirma que a necessidade de amparo aos portadores de deficiência e aos idosos reflete a essência do preceito constitucional que instituiu o auxílio, não sendo permitido a qualquer norma inferior e, muito menos, aos aplicadores do Direito impedirem sua concretização.

ABSTRACT

It treats about the assistencial benefit of continued installment for the deficiency and old ones, predicted in the Constirution as the form of securing them the basic conditions of survival. It questions the relativization of the misery requisite established in law for the concession of the benefit, since the demand denies the materialization of the basic and social rights, constitutionally protected, to the great piece to the population that is soon above the demanded limit. Is affirms that the necessary os support to the bearers os deficiency and to the old ones reflects the essence of the constitutional precept that set the help up, not being allowed to any lower standard and, much less, to the applicators of Law they obstructing his realization.

Palavras-chave:

Benefício assistencial, Concreção constitucional, Direitos Fundamentais, Direitos Sociais, Sustentabilidade

Keywords:

Assistance benefit, Concretion Constitution, Fundamental Rights, Social Rights, Sustainability

1 INTRODUÇÃO

Partindo-se da premissa de que a Constituição, Lei Maior de um Estado, garante em seu texto uma vida digna a seus cidadãos, torna-se necessário analisar o critério da miserabilidade previsto na norma que passou a regulamentar o benefício assistencial aos portadores de deficiência e aos idosos.

A Constituição Federal de 1988 firmou uma série de garantias de proteção aos direitos sociais, implicando, assim, maior amparo aos direitos individuais dos cidadãos. O princípio basilar é o da dignidade da pessoa humana, em que o ser humano possui um importante aspecto social dentro do ordenamento jurídico. Nesse contexto, cabe ao Estado zelar pela efetividade dos direitos sociais, para que não sofram devido à falta de eficácia jurídica das normas.

O problema da eficácia dos direitos sociais tem-se verificado, de forma expressiva, na concessão do benefício assistencial previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal de 1988, que passou a ser regulado pelo artigo 20 da Lei n.º 8.742/1993 – Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS). O benefício assistencial de prestação continuada é previsto como garantia à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 65 anos ou mais, que comprovarem não possuir meios de prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família. Com exceção dos demais requisitos exigidos para a concessão de tal benefício, como a incapacidade para o trabalho e para a vida diária ou, ser idoso, e a proibição de cumulação com outro benefício, o requisito da miserabilidade tem suscitado grandes discussões.

O portador de deficiência ou o idoso deve comprovar que sua renda familiar *per capita* é inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, para ensejar o deferimento do benefício, conforme o artigo 20, parágrafo 3.º da Lei n.º 8.742/1993. Com isso, a referida lei passou a regular a concessão do benefício, e também a restringi-lo. A Constituição garante um salário mínimo àquelas pessoas, não limitando a sua concessão. A lei infraconstitucional limitou a concessão do benefício ao impor o requisito de miserabilidade, renda familiar igual ou inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo.

Não se pode aceitar que a norma infraconstitucional limite direitos e garantias constitucionais. Portanto, o requisito econômico deve ser relativizado na análise do caso concreto, pois, mesmo sendo um requisito objetivo, da norma infraconstitucional, deve-se possibilitar que a pessoa que necessita do benefício e possua renda familiar superior ao exigido, comprove, por outros meios, que a renda é insuficiente frente aos gastos com medicamentos, por exemplo, e que está vivendo em situação de miserabilidade. Caso isso não ocorra, a norma infraconstitucional e o aplicador do Direito estarão afrontando os preceitos constitucionais. O requisito objetivo da lei infraconstitucional não deve prevalecer sobre os princípios da Lei Maior.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

O sentimento de mútuo auxílio e proteção é imanente ao homem que, por sua própria natureza, é ser gregário. Esse é o ponto de partida para identificar as primeiras condutas, movimentos, mecanismos e desenvolvimento da proteção social, até atingir o estágio atual, como direito fundamental do indivíduo.

A visão histórica de determinado instituto traz luzes para a melhor compreensão das regras a ele atinentes, bem como constitui meio para, diante das diversas transformações sociais, econômicas e culturais, alcançar-se melhor grau de proteção, em face dos riscos ou contingências sociais.

2.1 EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO SOCIAL NO MUNDO

A assistência social é encontrada em todas as civilizações desde a mais remota Antigüidade:

- Egípcios – 5000 anos a.C. – respeitavam o próximo;
- Babilônicos – 3000 anos a.C. – dispensavam consolo aos aflitos e não separavam os casais de escravos. Acreditavam em um Deus superior, embora adorassem as forças da natureza;
- Hamurabi – 1300 anos a.C. – foi rei babilônico e deu a seu povo um código de leis com a finalidade de implantar justiça na Terra, destruir os maus e o mal, prevenir a opressão do fraco pelo forte, iluminar o mundo e propiciar o bem-estar do povo;
- Hindus – 600 anos a.C. – apareceu Buda, o fundador do Budismo, que ensinava por parábolas a tolerância, a igualdade e a bondade. O sistema de moral resumia-se na ciência, energia, pureza, paciência, caridade e esmola. Trezentos anos antes de Cristo é criado, na Índia, o primeiro hospital da história, onde eram atendidos pessoas e animais;
- Gregos – eram muito intelectuais, cultivavam as artes dando-lhes caráter religioso; respeitavam o trabalho e valorizavam a hospitalidade. A Grécia foi berço de cultura filosófica, onde viveram Sócrates, Platão e Aristóteles (455 - 322 a.C.). As idéias de fraternidade e assistência eram superficiais e obedeciam a interesses pessoais e políticos;
- Judeus – entre os povos antigos foram os primeiros a manifestar noções ainda confusas de generosidade. Eram mais bem instruídos sobre Deus e os homens; demonstravam preceitos sociais mais aperfeiçoados; tinham mais consideração pela mulher e a idéia de fraternidade era mais desenvolvida; cuidavam dos mais fracos, do pobre, das crianças e dos estrangeiros; pagavam o dízimo em favor do pobre; castigavam os que exploravam o semelhante, cobrando juros excessivos; recomendavam o amor ao próximo, mas não ao inimigo. (www.garanhusespirita.com.br).

A preocupação do homem com seu destino e bem-estar tem registro desde os primórdios, à época da pré-história, com medidas voltadas para a necessidade de sobrevivência ou melhoria das condições de vida dos indivíduos que compunham o grupo. Embora não se possa afirmar que tais medidas constituíssem propriamente técnica de proteção social diante de infortúnios, não se pode negar que foram condição e traço inicial para o seu desenvolvimento.

O Código de Hamurabi, o Código de Manu e a Bíblia Sagrada são os primeiros escritos que contemplam medidas de proteção a infortúnios. O Talmud, livro da doutrina e jurisprudência da lei mosaica, registra regras de proteção no caso de acidentes do trabalho.

A Bíblia contém diversas citações das leis que Deus transmitiu ao povo hebreu, por meio de Moisés, entre as quais o dever de proteção aos pobres, viúvas e órfãos, preceitos de indiscutível caráter social. Observa-se que a Bíblia, tanto no Velho quanto no Novo Testamento, registra inúmeras exortações à prática da justiça e da caridade, privilegiando condutas que conduzem à proteção dos menos favorecidos.

Na Antigüidade, as primeiras medidas de proteção adotadas com algum nível de organização tinham nítida inspiração mutualista, ou seja, baseados no socorro mútuo de pessoas que se associavam para a formação de um fundo comum para atender a eventuais contingências que o futuro poderia lhes reservar.

Marco da assistência social no mundo, a partir de quando o Estado assumiu a condição da organização e efetivação dos serviços em tal âmbito, a Lei de Amparo aos Pobres (*Poor Relief Act*), editada pela Inglaterra em 1601, impunha contribuição obrigatória para fins assistenciais.

A Revolução Industrial, iniciada no século XVIII, também foi importante fator que contribuiu para a evolução da proteção social. Como consequência, ocorreu grande migração de pessoas do campo para a cidade, com ampliação da pobreza nos centros urbanos e a sujeição do indivíduo a maiores riscos no trabalho, o que gerou acentuada pressão dos trabalhadores pela adoção de medidas que pudessem ampará-los nas situações de enfermidade, acidentes do trabalho e desemprego.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, expressão da ideologia política da Revolução Francesa, dispôs sobre o Dever de o Estado socorrer

aqueles que não têm meios de subsistência, fornecendo-lhes trabalho ou condições de sustento para os que não possam desempenhar atividade laborativa, o que constitui disposição referente à assistência social.

É com essa nova percepção de justiça social, aliada ao desenvolvimento da sociedade industrial, que desponta o pensamento de que todos (sociedade e Estado) devem ser solidariamente responsáveis para cobrir as contingências sociais, seja em virtude da ausência de trabalho, seja pela incapacidade laboral (MIRANDA, 2007).

2.2 EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO SOCIAL NO BRASIL

As primeiras manifestações de proteção social no Brasil tiveram por base o modelo de misericórdia, de tradição portuguesa. Assim, no ano de 1543, Brás Cubas criou a Santa Casa de Misericórdia de Santos, instituindo uma “caixa” ou “montepio” para os seus empregados, atuando a instituição na assistência hospitalar aos pobres.

Durante os períodos do Brasil Colônia e do Brasil Império, as atividades relativas à seguridade social tinham características assistenciais ou eram baseadas no sistema de mutualismo, quadro que não se modificou no período da República Velha, época em que foram criados vários montepios e caixas, com ações voltadas apenas para um universo limitado de trabalhadores.

A Constituição do Império de 1824, na esteira dos ideais assistenciais, dispôs acerca da garantia de socorros públicos no art. 179, inciso XXXI.

A Lei Eloy Chaves constituiu avanço na proteção social no país, um verdadeiro divisor de águas.

A Constituição Federal de 1934 trouxe diversas disposições acerca da proteção social, prevendo a assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante.

A expressão “seguro social” foi utilizada pela Constituição Federal de 1937, que previu a instituição de seguros de velhice, invalidez, de vida e para os casos de acidentes do trabalho.

A Legião Brasileira de Assistência (LBA), criada em 1942 (Decreto-Lei n.º 4.890/1942), teve por finalidade a assistência social, sendo extinta pela Lei n.º 9.649/1998.

A Lei 6.179/1974 instituiu o benefício de amparo previdenciário, que correspondia à metade do salário mínimo da época, que era devido aos maiores de 70 (setenta) anos ou inválidos, desde que não exercessem atividade remunerada nem auferissem rendimento superior ao próprio valor do benefício. Ainda não poderiam ser mantidos por pessoa de quem dependessem obrigatoriamente, e nem poderiam ter outro meio de prover o próprio sustento. Tudo se tivessem sido filiados por mínimo 12 (doze) meses, consecutivos ou não, ao INPS; ou tivessem exercido atividade remunerada, por no mínimo 05 (cinco) anos, consecutivos ou não, atualmente incluída no regime do INPS ou do Funrural – mesmo sem filiação à Previdência Social; ou após completar 60 (sessenta) anos de idade, tenham ingressado no regime do INPS, sem direito aos benefícios regulamentares.

Em 1977, foi criado o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (Sinpas), através da Lei n.º 6.439/1977, com a finalidade de integrar as atividades de assistência social, previdência social, assistência médica e administração financeira e patrimonial das várias entidades vinculadas ao Ministério da Previdência e Assistencial Social.

A Constituição Federal de 1988, assimilando as novas tendências de proteção social no mundo, utilizou a expressão “seguridade social” em seu texto, como sistema que integra os mecanismos de cobertura contra os riscos e contingências sociais nas áreas de previdência social, assistência social e saúde.

Em 1991, com a edição da Lei 8.213 os dispositivos pertinentes à assistência social na Lei 6.179/1974 foram incorporados aos arts. 63 a 70 daquela, passando a ser denominado de renda mensal vitalícia. O mesmo diploma previu, no art. 139, que essa permaneceria sendo paga até que o inc. V, do art. 203 da CF/88 fosse regulamentado (MIRANDA, 2007).

A Lei 8.742 de 07/12/1993 regulamentou de modo específico a assistência social, sendo denominada de Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS). Registrando-

se, por oportuno, que no ano de 1990 a Lei Orgânica de Assistência Social havia sido vetada no Congresso Nacional.

A edição do Decreto 1.744/95, que regulamentou a implantação do benefício de prestação continuada de que trata a Lei 8.742/93 – Lei Orgânica da Assistência Social - extinguiu a renda mensal vitalícia.

Assim, desde 01/01/1996, não há que se falar em renda mensal vitalícia. Outrossim, não se pode confundir o benefício da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) com a renda mensal vitalícia, pois esta pressupunha filiação ao regime previdenciário, ao passo que o benefício de prestação continuada é devido às pessoas portadoras de deficiência ou idosas, inclusive estrangeiros naturalizados e domiciliados no Brasil, independente de contribuição, filiação ou atividade laboral (ROCHA; SAVARIS, 2007).

Em 2007 com a edição do Decreto n.º 6.214, para regular especificamente o benefício da prestação continuada, restou revogado o Decreto 1.744/95.

3 PRINCÍPIOS DA SEGURIDADE SOCIAL

3.1 GENERALIDADES

Princípios jurídicos são proposições que informam um determinado sistema jurídico ou ramo do direito, fixando as linhas mestras que o conformarão.

Os princípios, como base e alicerce fundamental de determinado regramento jurídico, são essenciais para informar e circunscrever a atividade legiferante, bem como estabelecer balizas para a apropriada interpretação e aplicação do direito.

A seguridade social, como direito social que é, tem por objetivos promover e assegurar o bem-estar e justiça sociais, propiciando meios de subsistência ao desvalido e ao trabalhador atingido por determinadas contingências sociais.

A seguridade social é regida por princípios hauridos da Constituição Federal, alguns deles específicos, de aplicação exclusiva, outros de incidência geral, aplicados em diversos ramos do direito (MIRANDA, 2007).

3.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A nossa Lei Fundamental de 1988, baseando-se no constitucionalismo português e espanhol, consagrou um espaço especial à dignidade da pessoa humana, colocando-a entre os princípios fundamentais, no art. 1º, inc. III, Título I.

Segundo Jediael Galvão Miranda (2007, p.24):

O princípio da dignidade da pessoa humana é princípio fonte ou matriz, suporte moral dos direitos, constituindo fundamento constitucional de maior envergadura, cerne, apoio e diretriz de todos os princípios constitucionais, uma vez que, por ser inerente ao homem, tem origem em valor moral que antecede à organização social e tem como destinatário o próprio homem. A dignidade da pessoa humana, apesar do elevado grau de abstração do seu significado, repousa suas bases no sentimento de respeito aos direitos naturais e inalienáveis do homem, como a vida e a integridade física e psíquica, princípio estruturado sob os signos da igualdade, liberdade e solidariedade entre os homens.

Trata-se de um princípio extremamente importante, pois norteia todo o arcabouço constitucional e infra-constitucional, constituindo-se em um valor unificador dos Direitos e Garantias Fundamentais corporificados na Magna Carta, e legitimador dos direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Portanto os direitos e garantias fundamentais expressos no § 2º do art. 5º são apenas exemplificativos e não taxativos.

Não há uma delimitação precisa na definição do que seja a dignidade da pessoa humana, mas não há dúvidas de que a dignidade não é ficção e nem apenas lucubrações teóricas, visto que, é facilmente perceptível os momentos em que é agredida bastando para isso, entre outros motivos, a existência de preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminações. Portanto,

os direitos referentes às condições básicas de vida para o homem e sua família (moradia, alimentação, educação) os direitos de liberdade e igualdade, bem como, o direito de soberania popular (voto, possibilidade de disputar a cargos eletivos, plebiscito e referendo) correspondem diretamente às exigências mais elementares da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade humana constitui uma categoria axiológica aberta, sendo inadequado conceituá-lo de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades modernas contemporâneas. (SARLET, 1995, p.103).

José Afonso da Silva , tentando definir a intenção do Legislador Constituinte ao consagrar a dignidade da pessoa humana como valor fundamental na construção do ordenamento jurídico, atribuiu diversos significados à palavra dignidade empregando-a em diferentes contextos: dignidade social, dignidade espiritual, dignidade intelectual e dignidade moral. José Afonso sustentou que esses tipos de dignidade compõem o comportamento humano, mas que a dignidade prescrita na Constituição reporta-se a um atributo inerente ao ser humano, como um “ valor de todo o ser racional “ e em virtude disso é que uma pessoa não pode ser privada de seu direito fundamental -a vida- mesmo tendo violado os direitos dos outros.

Viviane Coêlho de Séllos Knoerr afirma:

Nestes termos, verificando o elo de ligação e interdependência entre a dignidade humana para com questões de caráter social fundamental, como a cidadania, a democracia, os valores éticos, o construtivismo, a sustentabilidade, a adoção de posturas afirmativas por parte do setor empresarial em parceria público-privado, objetivamos favorecer e proporcionar a concretização da Constituição Federal. (SÉLLOS, 2006, p. 06).

O princípio da dignidade da pessoa humana demonstra a sua importância no sentido de que compõe uma norma com função de legitimar a ordem estatal. As ações do Estado devem estar fundamentadas na incessante busca de viabilizar os direitos básicos dos cidadãos, preservando a dignidade existente ou criando mecanismos para o seu exercício.

3.2.1 Direito a Uma Existência Material Mínima

A consagração constitucional da dignidade da pessoa humana resulta na obrigação do Estado em garantir à pessoa humana um patamar mínimo de recursos, capaz de prover-lhe a subsistência. O direito à existência digna não é assegurado apenas pela não abstenção do Estado em afetar a esfera patrimonial das pessoas sob a sua autoridade. Passa também pelo cumprimento de prestações positivas. Não foi à toa que a nossa Lei Fundamental impôs, ao Estado e à sociedade, a realização de ações integradas para a implementação da seguridade social, destinada a assegurar a prestação dos direitos inerentes à saúde, à previdência e à assistência social.

Disso decorre que ao Estado cabe organizar e manter sistema previdenciário, com vistas a suprir os rendimentos do trabalhador por ocasião das contingências da vida gregária, englobando: a) cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; b) proteção à maternidade, especialmente à gestante; c) proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes do trabalhador de baixa renda; e) pensão por morte.

Da mesma forma, àqueles não filiados à previdência social, incumbe-se ao aparato estatal a prestação de assistência social quando necessitarem, consistindo nas seguintes prestações: a) proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; b) amparo às crianças e adolescentes carentes; c) promoção da integração ao mercado de trabalho; d) habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiências, com a sua integração à vida em comunidade; e) 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, tendo sua regulamentação advindo com a Lei 8.742/93 (FERREIRA, 2007).

Em tema de seguridade social, garantir o mínimo existencial (um dos núcleos do princípio da dignidade) significa proporcionar condições materiais mínimas (prestações e serviços) para assegurar subsistência digna e vida saudável ao indivíduo atingido por determinadas contingências sociais. (MIRANDA, 2007, p. 24).

A dignidade da pessoa humana está relacionada à idéia de que não é possível a redução do homem à condição de mero objeto do estado e de terceiros. Sua consagração como direito implica considerar o homem centro do universo jurídico, direito que deve ser entendido como integrante do núcleo essencial da Constituição, por traduzir uma questão fundamental do Estado social, a valorização do ser humano.

A dignidade da pessoa humana é, em outras palavras, a verdadeira força normativa do Estado social, e nesse sentido toda e qualquer ação do ente estatal deve ser ponderada, sob pena de retrocesso nas questões sociais.

A vedação de retrocesso social na ordem democrática, especialmente em matéria de direitos fundamentais sociais, pretende evitar que o legislador infraconstitucional venha a negar (no todo ou em parte essencial) a essência da norma constitucional, que buscou tutelar e concretizar um direito social resguardado em seu texto (FERREIRA, 2007).

O princípio da dignidade da pessoa humana impõe um dever de abstenção e de condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a pessoa humana. É imposição que recai sobre o Estado de o respeitar, o proteger e o promover as condições que viabilizem a vida com dignidade. Ingo Wolfgang Sarlet (1995, p.109-140) amplia-lhe a abrangência:

Para além desta vinculação (na dimensão positiva e negativa) do Estado, também a ordem comunitária e, portanto, todas as entidades privadas e os particulares encontram-se diretamente vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.(...) Que tal dimensão assume particular relevância em tempos de globalização econômica.

O princípio da dignidade da pessoa humana adquiriu contornos universalistas, desde que a Declaração Universal de Direitos do Homem o concebeu em seu preâmbulo. Em seqüência, o seu artigo 1º proclamou que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade.

A questão do mínimo existencial dentro de uma modalidade prestacional convive com a complexidade de definição de quais direitos e em que amplitude podem ser caracterizados como fundamentais dentre os direitos sociais estipulados na Constituição. Tanto a doutrina interna como externa esbarra no problema da

subjetividade do estabelecimento do padrão de referência ideal para consecução de condições mínimas indispensáveis para a manutenção digna da vida.

Ingo Wolfgang Sarlet (1995, p.322-323), em estudo sobre a eficácia dos direitos fundamentais, aponta para a necessidade de reconhecimento de certos direitos subjetivos a prestações ligados aos recursos materiais mínimos para a existência de qualquer indivíduo. A existência digna, segundo ele, estaria intimamente ligada à prestação de recursos materiais essenciais, devendo ser analisada a problemática do salário mínimo, da assistência social, da educação, do direito à previdência social e do direito à saúde.

Portanto, a dignidade da pessoa humana é valor fundamental que dá suporte à interpretação de normas e princípios da seguridade social, de molde a situar o homem como o fim de seus preceitos, e não como objeto ou instrumento.

3.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade é dos mais importantes do ordenamento jurídico, constituindo pedra angular do Estado de Direito. A noção genérica deste princípio é sintetizada em cláusula constitucional que dispõe acerca da submissão ou respeito à lei de qualquer comando jurídico que estabeleça obrigações ou deveres (art. 5.º, inciso II, da CF). Cumpre ressaltar que o princípio da legalidade é ínsito à idéia de Estado Democrático de Direito. "Expressa-se, assim, sucintamente, que nele rege, com indiscutido império, o princípio da legalidade em sua inteireza, isto é, no rigor de seus fundamentos e de todas as suas implicações" (MELLO, 1996, p. 42).

No Estado de Direito, o poder da autoridade e a liberdade do cidadão são regulados por normas constitucionais e por normas legais. Para que a ordem jurídica tenha estabilidade, exige-se o respeito às regras constitucionais e às regras legais. Não basta que a lei provenha do Poder Legislativo (federal, estadual, municipal, conforme a *matéria* tratada). Não basta que a lei seja produzida conforme o processo legislativo previsto na Constituição (federal ou estadual) ou na Lei Orgânica do Município,

conforme o assunto versado. É necessário ainda que a lei seja a expressão da vontade popular, manifestada através de mandatários legitimamente eleitos. Eis o traço distintivo da legalidade democrática.

O princípio da legalidade é a referência essencial do Estado de Direito. Princípio basilar do Estado Democrático de Direito, é da sua essência subordinar-se à Constituição. Sujeita-se, como todo o Estado de Direito, ao império da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça, na busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. A lei é o ato oficial de maior realce na vida política, ato de decisão política por excelência. Por isso, a atividade estatal fica sujeita à lei, como expressão da vontade geral, que se materializa num regime de divisão de poderes, em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular. É nesse sentido que se deve entender que o Poder Público não pode exigir qualquer ação nem impor qualquer abstenção, senão em virtude de lei. Essa, a regra do art. 5º, II, da Constituição, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (FERREIRA, 2007).

Tem especial aplicação o princípio da legalidade na esfera da seguridade social, considerando que a realização das respectivas atividades do sistema é de incumbência da Administração pública (direta e indireta), tendo suporte basilar a legalidade (art. 37 da CF). Em se tratando de direito público, somente é dado ao administrador agir dentro dos limites estabelecidos na lei, ou seja, só poderá fazer o que a lei permite. Não se concebe, por exemplo, que o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), autarquia que compõe a Administração pública indireta, exija o cumprimento de requisitos superiores àqueles estabelecidos em lei para a concessão de benefícios (MIRANDA, 2007).

3.4 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal é garantia constitucional (art. 5.º, inciso LIV, da CF) no processo judicial ou administrativo, que consagra o direito de que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem que se observem formas instrumentais

apropriadas, sobretudo que assegurem o exercício do contraditório e da ampla defesa, conferindo as mesmas oportunidades para discussão e comprovação dos fatos objeto do litígio.

Em sede de seguridade social, este princípio tem crucial importância, não se podendo admitir que o administrador cancele ou suspenda benefícios (previdenciários ou assistenciais) sem que instaure o devido processo legal, abrindo-se oportunidade para que o segurado ou beneficiário, após pleno conhecimento da questão deduzida na instância administrativa, formule resposta e produza provas. (MIRANDA, 2007, P. 27).

Esse princípio garante que o indivíduo só será privado de sua liberdade ou terá seus direitos restringidos mediante um processo legal, exercido pelo Poder Judiciário, por meio de um juiz natural, assegurados o contraditório e a ampla defesa. É a possibilidade efetiva das partes de terem acesso à justiça, deduzindo pretensões e defendendo-se do modo mais amplo possível.

Alexandre de Moraes (1999, p. 112), neste tópico, sob a visão constitucionalista comenta:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

Não restam dúvidas que o devido processo legal, aliado a garantia do acesso ao Poder Judiciário, prevista no art. 5º, XXXV, CF, caracteriza-se como um importantíssimo instrumento para o alcance da almejada Justiça, pois de nada valeria assegurar-se a provocação do órgão competente para a solução dos litígios, se não houvesse, de outro lado, regras a serem seguidas, como o contraditório, a ampla defesa, a produção de provas, a decisão fundamentada, etc. Assim manifesta-se José de Albuquerque Rocha (2002, p.53):

Não basta às partes terem direito de acesso ao Judiciário. Para que o socorro jurisdicional seja efetivo é preciso que o órgão jurisdicional observe um processo que assegure o respeito aos direitos fundamentais, o 'devido processo legal.

Neste mesmo sentido Humberto Theodoro Júnior (1991, p.55) menciona:

A garantia constitucional de direito ao processo (direito à tutela jurisdicional) só será efetiva na medida em que se assegurar o recurso ao devido processo legal, ou seja, aquele traçado previamente pelas leis processuais, sem discriminação de parte, e com garantia de defesa, instrução contraditória, duplo grau de jurisdição, publicidade dos atos, etc..

O devido processo legal é uma cláusula geral ou seja, uma idéia – que deve ser concretizada com a necessidade social. Genericamente o princípio do devido processo legal caracteriza-se pelo trinômio vida – liberdade – propriedade, ou seja, tutela àqueles bens da vida no seu sentido mais amplo e genérico. Tudo que se refira à tutela da vida, da propriedade e da liberdade está sob proteção deste princípio.

3.5 PRINCÍPIO DA IGUALDADE OU ISONOMIA

Prescreve o caput do art. 5.º da Constituição Federal de 1988: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, a segurança e a propriedade, [...]”.

Veja-se, portanto que o princípio da igualdade tem sede explícita no texto constitucional, sendo também mencionada inclusive no preâmbulo da Constituição. Destarte, é norma supraconstitucional, princípio, direito e garantia, para o qual todas as demais normas devem obediência.

No Direito, tal princípio assume um caráter de dupla aplicação, qual seja: uma teórica, com a finalidade de repulsar privilégios injustificados; e outra prática, ajudando na diminuição dos efeitos decorrentes das desigualdades evidenciadas diante do caso concreto. Assim, tal princípio constitucional se constitui na ponte entre o Direito e a realidade que lhe é subjacente.

A igualdade de todos os seres humanos, proclamada na Constituição Federal, deve ser encarada e compreendida, basicamente sob dois pontos de vista distintos, quais sejam: o da igualdade material e o da igualdade formal (FERREIRA, 2007).

3.5.1 Igualdade Material

O entendimento da igualdade material, deve ser o de tratamento equânime e uniformizado de todos os seres humano, bem como a sua equiparação no que diz respeito à possibilidades de concessão de oportunidades. Portanto, de acordo com o que se entende por igualdade material, as oportunidades, as chances devem ser oferecidas de forma igualitária para todos os cidadãos, na busca pela apropriação dos bens da cultura.

Tratar com igualdade pressupõe o oferecimento das mesmas oportunidades. É claro que o conceito de igualdade também está atrelado à noção de justiça, de maneira que tratar diferentes situações desiguais, na medida das suas desigualdades, equivale a dar tratamento equânime (MIRANDA, 2007).

A igualdade material se volta a diminuir as desigualdades sociais, traduzindo o aforismo *tratar os desiguais na medida da sua desigualdade*, a fim de oferecer proteção jurídica especial a parcelas da sociedade que costumam figurar em situação de desvantagem.

3.5.2 Igualdade Formal

O art. 5.º da Constituição Federal de 1988 prescreve “igualdade de todos perante a lei”. Esta é a igualdade formal, que mais imediatamente interessa ao jurista. Essa igualdade seria a pura identidade de direitos e deveres concedidos aos membros da coletividade através dos textos legais.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p.89) o princípio da igualdade

Encontra-se diretamente ancorado na dignidade da pessoa humana, não sendo por outro motivo que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos. Assim, constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da

isonomia de todos os seres humanos, que, portanto, não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivo de religião, sexo, enfim, toda e qualquer ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material.

Kelsen já lecionava de que (1974, p.203)

A igualdade dos indivíduos sujeitos a ordem pública, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devem ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas lei. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, são de espírito e doentes mentais, homens e mulheres.

A isonomia ou igualdade não é apenas um princípio de Estado de Direito, mas também um princípio de Estado Social. É o mais vasto dos princípios constitucionais, sendo impositivo em todos os recantos, constituindo-se num princípio jurídico informador de toda a ordem constitucional.

A igualdade é princípio endereçado tanto ao legislador quanto ao aplicador da norma, aos quais incumbe levar em conta que a lei, sua interpretação e aplicação não devem resultar em privilégios ou discriminações arbitrárias, mas sim produzir resultado que identifique tratamento equitativo.

Analisando a sociedade brasileira, Viviane Coêlho de Séllos Knoerr explicita:

Vivemos em uma sociedade na qual a maioria da população vive e cria seus filhos em condições precárias, dada a problemática da desigualdade na distribuição de renda, o que reduz as chances de ascensão individual. No entanto, pelo crescimento e desenvolvimento dos indivíduos é que se constrói um Estado forte, sendo imperativa a erradicação da pobreza, da marginalização e do analfabetismo total, funcional ou político. (SÊLLOS, Viviane, 2006, p. 03).

A igualdade formal teria por finalidade a busca pela equiparação dos cidadãos sob todos os aspectos, inclusive o jurídico, podendo-se afirmar: “Todos os homens, no que diz respeito ao gozo e fruição de direitos, assim à sujeição a deveres” (BASTOS, 2001, p. 225).

3.6 PRINCÍPIO DO DIREITO ADQUIRIDO

Deve-se dizer inicialmente que o direito adquirido é um princípio jurídico cujo escopo é o resguardo da tranqüilidade e da paz sociais, em face de novas normas jurídicas. É uma proteção à condição humana e ao bem-estar da sociedade.

Na doutrina nacional pode-se citar Celso Bastos (1989, p.193), para quem direito adquirido, em que pese a dificuldade desafiante de sua conceituação

consiste na faculdade de continuar a extraírem-se efeitos de um ato contrário aos previstos pela lei atualmente em vigor, ou, se preferirmos, continuar-se a gozar dos efeitos de uma lei pretérita mesmo depois de ter ela sido revogada. Portanto, o direito adquirido envolve sempre um dimensão prospectiva, vale dizer, voltada para o futuro. Se se trata de ato já praticado no passado, tendo aí produzido todos os seus efeitos, é ato na verdade consumado, que não coloca nenhum problema de direito adquirido.

Jediael Galvão Miranda (2007, p. 26) leciona

O princípio do direito adquirido é garantia constitucional individual (art. 5.º, inciso XXXVI, da CF), assecuratória da estabilidade dos direitos subjetivos. Embora ainda não possua conceito preciso, convencionou-se compreendê-lo como o direito já incorporado ao patrimônio de seu titular, exercitável de acordo com a legislação sob cuja égide foram implementados todos os requisitos, não lhe atingindo as modificações legais posteriores.

O direito, uma vez adquirido conforme as leis em vigor ao tempo da aquisição, não poderá ser prejudicado por qualquer lei posterior. O direito adquirido é um recurso de que se vale a Constituição para limitar a retroatividade da lei.

3.7 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

A assistência social é regida por princípios específicos, previstos no art. 4.º da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), que servem como vetores na formulação e execução de ações assistência social. São princípios assistenciais:

a) Supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica: Verifica-se que as ações sociais visando o tratamento prioritário das necessidades sociais devem sobrepor-se às exigências da ordem econômica previstas no art. 170 da Constituição Federal. A ordem econômica funda-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim o asseguramento a todos de uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

b) Universalização dos direitos sociais, a fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas: Este princípio visa assegurar aos cidadãos a recuperação e a eliminação das necessidades sociais, capacitando-o para sua reintegração à comunidade como, a habilitação e a reabilitação das pessoas portadores de deficiência.

c) Respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade: Este princípio consagra o compromisso do Estado Brasileiro de cumprir os direitos humanos, vedando ao Poder Público fazer exigências vexatórias aos cidadãos que se encontram em estado de necessidade social.

d) Igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais: Este princípio tem como finalidade, o resgate histórico da discriminação sofrida pela população rural. É um desdobramento do princípio da isonomia.

e) Divulgação ampla dos benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais, bem como dos recursos oferecidos pelo Poder Público e dos critérios para a sua concessão: Os benefícios assistenciais devem ser amplamente divulgados, bem como a forma de acesso à proteção assistencial (MIRANDA, 2007).

As políticas públicas de assistência social são organizadas em sistema descentralizado e participativo, desenvolvidas pelas entidades e organizações de assistência social e por um conjunto de instâncias deliberativas.

Incumbe a cada ente federativo fixar suas respectivas políticas de assistência social, observados os princípios e diretrizes estabelecidos na Lei Orgânica da Assistência social. A competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

Municípios na área de assistência social é discriminada nos arts. 12 a 15 da Lei Orgânica da Assistência Social.

Integram o quadro de instâncias deliberativas do sistema descentralizado e participativo de assistência social, de caráter permanente e composição paritária entre governo e sociedade civil, os seguintes órgãos:

- o Conselho Nacional de Assistência Social;
- os Conselhos Estaduais de Assistência Social;
- o Conselho de Assistência Social no Distrito Federal;
- os Conselhos Municipais de Assistência Social.

Atuam na assistência social não somente os entes estatais, mas também as entidades e organizações que, sem fins lucrativos, prestam atendimento e assessoramento, bem como trabalham na defesa e garantia de direitos daqueles que são protegidos pela legislação de assistência social (art. 3.º da LOAS). As entidades e organizações de tal espécie, que são de natureza privada, mas têm finalidade de pública, são denominadas de “terceiro setor”, como por exemplo, as organizações não-governamentais (ONG’s). O primeiro setor é o Estado, o segundo setor é o mercado.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cenário traçado no presente, em relação ao benefício assistencial da Constituição Federal, art. 203, V, reforça a exposição inicial de que o homem descobriu a vida em sociedade manifestando sua essência de ser social, de ser dependente do próximo. Repercutiu esta descoberta no processo de elaboração e aplicação das normas. (GALVÃO; SAVARIS, 2007).

Por razões adversas ao interesse social, a norma pode vir a agir contra o indivíduo, como se percebe pelo dito critério de miserabilidade e sua completa incompatibilidade com o acesso ao mínimo necessário previsto na Constituição Federal, art. 7º, IV. A Constituição, como norma reguladora de todo o ordenamento jurídico, ao consagrar em seu texto os direitos fundamentais, e, principalmente, os sociais, buscou

proteger a pessoa portadora de deficiência e o idoso de baixa renda, garantido-lhe o recebimento de um salário mínimo, no intuito de lhe assegurar, de forma concreta, o direito à igualdade e à dignidade, princípios norteadores do Estado de Direito.

Entretanto, a Lei Orgânica da Assistência Social reduziu expressivamente as camadas sociais que seriam beneficiadas pelo amparo constitucional, ao prever o limite da renda *per capita* familiar inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. A norma, que deveria visar a tutela da dignidade humana, acaba por dar vazão a interpretações diversas, conforme a base filosófica adotada: para os positivistas, seria critério único; para os principiológicos, trata-se de presunção a ser analisada juntamente com outros elementos pra averiguação da presença ou não, de condições dignas de sobrevivência.

Ao operador do Direito não é dado ignorar que a dignidade humana, como o mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar ao indivíduo, compreende não só a potencialidade de autodeterminação consciente e responsável da própria vida, mas, sobretudo, a garantia de condições sociais e econômicas que permitam o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Em virtude de inúmeras demandas levadas a juízo, o julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade viria finalizar os debates. Contudo, a decisão, ao ser julgada improcedente, confirmando a constitucionalidade do critério da miserabilidade tal como expresso na Lei Orgânica da Assistência Social, deu margem a grandes discussões. O controle de constitucionalidade abstrato, exercido nesse caso pelo Supremo Tribunal Federal, deu-se antes da vigência da lei que passou a regular o efeito vinculante das decisões proferidas em ADIns, razão por que os demais tribunais não eram obrigados a decidir da mesma forma que o Supremo Tribunal Federal. A força vinculativa de uma norma deixa de existir a partir do momento em que, por mudança do Estado de Direito ou de fato, a norma declarada compatível com a Constituição passar a ser com ela incompatível. Uma norma não pode apresentar-se contrária à Lei Maior do Estado, sob pena de inconstitucionalidade. Assim, toda e qualquer norma do ordenamento jurídico deve estar conforme o texto constitucional e de acordo com ele deve ser interpretada. Nesse sentido, mesmo havendo uma norma infraconstitucional e uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ordenando a aplicação do critério

de renda familiar *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, os Tribunais decidem pela interpretação da lei conforme o estabelecido na Constituição.

Acredita-se que no Estado Social, os ditos direitos de segunda geração não visam a tutela de indigentes, pelo contrário, quer-se trazer o homem para o seio social e isto representa o acesso à dignidade. Logo, as bases argumentativas fundadas exclusivamente no critério de $\frac{1}{4}$ invertem completamente a origem e objetivo do benefício, renegam a evolução social, mantêm a indigência por via transversa, já que alimentam justificativa de concessão do benefício para quem está abaixo da linha de miséria, ou seja, nem chega à qualidade de indigente (GALVÃO; MIRANDA, 2007).

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David (Coord.). **Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência**. São Paulo: RT, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CRUZ, Luiz Henrique Santos da. *A efetividade da tutela jurisdicional como Direito Fundamental de todo cidadão*. In KNOERR, Viviane Coêlho de Séllos; TAFURI, José Mário; BORGES, Alexandre Walmott; CAPORLÍNGUA, Vanessa; COSTA, Ilton Garcia da; GIBRAN, Sandro Mansur; HENRIQUES, Ruy Alves filho; MOURA, Luiza; SHIRAI, Masako; OPUSZKA, Paulo Ricardo; SOUZA, Nilson Araújo de (Orgs.). **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito Empresarial e Cidadania**, n. 1, ISSN: 85-87994-75X *Online*. Curitiba: UNICURITIBA, 2011.

FERREIRA, Lauro Cesar Mazetto. **Seguridade Social e Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Revista de Direito Público**. 1996.

MIRANDA, Jediael Galvão. **Direito Previdenciário, Infortunistica, Assistência Social e Saúde**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PORTELA JR, José Carlos. *A responsabilidade social da empresa e a erradicação do trabalho escravo*. In KNOERR, Viviane Coêlho de Séllos; TAFURI, José Mário; BORGES, Alexandre Walmott; CAPORLÍNGUA, Vanessa; COSTA, Ilton Garcia da; GIBRAN, Sandro Mansur; HENRIQUES, Ruy Alves filho; MOURA, Luiza; SHIRAI, Masako; OPUSZKA, Paulo Ricardo; SOUZA, Nilson Araújo de (Orgs.). **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito Empresarial e Cidadania**, n. 1, ISSN: 85-87994-75X *Online*. Curitiba: UNICURITIBA, 2011.

ROCHA, José Albuquerque da. **Teoria Geral do Processo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antonio. **Curso de Especialização em Direito Previdenciário: Benefícios da seguridade social**. Vol. 2. 1ª ed.(ano 2006), 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SÉLLOS, Viviane. **Da interpretação constitucional : regras adequadas à atualidade: (por uma nova hermenêutica)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Clássica, 2008.

SÉLLOS, Viviane. **O Problema da Dignidade Humana e os Projetos para Erradicação da Exploração do Trabalho Infantil**. In Anais do CONPEDI. (http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/trabalho_justica_viviane_gondim.pdf). Florianópolis: Boiteux, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1999.

SPOSATI, Aldaíza. **A Menina Loas**: Um processo de construção da assistência social. São Paulo: Cortez, 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Vol.1. 44.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.