

O BENEFÍCIO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO CRITÉRIO DE MISERABILIDADE SOB O ENFOQUE DO NEOCONSTITUCIONALISMO

THE BENEFIT OF SOCIAL ASSISTANCE TO DISABLE PEOPLE AND THE (IN)CONSTITUTIONALITY THE REQUIREMENT OF THE MISERABILITY UNDER THE FOCUS OF POST-POSITIVIST

Álvaro dos Santos Maciel

RESUMO

O critério de miserabilidade estabelecido pela Lei 8.742/93 (LOAS) deixa à margem várias pessoas com deficiência que também vivem em condições miseráveis. Para tanto, o objetivo desta pesquisa é discutir esta legislação que não converge com os Direitos Sociais e com a Ordem Social estabelecida pela Constituição Federal, e levantar hipóteses sobre o papel dos princípios do direito neoconstitucional no alcance de uma solução. Literatura específica, doutrinadores e teóricos do Direito, da Filosofia e da Ciência Política foram consultados. Uma seleção de textos jurídicos para exemplificar a produção discursiva bem como utilização de jurisprudências é apresentada. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal são apresentadas no sentido de reconhecer a constitucionalidade do critério que estabelece a miserabilidade, todavia, com ponderação à luz dos preceitos constitucionais. Para alcançar uma tentativa de solução das interpretações à luz dos princípios neoconstitucionais são apontadas como as mais adequadas. Por conseguinte, o Poder Judiciário deve constantemente estar aberto à principiologia, para que, com ponderação possa conceder o benefício mesmo quando a renda familiar da pessoa com deficiência seja um pouco mais elevada que o limite e assim, possa alcançar o verdadeiro sentido das normas constitucionais e ser guardião na construção de uma sociedade verdadeiramente justa.

Palavras-chave: Direitos Sociais; pessoa com deficiência; benefício assistencial; miserabilidade; art. 20 da Lei 8.742/93; neoconstitucionalismo.

ABSTRACT

The miserability's requirement established by Law 8.742/93 (LOAS) leaves the sidelines several disabled people who also live in miserable conditions. Therefore, the aim of this research is to discuss this legislation does not converge with the Social Rights and the Social Order established by the Constitution, and raise hypotheses on the function of law principles in reaching a solution. Researchers and theorists of Law, Philosophy and Political Science were consulted. A selection of legal texts to illustrate the discursive production and use of case law is presented. The jurisprudence of the STF and STJ presented to recognize the constitutionality of the criteria establishing the misery, however, with the light weight of the constitutional provisions. Attempt to reach a solution of the interpretations in the light of the principles postpositivist are cited as the most appropriate. Therefore, the Judiciary must constantly be influenced by the post-positivist hermeneutics aiming, so that, weighted to give the benefit even when the family income of the disabled person is a bit higher than the limit and thus can achieve the true meaning of constitutional norms guardian and be on building a truly just society, with weighting, achieve the true sense of the constitutional laws and be a leader on building a truly just society.

Key Words: social rights; disable people; assistance benefit; miserability; art. 20 of law 8.742/93; post-positivism.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal garante a todos os brasileiros uma vida digna positivando garantias de proteção aos direitos sociais, deflagrando, por conseguinte, normas que amparam os direitos individuais dos cidadãos.

Justifica-se o presente estudo, na medida em que advém uma problemática quando da análise da efetividade dos direitos sociais. Pois, não obstante tratem-se de direitos assegurados constitucionalmente, constata-se óbice nos critérios de concessão do benefício previsto no art. 203, V, CF regulamentado pelo art. 20 da Lei n. 8.742/93 – Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS).

O requisito de miserabilidade tem gerado celeuma doutrinária e jurisprudencial, eis que a Lei em epígrafe regulou que a pessoa com deficiência deve comprovar renda familiar *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. Logo, a referida Lei não só passou a regular sobre a concessão do benefício como também o restringiu.

Sabe-se que produzir uma crítica ainda se trata de um fator complexo haja vista a tarefa de definir o que é crítica e que postura um crítico deve manter em relação ao objeto a ser criticado.

Para Gil (2010, p. 37), um estudo elaborado encontra dificuldades na formulação de críticas científicas. Pois identificar o problema com eficiência é uma capacidade que revela a genialidade científica.

Sem pretensão de esgotar o estudo, porém com intenção de colaborar com o aprimoramento crítico doutrinário, se faz necessária a resolução do problema que pode ser assim explicitado:

De um lado há a Constituição Federal estabelecendo políticas sociais que visam resguardar a dignidade humana. De outro, há a Lei infraconstitucional que reduz o campo de abrangência do benefício. Daí, surgem as indagações: O critério de miserabilidade para concessão do LOAS afronta o texto e o espírito Constitucional? Qual é o papel dos intérpretes do Direito e da dogmática jurídica no contexto neoconstitucional?

Para investigar o tema proposto, como fenômeno social, o presente estudo faz uso do método de abordagem hipotético-dedutivo.

Os aspectos que este método tem em comum para com o método dedutivo reportam-se ao procedimento racional que transita do geral para o particular e, com o método indutivo, o procedimento experimental. A Popper (2007) é tributado o desenvolvimento desse modelo metodológico, especialmente em sua obra *A Lógica da Pesquisa Científica*.

Consoante Gil (2010, p. 13), nos círculos neopositivistas chega a ser considerado como o único método rigorosamente lógico.

Nesta temática, o ponto de partida principal, ou a hipótese, se revela na necessidade de manuseio principiológico no fundamento das decisões que circundam o tema em debate em detrimento à aplicação positiva da norma. A liberdade da investigação possibilitará ao investigador sustentá-las ou não ao final da pesquisa.

Os métodos de procedimento consistem em referências históricas e tipológicas, eis que é elaborado um estudo sobre os marcos de transição do Estado Absoluto para o Estado de Direito e o surgimento do Estado-social, instante em que os referenciais teóricos são Thomas Hobbes, Nicolau Maquiavel, John Locke, Montesquieu e Jean-Jacques Rousseau.

Ademais, são demonstrados alguns apontamentos acerca do benefício de assistência social elencado pela CF/88 à luz das Leis n. 12.435/11 e n. 12.470/11 no que tange a determinados avanços sociais, bem como são comparados fenômenos sociais complexos, ora em que se subsumem às regras, ora em que a técnica mais acertada é a ponderação.

O objetivo deste trabalho é demonstrar os pontos em que a legislação infraconstitucional restringe a Lei Maior, e levantar hipóteses sobre qual seria o papel dos princípios do Direito Neoconstitucional no alcance de uma provável solução que viabilize a máxima efetividade dos direitos fundamentais às pessoas com deficiência que carecem do benefício assistencial.

Instrumentalmente, a pesquisa se desenvolveu mediante consulta a literatura específica, a doutrinadores e a teóricos do Direito, da Filosofia e da Ciência Política. Ainda, houve a seleção de jurisprudências para exemplificar a produção discursiva.

1. Breve abordagem sobre os marcos de transição do Estado Absoluto para o Estado de Direito e o surgimento do Estado-social

Do século XV até o XVIII vigorava na maior parte dos países ocidentais o chamado “Estado Absoluto” em que o soberano, para manter-se no poder, socorria-se de vários artifícios sem respeito algum aos direitos de seus súditos.

Neste sentido, Maquiavel (2007, p. 137), em sua obra “O Príncipe”, de 1512, aconselhava que o soberano devia fazer o que fosse necessário para se manter no poder, seja pelo uso das leis, seja pelo uso da força, porquanto “o primeiro é próprio do homem, o segundo dos animais. Não sendo, porém, muitas vezes suficiente o primeiro, convém recorrer ao segundo. Por conseguinte, a um príncipe é importante saber comportar-se como homem e como animal”.

Ademais, apregoava que, se necessário, devia liderar a arte da guerra com todas as regras e estratégias que ela demanda.

[...] um príncipe não deve ter outro objetivo ou outro pensamento, nem cultivar outra arte, a não ser a da guerra, juntamente com as regras e a disciplina que ela requer. (*Ibid.*, p. 119) [...] num mundo cheio de perversos pretende seguir em tudo os princípios da bondade, caminha para a própria perdição. Daí se conclui que o príncipe desejoso de manter-se no poder tem de aprender os meios de não ser bom e a fazer uso ou não deles, conforme as necessidades. (*Ibid.*, p. 123, et seq.)

Por sua vez, Hobbes (2003, p. 78), em sua obra “O Leviatã”, de 1651, apregoava que o homem é um ser egoísta e perigoso, pois tem por “tendência geral (...) um perpétuo e irrequieto desejo de poder e mais poder, que cessa apenas com a morte.” Então, “enquanto cada homem detiver seu direito de fazer tudo quanto queira, a condição de guerra será constante para todos”. (*Ibid.* p. 72).

Assim, diante de tais reflexões entende-se pela necessidade de uma autoridade que detenha a força e poder (Estado personificado na figura do soberano – o Leviatã) capaz de organizar a sociedade para o alcance da paz, pois, do contrário, haveria uma constante disputa entre os homens.

O Leviatã, portanto, detinha a incumbência de legislar, contudo não se submetia às próprias leis e prestava contas apenas a Deus, único ser capaz de detê-lo.

Neste diapasão, as proposições destes pensadores são no sentido de que o Estado personificado no soberano tinha que ser forte e imbatível na busca de seus interesses em violação frontal aos direitos de qualquer indivíduo se fosse necessário.

Em sentido contrário, criticando o Estado Absolutista, John Locke (2003, p. 76), em sua obra “Segundo Tratado sobre o Governo”, de 1690, defendia que os indivíduos deveriam ser respeitados em sua individualidade, em sua vontade ou mesmo em sua propriedade:

Os homens são por sua natureza livres, iguais e independentes, e por isso ninguém pode ser expulso de sua propriedade e submetido ao poder político de outrem sem dar seu consentimento. O único modo legítimo pelo qual alguém abre mão de sua liberdade natural e assume os laços da sociedade civil consiste no acordo com outras pessoas para se juntar e unir-se em comunidade, para viverem com segurança, conforto e paz umas com as outras, com a garantia de gozar de suas posses, e de maior proteção contra quem não faça parte dela.

Destarte, até o soberano deveria se submeter às leis previamente aprovadas pela sociedade, desencadeando, portanto, a gênese da base teórica do Estado Democrático do Direito.

Todo o poder que o governo tem destina-se apenas ao bem da sociedade, e da mesma forma que não deve ser arbitrário ou caprichoso, também deve estar subordinada a qualquer poder legislativo que não aquele estabelecido pelo consentimento na comunidade, nem sob o domínio de qualquer vontade ou restrição de qualquer lei, a não ser aquele promulgado por tal legislativo conforme o crédito que lhe for confiado. (*Ibid.*, p. 102)

Pertence a Locke o esboço inicial do princípio da separação dos Poderes, já que, consoante suas ideologias, o poder de legislar e o poder de governar não deveriam pertencer à mesma pessoa. (*Ibid.*, p. 106)

Entretanto, a efetiva teoria da tripartição do Poder pertence a Montesquieu (1997, p. 200), pois na obra “Do Espírito da Leis”, de 1748, propõe um sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) – essencial para evitar o abuso do poder e, conseqüentemente, para proteger os indivíduos do arbítrio estatal.

Pelo exposto, os direitos fundamentais surgem como normas limitadoras do poder estatal justamente como reação ao Estado absolutista, representando o oposto do pensamento maquiavélico e hobbesiano, pois pressupõem um Estado juridicamente limitado e que tenha preocupações éticas ligadas ao bem comum. (MARMELSTEIN, 2008, p. 36)

Assim, com a extinção do Estado Absoluto surge o Estado Liberal e os ideários de igualdade e liberdade são incorporados na Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, e na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

As Declarações exprimiam a igualdade de direito entre todos. No entanto, a igualdade era meramente formal.

É o período histórico denominado pelos franceses de *Belle Époque* já que havia grande prosperidade para pequena parcela da sociedade que vivia às custas dos trabalhadores que mantinham os privilégios do poder.¹

¹Em um trecho de uma reportagem datada da época na revista inglesa *The Lion*, é revelada a realidade trabalhista em muitas fábricas: “Os meninos e as meninas – tinham todos cerca de 10 anos – eram chicoteados dia e noite,

A doutrina elege alguns marcos históricos que fizeram surgir o Estado Social de Direito: organização da classe operária visando melhores condições de trabalho; o Manifesto Comunista (1848) de Karl Marx que conclama trabalhadores de todo o mundo para que ocupem o poder; a incíclica *Rerum novarum* (1891) do Papa Leão XIII que apóia os direitos trabalhistas além da eclosão da Primeira Guerra Mundial. (MARMELSTEIN, 2008, p. 48)

Pimenta (1999, p. 134) narra que tais fatos proporcionaram significativas mudanças, tais qual a mudança do Estado Liberal para o Estado Social (*Welfare State*), ou seja, passou-se de um Estado absenteísta para um Estado que atuava como único protagonista da atividade econômica, sobrepondo-se à figura dos indivíduos e da coletividade.

Ao explicar sobre o Estado Social de Direito, Sarlet (2011) expõe sobre a intervenção estatal na vida social e econômica da sociedade como forma de concretizar a justiça ao estabelecer condições mínimas para a existência do ser humano.

[...] há um certo grau de intervenção estatal na atividade econômica, tendo por objetivo assegurar aos particulares um mínimo de igualdade material e liberdade real na vida em sociedade, bem como a garantia de condições materiais mínimas para uma existência digna. [...] o assim denominado 'Estado Social de Direito' constitui um Estado Social que se realiza mediante os procedimentos, a forma e os limites inerentes ao Estado de Direito, na medida em que, por outro lado, se trata de um Estado de Direito voltado à consecução da justiça social.

A história revela que não era satisfatório um Estado que se abstinha de interferir nos negócios privados, mas sim, era imprescindível um Poder que garantisse à população a efetividade de prestações positivas bem como a tutela dos indivíduos mais fracos economicamente.

Dessa forma, o constitucionalismo clássico, erigido com o escopo de garantir as liberdades individuais, deu lugar ao constitucionalismo social (Pimenta, 1999, p. 135), na figura de um Estado que passou a promover maior igualdade social e a assistir condições básicas para uma vida digna de seus cidadãos.

A Constituição do México, de 1917, e a Constituição Alemã de *Weimar*, de 1919, foram as primeiras a positivar os Direitos Sociais. No Brasil, as Constituições de 1934 e, de modo mais abrangente, a de 1946 previram direitos como a aposentadoria, educação,

não apenas pela menor falta, mas também para desestimular seu comportamento preguiçoso. [...] Em *Litton*, as crianças disputavam com os porcos a lavagem que era jogada na lama para os bichos comerem; eram chutadas, socadas e abusadas sexualmente; o patrão delas, [...], tinha o horrível hábito de beliscar as orelhas dos pequenos até que suas unhas se encontrassem através da carne. O capataz da fábrica era ainda pior. Pendura *Blincoe* [uma criança] pelos pulsos por cima de uma máquina até que seus joelhos se dobrassem e então colocava pesos sobre seus ombros. A criança e seus pequenos companheiros de trabalho viviam quase nus durante o gélido inverno e (aparentemente apenas por pura e gratuita brincadeira sádica) os dentes eram limitados!" (HEILBRONER, 1996, p. 101-102 *apud* MARMELSTEIN, 2008, p. 47)

assistência social, dentre outros. Ademais, muitos estudos e ações práticas ocorreram até a efetivação dos Direitos Sociais hoje insculpidos no bojo da Lei Maior de 1988, como por exemplo, o benefício assistencial às pessoas com deficiência.

Após este breve intróito, em que se visualiza o panorama histórico da evolução estatal além de se entender as razões políticas e sociais da transmutação de um Estado outrora Absolutista para um Estado Democrático de Direito que se preocupa com o bem estar social da população, aborda-se, a seguir, o benefício de assistência social garantido constitucionalmente como norma programática, sob o enfoque de normas infraconstitucionais de eficácia limitada.

2. ALGUNS APONTAMENTOS ACERCA DO BENEFÍCIO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL ELENCADO PELA CF/88 À LUZ DAS LEIS 12.435/11 E 12.470/11

Primeiramente, se faz necessário abordar o posicionamento do benefício de assistência social no ordenamento jurídico, para que, dessa forma, se possa criar um entendimento sistemático acerca do tema.

Nos termos do art. 6º da CF/88, é direito social, dentre outros, a assistência aos desamparados, tratando-se de um desdobramento do Estado Social de Direito. Apresenta-se, deste modo, como prestação positiva a ser implementada pelo Estado que visa concretizar uma isonomia material na busca de melhores condições de vida das pessoas.

Segundo leciona Silva (2007, p. 183) os direitos sociais “disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto”, sendo que, juntamente com os direitos fundamentais, a ordem social constrói o “núcleo substancial do regime democrático”. (Silva, 1992, p. 828)

Os artigos 193 ao 232, CF elencam acerca da Ordem Social no Estado brasileiro. Para Silva (2007, p. 758) “ter como objetivo o bem-estar e justiça sociais quer dizer que as relações econômicas e sociais do país, para gerarem bem-estar, ao de propiciar trabalho e condição de vida, material, espiritual e intelectual, adequada ao trabalhador e sua família [...]”.

Por sua vez, o art. 203, V, CF positiva:

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

V – a garantia de um salário mínimo e benefício mensal à pessoa com 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.

Logo, é uma norma de eficácia limitada² que tem por objetivo a proteção gratuita de pessoas que necessitem de auxílio em suas necessidades básicas de sobrevivência, independentemente de contribuição ou não para com a seguridade social. Observa-se que garantia de auxílio se dá por meio do recebimento de um salário mínimo mensal, desde que sejam pessoas com deficiência ou idosas e que comprovem a impossibilidade de prover seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família.

Não obstante a Constituição Federal/88 não tenha conceituado a pessoa com deficiência, tal atribuição coube ao legislador ordinário que o fez por meio do art. 20, §2º da Lei n. 8.742/93 (Lei de LOAS), ao asseverar em sua redação original ser aquele incapacitado “para a vida independente e para o trabalho”.

O Decreto n. 1.744/95, quando ainda em vigor, elasteceu o conceito dispondo em seu art. 2º, II que pessoas com deficiência estão incapacitadas “para a vida independente e para o trabalho em razão de anomalias ou lesões irreversíveis de natureza hereditária, congênitas ou adquiridas, que impeçam o desempenho das atividades da vida diária e do trabalho”.³ Este Decreto, por sua vez restou revogado pelo Decreto n. 6.214, de 26.09.2007, que estabelece no artigo 4º, III, que deficiência é o “fenômeno multidimensional que abrange limitação do

² A classificação segundo Silva é de que as normas constitucionais estão identificadas em três grupos distintos, tais como: a. *Normas de eficácia plena*: São as normas consideradas de aplicabilidade imediata ou direta, autoaplicáveis, independem de complementação normativa para que tenha garantida a sua execução. b. *Normas de eficácia contida*: São semelhantes às normas de eficácia plena, em decorrência da possibilidade de aplicação imediata, mas que podem sofrer redução no seu alcance devido à atuação do legislador infraconstitucional. Entendida por alguns juristas como normas de eficácia redutível ou restringível. 3. *Normas de eficácia limitada ou reduzida*: São as normas necessitadas de complementação por parte do legislador infraconstitucional, para que se tenha garantida a sua eficácia segundo a vontade do constituinte. (Silva, 2004, p. 88 *passim*)

³ A IN 118/05, art. 624, II, seguiu conceito parecido, suprimindo somente a última parte: “*que impeçam o desempenho das atividades da vida diária e do trabalho*”. Tal norma foi revogada pela IN 11/06 que, em mesmo artigo, manteve este conceito. A IN 11/06, por sua vez, foi revogada pela IN 20/07 que também manteve este conceito de incapacidade, trazendo, entretanto, um §1º em seu artigo 624 com a seguinte redação: “*A incapacidade para prover a própria subsistência, ou de tê-la provida pela família, é suficiente para a caracterização da incapacidade para a vida independente, conforme estabelecido no art. 203, V, da CF/88 e no art. 20, II, da Lei 8.742/93, observada a liminar proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 2007.30.00.000204-0/AC*”. Este parágrafo foi alterado pela IN 29/08, quando passou a ter a seguinte redação: “*para fins de comprovação da deficiência e caracterização da incapacidade para vida independente, deve-se também considerar a incapacidade econômica do requerente de prover a sua própria manutenção e de sua família, não adotando a avaliação da incapacidade para praticar atos da vida diária, por si só, como critério determinante, conforme estabelecido no art. 203, V da Constituição Federal/88 e no art. 20, II da Lei nº 8.742/1993, observada a liminar proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 2007.30.00.000204-0/AC*”. A IN 20/07 foi derogada pela atual IN 45/10, mantendo-se em vigor, todavia, as disposições referentes ao benefício assistencial (arts. 623 a 631). A liminar a que se referem as instruções normativas foi confirmada em sede de sentença, em face da qual foi interposta apelação que se encontra pendente de julgamento no TRF/1 Região. (Folmann *et. al.*, 2011).

desempenho de atividade e restrição da participação, com redução efetiva e acentuada da capacidade de inclusão social, em correspondência à interação entre a pessoa com deficiência e seu ambiente físico e social.”

A Lei n. 12.435/11 alterou a redação do artigo 20, §2º, da 8.742/93, conceituando pessoa com deficiência (inciso I) “aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas”. Sendo que, nos termos do inciso II, entende-se por impedimento de longo prazo “aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos”.

Dessa forma, a concepção de deficiência para fins de recebimento do benefício assistencial passou a denotar incapacidade para a vida independente e para o trabalho por 2 anos ou mais.

Vê-se que o inciso I da lei supra adequou-se aos ditames da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁴ assinada em Nova Iorque em 30.03.2007, que em seu artigo 1º considera pessoa deficiente aquela que possui “impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.”

Diante da ratificação desta Convenção pelo Brasil em 2008, observa-se a sua natureza de norma materialmente constitucional,⁵ eis que se submeteu ao procedimento do art. 5º, §3º, da CF/88, e, assim, foi internalizada no ordenamento jurídico brasileiro como se fosse a própria manifestação do poder constituinte reformador ao resguardar os direitos fundamentais da pessoa com deficiência.

⁴ Esta Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 186, de 09.07.2008, e internalizada pelo Presidente da República por meio do Decreto nº 6.949, de 25.08.2009.

⁵ Mendes (2007, 654-671) *apud* Del’Olmo (2010, p. 31) esclarece a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o *status* normativo dos tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos, em razão do parágrafo segundo do art. 5º da CF: a) *Natureza supraconstitucional*: as normas internacionais ratificadas pelo Brasil acerca de Direitos Humanos não podem ser revogadas nem mesmo por emenda constitucional. Tese criticada diante da supremacia formal e material da Constituição; b) *Natureza constitucional*: tais normas teriam status constitucional ao serem incorporadas em nosso ordenamento jurídico, no entanto tratados anteriores à EC 45/2004 não podem ser comparados às normas constitucionais se não forem submetidos ao processo legislativo especial de aprovação; c) *Lei ordinária*: tratados sobre Direitos Humanos equivalem a lei ordinária, como os demais tratados trabalhistas. A crítica é de que perdeu sua força após a EC 45/2004; d) *Natureza Supralegal*: tese defendida por Gilmar Mendes, a qual afirma que os instrumentos convencionais sobre Direitos Humanos não poderiam afrontar a supremacia constitucional, mas equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor.

Todavia, consoante Folmann *et. al.* (2011), a celeuma estava na positivação de incapacidade mínima por 2 anos como critério objetivo de recebimento do benefício, pois a lei infraconstitucional acabou por restringir o conceito constitucional de deficiência ao dispor sobre prazo não previsto na Convenção ratificada pelo Brasil:

a interpretação da expressão deficiência para fins de concessão do benefício assistencial seja atrelada aos 2 anos previstos na Lei 12.435/11 no sentido de revisão a cada dois anos e não no sentido de se exigir da pessoa uma prova de que sua deficiência já se consumou há dois anos ao tempo do requerimento do benefício ou mesmo de que durará os exatos 2 anos. Caso contrário, [...] temos que a Lei 12.435/11 é materialmente inconstitucional por vício convencional de controle de constitucionalidade das leis, pois ao impor o prazo de 2 anos como requisito de verificação da deficiência disse mais do que a CF/88 quis dizer com a ratificação da Convenção que não prevê prazo, mas sim condições objetivas de verificação da deficiência.

Neste diapasão o Juiz Federal José Antonio Savaris ao ser citado por Moro (2003, p. 156/157) aponta que:

A verdade, porém, é que o portador de deficiência que se encontra abaixo da linha de pobreza e incapacitado para o trabalho jamais estará coberto pelo plano oficial da previdência social. Então, encontrar-se-ia o portador de deficiência num “buraco negro”, num vazio de proteção do Estado, já que considerado infeliz demais para se filiar à previdência e infeliz de menos para fazer jus à prestação pecuniária da assistência social, escapando, portanto, da universalidade de cobertura da seguridade social, princípio insculpido no art. 194, I, da Constituição Federal.

Para Folmann *et. al.* (2011) a dignidade humana diverge de tentativas de submissão a critérios objetivos.

Parece-se, neste particular, que o requisito objetivo de 2 anos para aferição da incapacidade está fadado às mesmas discussões judiciais que ocorreram (e ocorrem) com requisito objetivo de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo no deslinde da miserabilidade. Embora a jurisprudência ainda tenha que assimilar a nova redação, o certo é que a dignidade da pessoa humana jamais poder ser mensurada com critérios matemáticos e objetivos.

Deste modo, ainda em 2011, o artigo 20, §2º, da 8.742/93, recebeu novo conteúdo pela Lei n. 12.470/11, ao dispor que:

"Art. 20. [...]

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Constata-se que este dispositivo, em seu texto original, exigia que as pessoas com deficiência comprovassem a incapacidade para a vida independente e para o trabalho.

Pela nova redação, houve a supressão da característica “para a vida independente e para o trabalho”.

Ademais, também atualizou os textos dos artigos 21 e 21-A:

Art. 21. [...]

§ 4º A cessação do benefício de prestação continuada concedido à pessoa com deficiência não impede nova concessão do benefício, desde que atendidos os requisitos definidos em regulamento.”(NR

Art. 21-A. O benefício de prestação continuada será suspenso pelo órgão concedente quando a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual.

§ 1º Extinta a relação trabalhista ou a atividade empreendedora de que trata o *caput* deste artigo e, quando for o caso, encerrado o prazo de pagamento do seguro-desemprego e não tendo o beneficiário adquirido direito a qualquer benefício previdenciário, poderá ser requerida a continuidade do pagamento do benefício suspenso, sem necessidade de realização de perícia médica ou reavaliação da deficiência e do grau de incapacidade para esse fim, respeitado o período de revisão previsto no *caput* do art. 21.

§ 2º A contratação de pessoa com deficiência como aprendiz não acarreta a suspensão do benefício de prestação continuada, limitado a 2 (dois) anos o recebimento concomitante da remuneração e do benefício.

O grande avanço legislativo que deflagrou importante valorização à dignidade da pessoa com deficiência foi a permissão de trabalho com a ressalva de que, acaso haja a cessação, poderá requerer o benefício sem necessidade de nova perícia. Outro avanço, foi concomitância do recebimento do benefício assistencial juntamente com a remuneração decorrente de contrato de aprendizagem.

A referida lei, comparada ao que era, demonstra-se justificada pelo princípio da máxima efetividade fundamental ao estimular a inclusão social na medida em que a pessoa com deficiência pode buscar uma relação empregatícia sem ser punida por tentar algo mais do que o simples benefício.

Revela-se importante esclarecer ainda que, de acordo com os dados estatísticos levantados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE), em 2001, havia no Brasil 24,6 milhões de pessoas com deficiência, o que equivalia a 14,5% do total da população. Destas, 9 milhões encontravam-se em idade de trabalhar, porém, apenas 1 milhão delas trabalhavam formal ou informalmente.

Segundo o Censo 2010, 45 milhões de brasileiros relataram ter algum tipo de deficiência, ou seja, quase 24% da população. No entanto, em 2009, dados do Ministério do Trabalho e Emprego, no que se refere ao trabalho exclusivamente formal, mostram queda de 17,3% do total de pessoas com deficiência empregadas com carteira assinada entre 2007 e 2009. No mesmo período, a quantidade de brasileiros trabalhando formalmente aumentou

9,6%. E, nesse universo de contratados, a parcela de pessoas com deficiência é mínima: 0,7%, ou 288.593 funcionários.

A inclusão dessas pessoas está amparada na Lei n. 8.213/91 (Lei de Cotas), que determina que as empresas que possuam a partir de 100 empregados devem cumprir uma cota, proporcional ao seu tamanho, com cargos para trabalhadores reabilitados ou pessoas com deficiência. Dessa maneira, empresas com até 200 empregados devem reservar 2% de seu quadro para atender à lei. De 201 a 500 trabalhadores, 3%. De 501 a mil funcionários, 4%. De 1.001 em diante, 5%.

Ao analisar esta ínfima porcentagem de pessoas com deficiência que participam ativamente do mercado de trabalho denota-se a dificuldade de sua inserção nas atividades laborais. Inúmeras pesquisas apontam para o mesmo norte uma vez que demonstram que a dificuldade está ligada à falta de conhecimento dos empregadores sobre o potencial dos referidos indivíduos, além de revelar acerca do desconhecimento do que realmente seja a deficiência (CARREIRA, 1997, p. 95/114), bem como evidenciar a falha na inserção e formação educacional dos mesmos.⁶

Entretanto, cumpre esclarecer que diante novel legislação acerca do recebimento do benefício assistencial em concomitância com o recebimento de remuneração decorrente de contrato de aprendizagem, estes números tendem a crescer. Por outro lado, o critério para recebimento fixado em patamar de miserabilidade ainda gera discussões jurídicas e sociais.

3. DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO CRITÉRIO DE MISERABILIDADE

Para se aquilatar a (in)constitucionalidade do critério de fixação de miserabilidade, da forma como está positivado na Lei de LOAS como requisito para a concessão do benefício, inicialmente abordar-se-á os princípios norteadores da assistência social bem como será feita uma análise sistemática de algumas normas.

Os princípios que regem a assistência social e que se destacam estão contidos na supracitada Lei em seus incisos III, IV e V, do artigo 4º que dispõem:

Art. 4 [...]

III. respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e

⁶ Para aprofundar este contexto sugere-se a leitura de BRASIL – Ministério da Justiça. *Adaptação de ocupações e o emprego do portador de deficiência*, Organização Internacional do Trabalho - OIT. Tradução: Edilson Alkmin da Cunha. Brasília: Ministério da Justiça. Brasília: Ministério da Justiça, CORDE, 1997. Disponível em <<http://www.presidencia.gov.br/sedh/corde>> Acesso em 14 de abr. 2012.

serviços de qualidade, bem como à conveniência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade;
IV. igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais.
V. divulgação ampla de benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais, bem como dos recursos oferecidos pelo Poder Público e dos critérios para sua concessão.

Constata-se a preocupação do legislador em positivar preceitos de salvaguarda à dignidade dos beneficiados.

Quanto aos artigos, cabe ressaltar:

Art.: 1º. A assistência social, **direito do cidadão e dever do Estado**, é política de Seguridade Social não contributiva, **que provê os mínimos sociais**, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas. (grifo nosso)

Verifica-se o dever do Estado de prover ao cidadão o mínimo social (mínimo existencial), ou seja dever de prover recursos materiais essenciais que garantam as necessidades básicas para uma vida digna.

Entretanto, as necessidades básicas tendem a se alterar consoante o avanço da sociedade, o que gera mudança na qualidade de vida das pessoas. Assim, os mínimos sociais ao estabelecerem padrões de qualidade de vida referenciados na busca da equidade possível, por conseguinte, devem estar próximos da qualidade de vida média presente numa nação. (PEDRON, 2006, p.57).

Sobre o mínimo social Canotilho (2002, p. 479) assevera:

Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen), para traduzir a idéia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. Para atenuar essa desoladora conclusão adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais se reconduz à garantia do mínimo social. Segundo alguns autores, porém, esta garantia do mínimo social resulta já do dever indeclinável dos poderes públicos de garantir a dignidade da pessoa humana, e não de qualquer densificação jurídico-constitucional de direitos sociais. (sic) Assim qualquer direito social concreto (direito ao trabalho, direito à saúde, direito à habitação), mas apenas o cumprimento do dever de socialidade imposto pelo respeito à dignidade da pessoa humana e pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Os objetivos da Lei previstos no art. 2º, I, IV e V visa garantir:

I. a proteção a família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice. [...]
IV. a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comum.

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 a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

O §3º do art. 20 estabelece que para ter direito ao benefício, a pessoa com deficiência ou o idoso deve auferir renda dentro do critério de miserabilidade, ou seja, renda mensal *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo.

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

O Decreto n. 6.214/07, que em tese regulamenta o benefício, em seu art. 4º, apresenta os critérios para sua habilitação e concessão.

Art. 4º. Para fins do reconhecimento do direito ao benefício, considera-se:

I. idoso - aquele com idade de sessenta e cinco anos ou mais. (...)

IV. família incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou do idoso; **aquela cuja renda mensal bruta familiar dividida pelo número de seus integrantes seja inferior a um quarto do salário mínimo**; (grifo nosso)

V. família para cálculo da renda per capita, conforme disposto no § 1º do art. 20 da Lei nº8.742, de 1993: conjunto de pessoas que vivem sob o mesmo teto, assim entendido, o requerente, o cônjuge, a companheira, o companheiro, o filho não emancipado, de qualquer condição, menos de 21 anos ou inválido, os pais, e o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido;

VI – renda mensal bruta familiar: a soma dos rendimentos brutos auferidos mensalmente pelos membros da família composta por salários, proventos, pensões, pensões alimentícias, benefícios de previdência Pública ou privada, comissões, pró-labore, outros rendimentos do trabalho não assalariado, rendimentos do mercado informal ou autônomo, rendimentos auferidos do patrimônio, Renda mensal vitalícia e Benefício de Prestação Continuada, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 19.⁷

Ora, o Estado Social, ao garantir uma vida digna aos seus cidadãos, e deste modo, amparar as pessoas com deficiência, considerando as necessidades básicas atinentes a qualquer cidadão, não deveria legislar e conceber que pessoas sobrevivam em condições de miséria. (PEDRON, 2006, p. 57).

A problemática está na fixação desta baixa renda, pois o beneficiário deve estar submetido a existência de miserabilidade, ou seja, renda mensal bruta familiar dividida pelo número de seus integrantes seja inferior a um quarto do salário mínimo.

⁷ Com a entrada em vigor do Estatuto do Idoso, Lei 10.741, de 1º de Outubro de 2003, o benefício assistencial de uma pessoa idosa não é computado junto à renda familiar para que se tenha concedido o benefício a outro membro da família.

Ocorre que o referido critério deixou à margem várias outras pessoas que também vivem em situações miseráveis, mas recebem um pouco acima do limite legal estabelecido.

Nesses termos, vê-se que não é a Constituição Federal que fixou critérios de miserabilidade, e sim uma lei infraconstitucional, pois se assim o fizesse a Lei Maior, estaria a negar o seu próprio núcleo essencial. O legislador infraconstitucional ao editar a Lei n. 8742/93 restringiu em demasia a concessão do benefício com limite quase inexpressivo. (PEDRON, 2006, p. 57) que, ao que parece, não positiva o verdadeiro sentido da Constituição.

O requisito de miserabilidade da forma como posto viola o princípio da dignidade humana, daí a plausível tese de inconstitucionalidade apregoada pela ADIN nº1232-1 junto ao Supremo Tribunal Federal, protocolada do Distrito Federal.

Todavia, o STF declarou serem plenamente válidos os dispositivo em epígrafe.⁸

Só que, diante da falta de efeito vinculante da ADIN supracitada, os Tribunais decidem que, para caracterizar a miserabilidade, o jurista deve contar com outros elementos probatórios e não somente com a renda familiar *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo.⁹

Nesta esteira, colaciona-se acórdão do STJ, sob a relatoria do Ministro Napoleão Nunes:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. LOAS. ASSISTÊNCIA SOCIAL. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. AFERIÇÃO DA CONDIÇÃO ECONÔMICA POR OUTROS MEIOS LEGÍTIMOS. VIABILIDADE. PRECEDENTES. PROVA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 7/STJ. INCIDÊNCIA.

1. Este Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que o critério de aferição da renda mensal previsto no § 3.º do art. 20 da Lei n.º 8.742/93 **deverá ser observado como um mínimo, não excluindo a possibilidade de o julgador, ao analisar o caso concreto, lançar mão de outros elementos probatórios que afirmem a condição de miserabilidade da parte e de sua família.** 2. "A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas

⁸ Apesar da decisão, a matéria não se tornou pacífica. No Recurso Extraordinário n. 286.543-5, o Ministro Néri da Silveira, afirmou que o limite contido no §3º do art. 20 da Lei n. 8.742/93 [...] “ não encontra fundamento de validade jurídica na Lei Maior vigente”.

⁹ Quanto aos efeitos da ADIN com força vinculante, Pedron (2006, p. 59) ressalta: “Devido ao controle de constitucionalidade concentrado exercido no julgamento dessa ação pelo STF, os demais tribunais deveriam ficar vinculados a tal decisão. Entretanto, ela não possuía qualquer efeito vinculante, pois, publicada no Diário Oficial da União em 27/8/98, ainda não estava sob a égide da Lei n. 9.868, de 10/11/1999, que regulou o caráter vinculante das decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade aos órgãos do Poder Judiciário e da administração pública. A Lei n. 9.868/99, que passou a dispor sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF, entrou em vigor a partir da data de sua publicação. Sem previsão expressa na lei quanto à possibilidade de seus efeitos retroagirem para alcançar situações anteriores, não se apresentou, portanto, a viabilidade de a norma retroagir e conferir qualquer caráter vinculante à decisão que garantiu a constitucionalidade do critério da miserabilidade. Portanto, a manutenção do texto da lei na época da decisão da ADIn n. 1.232-1/DF não o salvaguardava da possibilidade de sua discussão nas instâncias inferiores, haja vista não existir o efeito vinculante.”

um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo." (REsp 1.112.557/MG, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 20/11/2009). (grifo nosso)

Em tom uníssono, em outro julgado, o Ministro Felix Fischer do STJ apregoa:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. RESERVA DE PLENÁRIO. INAPLICABILIDADE. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ASSISTÊNCIA SOCIAL. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA MISERABILIDADE POR OUTROS MEIOS QUE NÃO APENAS A RENDA FAMILIAR PER CAPITA (SÚMULA 83/STJ). [...] 3. Conforme jurisprudência desta Corte, **é possível demonstrar a condição de miserabilidade do beneficiado com fundamento em outros elementos que não apenas a renda familiar per capita inferior a ¼ do salário mínimo.** 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 1425746 / SP AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2011/0184314-7).

Observa-se que, os Tribunais tem atacado a interpretação puramente positivista da LOAS quando da fixação da miserabilidade, eis que a interpretação deve estar de acordo com os princípios que balizam a Constituição. (PEIXINHO, 2000, p. 89 *apud* PEDRON, 2006, p. 59).

Também na Alemanha, Espanha e Portugal, o Estado é obrigado a assegurar aos cidadãos pelo menos as condições mínimas para uma existência digna, o que se denomina “teoria do mínimo existencial” (MARMELSTEIN, 2008, p. 312).

De acordo com essa teoria, o conteúdo essencial dos direitos sociais teria um grau de fundamentalidade capaz de gerar, por si só, direitos subjetivos aos respectivos titulares.

Para Torres (2001, p. 284) é preciso buscar a maximização dos mínimos sociais e a otimização dos direitos sociais.

Por sua vez, Marmelstein (2008, p. 313) afirma que a doutrina do mínimo existencial tem um lado positivo e outro negativo:

Quanto ao lado positivo, é possível reconhecer boa intenção na teoria. Há uma afirmação explícita de que os direitos sociais possuem eficácia jurídica e, dentro dessa mínima dimensão, ou seja, dentro do núcleo essencial do bem jurídico protegido, pode haver a intervenção judicial para dar efetividade ao direito, mesmo diante da omissão das demais esferas do poder.

[...] Há, contudo, por trás da teoria, um aspecto negativo: um intérprete mais mesquinho (dito de outro modo: um intérprete ideologicamente contra os direitos sociais) poderá utilizar a tese para esvaziar ao máximo a força jurídica desses direitos, diminuindo até onde pode o seu conteúdo “essencial”, até porque o balizamento sobre o que será esse “conteúdo mínimo” ficará a cargo da doutrina e da prática judicial

É interessante ressaltar que o STF ainda não afirmou que os direitos sociais são cláusulas pétreas. Eis que o neoliberalismo (Estado mínimo) defende interpretação restritiva do art. 60, §4º, IV, CF/88.

Todavia, os conceitos neoliberais demonstram-se incompatíveis com o espírito de solidariedade que amalgama o texto constitucional. Daqui surge o princípio da vedação do retrocesso social.

3. O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO GARANTIDOR DO NÃO RETROCESSO SOCIAL

Não obstante discussões em nível principiológico tenham ganhado cada vez mais espaço no Direito Contemporâneo, observa-se no presente trabalho, pelo exposto até aqui, mormente nos julgados supra destacados, que todo o arcabouço argumentativo restringe-se à interpretação de normas para, dessa forma, se tentar concretizar o direito das partes.

Sundfeld (1992, p. 13) ensina que “é o conhecimento dos princípios, e a habilitação para manejá-los, que distingue o jurista do mero conhecedor de textos legais”.

Portanto, este tópico tem como finalidade abordar, ainda que de modo sucinto, o conceito e a função de princípio, para em seguida adentrar à ordem principiológica constitucional, que contribuirá para a elucidação do tema central do presente estudo.

O operador do Direito deve cuidar de construir a sua visão jurídica na totalidade, fazendo uma junção da norma com interpretações que investiguem a sua razão de ser, principalmente quando o Direito visa proteger a parte hipossuficiente, como é o caso dos direitos sociais. Do contrário, seria dizer que toda norma é justa.¹⁰

¹⁰ Para a visualização mais enfática da localização dos princípios no ordenamento jurídico brasileiro, se faz importante esclarecer que norma difere de regra e de leis. Aquela é gênero dentre as quais estas, espécies. No que concerne ao conceito de lei, Diniz (2001, p. 283) a define normas jurídicas de observância geral e Venosa (2004, p. 95) neste mesmo sentido ensina que: “(...) a regra ou norma pode ser traduzida por uma lei, mas com ela nem sempre se confunde. Lei possui um conceito mais específico, como manifestação do Direito Positivo. A lei em sentido amplo é uma norma”. Ainda na definição de lei, Nunes (2003, p. 73) assevera que “(...) A lei é tanto a norma constitucional quanto uma lei ordinária, por exemplo, o Código Civil, *ou até uma cláusula contratual que se diz lei entre as partes*” (g.n). Quanto às regras, podem ser sociais, morais ou religiosas, não são dotadas de coercitividade, podendo ou não serem positivadas. Assim preconiza Reale (1996, p. 102) “(...) a hipoteticidade ou condicionalidade da regra de conduta não tem apenas um aspecto lógico, mas apresenta também um caráter axiológico, uma vez que nela se expressa a objetividade de um valor a ser atingido, e, ao mesmo tempo, se salvaguarda o valor da liberdade do destinatário, ainda que para a prática de um ato de violação”. Finalmente, as normas estão em nível de abstração genérica e universal. Ávila (2004, p. 22) assevera que: “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”. Nesta linha de raciocínio, Ferraz Júnior (1994, p. 118) enfatiza que: “(...) a opinião prevalecente na doutrina dogmática é de que a norma jurídica é uma espécie de imperativo

O princípio é capaz de influenciar todos os demais elementos do sistema normativo, como mostra Nunes (2003, p. 164), ao dispor que “(...) nenhuma interpretação será bem feita se for desprezado um princípio. É que ele, como estrela máxima do universo ético-jurídico, vai sempre influir no conteúdo e alcance de todas as normas”.

Ademais, assevera que os princípios estão em posições hierarquicamente superiores a quaisquer normas, pois “(...) percebe-se que os princípios funcionam como verdadeiras supranormas, (...) uma vez identificados, agem como regras hierarquicamente superiores às próprias normas positivadas no conjunto das proposições escritas ou mesmo às normas costumeiras” (Nunes, 2003, p. 174).

Quanto ao princípio do não retrocesso social também denominado de efeito *cliquet*¹¹, ou ainda aplicação progressiva dos direitos sociais¹², Canotilho (2002, p. 336) explica que é inconstitucional qualquer medida tendente a revogar os direitos sociais já regulamentados sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação destes benefícios.

A idéia é fazer o Estado atuar no sentido de melhorar progressivamente as condições da vida da população como foi o caso de permitir o retorno automático do benefício social àquela pessoa com deficiência que sai do emprego e anteriormente era beneficiário, ou mesmo a possibilidade de se receber o benefício mesmo na condição de aprendiz.

Adeptos a esta teoria encontram-se os doutrinadores Ingo Wolfgang Sarlet, Flávia Piovesan e Luís Roberto Barroso, dentre outros. Verifica-se, com Barroso (2001, p.158), que, em que pese o princípio do não-retrocesso social não estar explícito, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana (para alguns, questão controvertida), detém plena aplicabilidade, uma vez que é consequência do sistema jurídico-constitucional. Ora, se uma lei, ao implementar um mandamento constitucional, ele se incorpora ao patrimônio legal da cidadania e não pode ser inteiramente suprimido.

Neste diapasão, leciona Sarlet (2003, p. 354):

despsicologizado, isto é, um comando no qual não se identifica o comandante nem o comandado, posto que, de um lado, a figura do legislador ou quem quer que seja o emissor de normas parece perder sua importância depois de posta a norma e, de outro, os destinatários da norma não se identificam, posto que normas jurídicas são comandos genéricos e universais. Há por isso, quem diga não se tratar, em absoluto, de um comando”.

¹¹ Na França, a jurisprudência do Conselho Constitucional reconhece o referido princípio que pode se aplicar até mesmo em direitos relacionados à liberdade, haja vista que não é possível a revogação total de uma lei que protege as liberdades fundamentais sem a substituir por outra que ofereça garantias com eficácia equivalente. Os franceses denominam tal fenômeno de *effet cliquet*, em alusão a uma técnica de engenharia mecânica que impede a reversão de um processo (MARMELSTEIN, 2008, p. 267).

¹² Este princípio foi expressamente acolhido pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio do Pacto de São José da Costa Rica e caracteriza-se pela impossibilidade de redução dos direitos sociais amparados na Constituição, garantindo ao cidadão o acúmulo de patrimônio jurídico.

A garantia de intangibilidade desse núcleo ou conteúdo essencial de matérias (nominadas de cláusulas pétreas), além de assegurar a identidade do Estado brasileiro e a prevalência dos princípios que fundamentam o regime democrático, especialmente o referido princípio da dignidade da pessoa humana, resguarda também a Carta Constitucional dos 'casuísmos da política e do absolutismo das maiorias parlamentares'.

E acrescenta:

Negar reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte. (*Idem*, 2004, p. 162)

Streck (1999, p. 31) adverte que:

Embora (o princípio da proibição de retrocesso social) ainda não esteja suficientemente difundido entre nós, tem encontrado crescente acolhida no âmbito da doutrina mais afinada com a concepção do Estado democrático de Direito consagrado pela nossa ordem constitucional.

Entendido o significado do princípio do não retrocesso social, que norteia o avanço da sociedade em direção à solidariedade e fraternidade, passe a analisar os preceitos do neoconstitucionalismo como garantidor de preceitos mais justos e democráticos.

Para que a norma alcance seu verdadeiro sentido, ela deve ir além de uma interpretação pura com o auxílio da formulação de juízos de valores acerca do direito,¹³ isso é o que doutrina denomina de pós-positivismo ou neoconstitucionalismo já que seu propósito é inserir na ciência jurídica valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade humana (BARROSO, 1996).

Assim, os princípios podem ser utilizados para promoverem uma aproximação da idéia de justiça, corrigindo eventuais distorções que as normas podem causar, é o que Alexy (2006, p. 20) denomina "pretensão de correção", pois nenhuma norma estará de acordo com o Direito se incompatível com os direitos fundamentais.

Para Barcellos (2006, p. 47), o dever constitucional de motivação dos atos judiciais é um fator extremamente importante, principalmente quando se está sopesando valores constitucionais. Argumenta que a técnica utilizada para este alcance é a ponderação:

¹³ A Teoria Pura do Direito capitaneada por Hans Kelsen apregoava que não cabe ao intérprete formular qualquer juízo de valor sobre o direito, pois a norma sendo válida, deve ser imediatamente aplicada. (PINTORE, Anna. Democracia sin derecho: en torno al Kelsen democrático. Revista *DOXA: cuadernos de filosofía del derecho*. Madrid: Biblioteca de Cervantes, n. 23, 2000, p. 119-144.

O dever de motivar não decorre apenas de uma regra formal contida no texto constitucional (art. 93, IX) ou de uma exigência do direito de defesa das partes. Ele está vinculado à própria necessidade republicana de justificação das decisões do Poder Público. Quando o juiz emprega a técnica da ponderação, essa necessidade é potencializada: se há uma variedade de soluções possíveis nesses casos, é preciso demonstrar o motivo de se escolher uma delas em detrimento das demais.

Todo jurista tem o dever de ser consciente, expor as razões que geram o seu convencimento por meio de uma hermenêutica democrática, plural e aberta (HÄBERLE, 2002). Para tanto, pode contar com ferramentas desenvolvidas pela doutrina e jurisprudência que são os princípios de interpretação constitucional.

O princípio da interpretação conforme a Constituição sugere a necessidade de buscar uma interpretação que não seja a que decorre da leitura mais óbvia do dispositivo, sendo de sua natureza excluir entendimentos que contravenham a Constituição,¹⁴ e assim adotar o preceito que mantenha a harmonia, com o que se coaduna perfeitamente com a adoção de posicionamentos equânimes ao texto da Lei Fundamental ou seja, que insira também cidadãos deficientes que estão na linha de risco quanto ao mínimo existencial, mas tem renda um pouco acima do limite legal estabelecido.

Para se aquilatar o caso em debate, também pode-se contar com o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade. Eis que é mais fácil senti-lo do que conceituá-lo, pois se entende como suposições de equilíbrio, justiça, moderação e harmonia, o que não seja arbitrário ou caprichoso, o que esteja de acordo com o senso comum (Barroso, 2004, p. 224), ou ainda preceitos de prudência, bom senso, justa medida, direito justo e valores afins, antecedendo a positividade jurídica, servindo de regra para todo o ordenamento jurídico (Larenz, 1989, p. 144-145 *apud* Coelho, 2007, p. 109).

Outro fundamento em socorro à primazia da justiça sob um enfoque neoconstitucional para elucidar a problemática, é o princípio da máxima efetividade, também denominado de interpretação efetiva ou princípio da eficiência¹⁵, aduz que a norma constitucional deve ter a mais ampla efetividade social.

¹⁴ Barroso elenca os elementos que compõem o referido princípio: “1) Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades que o preceito admita; 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto; 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziriam a resultado contrastante com a Constituição; 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal.” (Barroso, 2004, p. 189)

¹⁵ Canotilho (2003, p. 1224) esclarece que “é um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é

A efetividade da norma é a realização do Direito (Barroso, 2004, p. 248). Para tanto, o jurista deve estar atento no manuseio da ordem principiológica Barroso (2004, p. 257):

Um dos pontos capitais relativamente ao princípio da efetividade é a necessidade de o Poder Judiciário se libertar de certas noções arraigadas e assumir, dentro dos limites do que seja legítimo e razoável, um papel mais ativo em relação à concretização das normas constitucionais.

Há, destarte, a necessidade de um ativismo judicial que se desprenda do positivismo e busque concretizar o espírito constitucional nos julgados, principalmente quando se trata de concretizar o que for mais adequado à parte necessitada.¹⁶

Considerações finais

O Estado sempre foi preocupado em manter o poder de alguma forma. Ora com atitudes absolutistas, ora com posturas absenteístas e ora assistencialista e democrático.

O transcurso da história nos revela um amadurecimento do Estado ao garantir no texto constitucional, direitos fundamentais e direitos sociais para a efetivação de uma democracia.

A Lei Maior buscou amparar as pessoas com deficiência de baixa renda, garantindo-lhe o recebimento de um salário mínimo, no intuito de lhe assegurar materialmente o direito à dignidade e à igualdade, como forma de estabelecer uma convivência com proximidade à qualidade de vida média.

Todavia, a LOAS reduziu as camadas sociais que receberiam o benefício assistencial.

Ora, uma norma infraconstitucional não pode ser incompatível com a Lei Fundamental do Estado, sob pena de inconstitucionalidade.

Assim, muito embora a referida norma e o STF tenham se posicionado no sentido de sua constitucionalidade, os juristas podem e devem decidir com pretensão de corrigir a distorção do critério da miserabilidade da LOAS com fulcro nos princípios norteadores do

hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

¹⁶ Por parte de grande parte dos operadores do Direito faz-se necessário entender a Constituição como “um espelho da publicidade e da realidade (*Spiegel der Öffentlichkeit und Wirklichkeit*). Ela não é, porém apenas o espelho. Ela é, se me permite uma metáfora, a própria fonte de luz (*Sie ist auch die Lichtquelle*). Ela tem, portanto, uma função diretiva permanente. (Häberle, 1997, p. 34).

Direito, e princípios constitucionais balizadores da igualdade e da razoabilidade que visam concretizar a mais lúdima justiça.

O jurista deve usar todo o aparato legal e axiológico na tentativa de construir uma visão jurídica sedimentada na totalidade, fazendo uma junção da norma com interpretações que investiguem a sua razão de ser, ainda mais quando o Direito visa amparar a parte necessitada.

O neoconstitucionalismo apregoa que a norma deve ir além de uma interpretação pura com o auxílio da formulação de juízos de valores acerca do direito, já que seu objetivo é inserir na ciência jurídica valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade humana.

Deste modo, o Poder Judiciário deve constantemente socorrer-se da principiologia neoconstitucional, para que, com ponderação, possa conceder o benefício mesmo quando a renda familiar da pessoa com deficiência seja um pouco mais elevada que o limite e assim, possa alcançar o verdadeiro sentido das normas constitucionais efetivar o verdadeiro sentido da Lei Maior e alcance o escopo do que é ser democracia.

Referências

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradutor: Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

BARCELLOS. Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008 (Série Profissional e Acadêmico).

BRASIL. Lei n. 8.742 de 07 de dezembro 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm> Acesso em 14 de jun. 2012.

BRASIL. Lei n. 12.435 de 06 de julho de 2011. Altera a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm> Acesso em 14 de jun. 2012.

BRASIL. Lei n. 12.470 de 06 de julho de 2011. Altera os arts. 21 e 24 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Custeio da Previdência Social [...]. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm> Acesso em 14 de jun. 2012.

BRASIL – Ministério da Justiça. *Adaptação de ocupações e o emprego do portador de deficiência, Organização Internacional do Trabalho - OIT*. Tradução: Edílson Alkmin da Cunha. Brasília: Ministério da Justiça. Brasília: Ministério da Justiça, CORDE, 1997. Disponível em <<http://www.presidencia.gov.br/sedh/corde>> Acesso em 14 de abr. 2012.

BRASIL – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Contagem populacional*. Disponível em <<http://ibge.gov.br>> Acesso em 14 de maio 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARREIRA, Dorival. A integração da pessoa deficiente no mercado de trabalho. In MANTOAN, Maria Teresa Eglér. (Org.). *A integração de pessoas com deficiência: contribuições para uma reflexão sobre o tema*. São Paulo: Memonn, 1997

COELHO, Inocêncio Mártires. *Intepretação constitucional*. 3.ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2007.

DEL'OLMO. Florisbal de Souza. *Curso de Direito Internacional Privado*. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito*. São Paulo: RT, 1976.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1994.

FOLMANN, Melissa. LOAS – Alterações pelas leis 12.435/2011 e 12.470/2011 – breves considerações. *Revista nº 04 IBDP*, 2011.

GIL, Antonio Carlos. *Métodos e técnicas de Pesquisa Social*. 6. ed São Paulo: Atlas. 2010.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HEILBRONER, Robert. *A história do pensamento econômico*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou mateira, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Traducción y presentación de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985. (Monografias Civitas).
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe: obra completa com comentários de Napoleão Bonaparte e Rainha Cristina da Suécia*. São Paulo: Jardim dos Livros, 2007.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. Atlas: São Paulo, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MONTESQUIEU, Barão de La Brède e de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.
- MORO, Sérgio Fernando, Questões controvertidas sobre o benefício da assistência social. in *Temas atuais de direito previdenciário e assistência social*. Org. Daniel Machado da Rocha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- NUNES, Rizzato. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- PEDRON, Daniele M., *A (in)constitucionalidade o critério da miserabilidade na concessão do benefício assistencial a portadores de Deficiência*. Revista CEJ, Brasília, n. 33, p. 54-61, abr./jun. 2006.
- PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.
- PIMENTA, Paulo Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- PINTORE, Anna. *Democracia sin derecho: en torno al Kelsen democrático*. Revista DOXA: cuadernos de filosofía del derecho. Madrid: Biblioteca de Cervantes, n. 23, 2000.
- POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 2007.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 26ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 5ª ed. Livraria do Advogado, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, n. 2, 2004.

_____ *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1998*.
Disponível em <www.direitopublico.com.br> Acesso em 15/04/2012.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____ *Comentário contextual à constituição*. 4ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____ *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª.ed. São Paulo: Malheiros, 1992

_____ *Jurisdição Constitucional e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

STRECK, Lênio Luis. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 31.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1992.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos, in *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª. ed. São Paulo: Renovar 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2004.