

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PAMPA
CURSO SUPERIOR DE BACHARELADO EM DIREITO**

DAIZA GABRIELLE CORRÊA LEAL

**A EXECUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO STF NO
JULGAMENTO DA ADI 1.232/DF E NA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL
4.374/PE À LUZ DO ACESSO AO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA**

Sant'Ana do Livramento

2021

DAIZA GABRIELLE CORRÊA LEAL

**A EXECUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO STF NO
JULGAMENTO DA ADI 1.232/DF E NA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL
4.374/PE À LUZ DO ACESSO AO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito para obtenção do título de
Bacharel em Direito pela Universidade Federal
do Pampa – UNIPAMPA.

Orientadora: Doutora Daniela Vanila Nakalski

Sant'Ana do Livramento

2021

Ficha catalográfica elaborada automaticamente com os dados fornecidos pelo(a) autor(a) através do Módulo de Biblioteca do Sistema GURI (Gestão Unificada de Recursos Institucionais).

L435e Leal, Daiza Gabrielle Corrêa
A execução do controle de constitucionalidade pelo STF no julgamento da ADI 1.232/DF e na reclamação constitucional 4.374/PE à luz do acesso ao benefício de prestação continuada / Daiza Gabrielle Corrêa Leal – 2021.
76 p.

Orientador: Daniela Vanila Nakalski.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Federal do Pampa, Campus Santana do
Livramento, 2021.

1. Controle de constitucionalidade. 2. Assistência social. 3.
Benefício de prestação continuada. I. Daniela Vanila
Nakalski. II. Direito constitucional.

DAIZA GABRIELLE CORRÊA LEAL

**A EXECUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO STF NO
JULGAMENTO DA ADI 1.232/DF E NA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL
4.374/PE À LUZ DO ACESSO AO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito para obtenção do título de
Bacharel em Direito pela Universidade Federal
do Pampa – UNIPAMPA.

Área de concentração: Direito constitucional

Monografia defendida e aprovada em: 24 de setembro de 2021.

Banca examinadora:

Prof. Doutora Daniela Vanila Nakalski
UNIPAMPA

Prof. Doutor Cristian Ricardo Wittmann
UNIPAMPA

Prof. Doutor Jair Pereira Coitinho
UNIPAMPA

Dedico este trabalho aos meus pais e ao meu
irmão pelo amor que sempre me brindaram.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus. Foi Ele que me trouxe a este momento e, nos instantes de maior dificuldade e sofrimento, garantiu-me consolo por meio de minhas orações.

Aos meus pais e ao meu irmão, porque são fontes de um amor incapaz de ser descrito em palavras.

À professora Daniela Vanila Nakalski, minha orientadora e amiga. Seu amor, carinho e paciência me tornaram uma constitucionalista e sempre serão para mim fonte de inspiração.

Ao professor Sebastião Ailton da Rosa Cerqueira-Adão, orientador de minha primeira pesquisa, porque me deu a honra de ter sido sua aluna e de aprender que “eu não falei que isso estava bom; eu falei que estava melhor. Isso está ruim para a banca”.

Ao professor Cristian Ricardo Wittmann porque foi meu primeiro professor de direito, tornou-me uma administrativista e prontamente aceitou o convite para fazer parte da banca avaliadora da monografia.

À professora Deisemara Turatti Langoski porquanto me levou a conhecer o direito administrativo do direito fundamental à boa gestão pública.

Ao professor Fernando Pedro Meinero que sempre tinha tempo para debater docência e gestão universitária no WhatsApp e que fez a tradução do resumo desta monografia.

À professora Alessandra Marconatto que orientou uma das minhas pesquisas sobre a constitucionalização do direito civil e me permitiu refletir sobre o que é ser constitucionalista.

À professora Aneline dos Santos Ziemann Lucio porque, mesmo sendo uma civilista, permitiu-me uma das melhores aulas de direito administrativo; afinal: “não existe o interesse público”.

Ao professor Jair Pereira Coitinho por ter aceitado o convite para compor a banca avaliadora.

A um amigo mais chegado que um irmão: Yago Alves, por todas as vezes que jamais deixou de me acolher, bem como as amigas Ilenahy Pacheco e Carolina de León.

Aos analistas processuais com quem muito aprendi durante meu estágio: Guilherme de Barros, Manice Wolff e Everaldo Rodrigues, por sua infinita paciência e por terem me ensinado que doutores sem doutorado podem fazer toda a diferença do universo.

“PENSA. O direito se aprende estudando,
mas se exerce pensando”.

Eduardo Couture (1949?)

RESUMO

A Constituição brasileira estabeleceu um extenso conjunto de direitos fundamentais, dentre os quais se destaca a assistência social; após anos relegada à perspectiva de benesse, ela passou a ser contemplada com um conjunto de normas jurídicas próprias no plano constitucional e infraconstitucional. No entanto, a concessão de um dos principais auxílio assistenciais, o Benefício de Prestação Continuada, foi legalmente limitado por um critério de baixa renda aparentemente pouco inclusivo: $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário-mínimo vigente de renda *per capita* familiar. Desse modo, o Judiciário foi constantemente provocado a se manifestar sobre a constitucionalidade do dispositivo legal. Nesse contexto, a presente monografia reflete sobre a aplicação do controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal como meio de facilitar ou obstaculizar o acesso à assistência social a partir do benefício de prestação continuada. A pesquisa aplicou o método dialético combinado com as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, bem como se pauta por um viés qualitativo e pela natureza teórica. Os resultados apontaram para a declaração de constitucionalidade como um fator impeditivo ou, ao menos, dificultador do acesso ao BPC, enquanto que a inconstitucionalidade, sem a pronúncia de nulidade, facilita a concessão do benefício embora traga desvantagens como a falta de critérios objetivos e a necessária judicialização da política pública, especialmente quando ainda presente a inconstitucionalidade por omissão.

PALAVRAS-CHAVE: controle de constitucionalidade; assistência social; benefício de prestação continuada

RESUMEN

La Constitución brasileña estableció un amplio conjunto de derechos fundamentales, entre los que destaca la asistencia social; luego de años siendo considerada una dádiva, pasó a ser consagrada en un conjunto de normas jurídicas de nivel constitucional e infraconstitucional. Sin embargo, la concesión de uno de los principales auxilios asistenciales, el Beneficio Prestación Continuada, fue legalmente limitada por medio de un criterio de bajos ingresos aparentemente poco inclusivo: $\frac{1}{4}$ del salario mínimo actual del ingreso familiar *per capita*. Así, el Poder Judicial fue constantemente provocado para manifestarse sobre la constitucionalidad de la norma. En este contexto, esta monografía discute la aplicación del control de constitucionalidad por parte del Supremo Tribunal Federal como medio de facilitar o dificultar el acceso a la asistencia social a través del Beneficio Prestación Continuada. La investigación aplicó el método dialéctico combinado con técnicas de investigación bibliográfica y documental, además de estar guiada por un sesgo cualitativo y de carácter teórico. Los resultados apuntaron a la declaratoria de constitucionalidad como un impedimento o, al menos, un dificultador del acceso al beneficio, mientras que la inconstitucionalidad, sin declaración de nulidad, facilita el otorgamiento del beneficio, aunque traiga desventajas como la falta de criterio objetivo y la necesaria judicialización de la política pública, especialmente cuando la inconstitucionalidad por omisión persiste.

PALABRAS CLAVE: control de constitucionalidad; asistencia social; beneficio prestación continuada

LISTA DE ABREVIATURAS

p. – página

s.p. – sem paginação

LISTA DE SIGLAS

ADC – ação declaratória de constitucionalidade

ADI – ação direta de inconstitucionalidade

ADO – ação direta de inconstitucionalidade por omissão

ADPF – ação de descumprimento de preceito fundamental

BPC – benefício de prestação continuada

DF – Distrito Federal

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

PE – Pernambuco

PGR – Procuradoria-Geral da República

SC – Santa Catarina

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	14
1.1 JUSTIFICATIVA.....	17
2 METODOLOGIA	19
2.1 MÉTODO E TÉCNICAS DE PESQUISA.....	19
2.2 ABORDAGEM DOS DADOS	21
2.3 OUTRAS CLASSIFICAÇÕES	22
3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO: PRINCIPAIS SISTEMAS E PRINCIPAIS INCONSTITUCIONALIDADES.....	23
3.1 SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E AS PRINCIPAIS TIPOLOGIAS DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE	23
3.2 BREVE HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO	28
3.3 PRINCIPAIS CLASSIFICAÇÕES RELATIVAS AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDAS PELA DOCTRINA BRASILEIRA	31
3.3.1 Constitucionalidade quanto ao parâmetro de controle.....	31
3.3.2 Constitucionalidade quanto ao objeto do controle.....	31
3.3.3 Constitucionalidade quanto ao momento de realização do controle	32
3.3.4 Constitucionalidade quanto à natureza do órgão com competência para o controle	32
3.3.5 Constitucionalidade quanto ao número de órgãos com competência para o controle	33
3.3.6 Constitucionalidade quanto ao modo de manifestação do controle	33
3.3.7 Constitucionalidade quanto à finalidade do controle.....	34
3.4 VIAS E SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	34
4 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ASPECTOS CONTROVERSOS DO REQUISITO DE BAIXA RENDA	41
4.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À ASSISTÊNCIA SOCIAL E O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA	41
4.2 ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO REQUISITO LEGAL DE BAIXA RENDA DO BPC	47
5 A ANÁLISE DO JULGAMENTO DA ADI Nº 1.232/DF E DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL Nº 4.374/PE À LUZ DO ACESSO AO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA	54
5.1 ANÁLISE DO JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.232/DF PELO STF.....	54

5.2 ANÁLISE DO JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL Nº 4.374/PE PELO STF	58
5.3 REFLEXÕES SOBRE OS JULGAMENTOS DA ADI Nº 1.232/DF E DA RECLAMAÇÃO Nº 4.374/PE	63
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
REFERÊNCIAS.....	72

1 INTRODUÇÃO

O surgimento do Estado moderno estabeleceu a necessidade de diferenciar as esferas pública e privada, bem como estabelecer limitações ao poder. Com efeito, anteriormente aos primeiros movimentos constitucionalistas, o ente estatal confundia-se com os monarcas absolutistas, quase inexistindo barreiras formais que diferenciassem o domínio da família real e o espaço dos particulares.

No contexto do liberalismo clássico, as funções essenciais do Estado vinculavam-se à proteção da propriedade e dos contratos e, conseqüentemente, não havia real interesse em impor ao ente estatal o dever de implementar políticas públicas. O constitucionalismo clássico sedimentou que o Estado deveria estruturar a base da organização política e social, afastando-se da vida privada e garantindo os direitos de primeira geração.

Grande parte da mudança se deu por meio de um processo histórico voltado para a afirmação de direitos sociais e coletivos (por volta dos séculos XVIII, XIX e XX) em resposta à Revolução Industrial, à crise da bolsa de Nova Iorque e à Segunda Guerra Mundial. Nesse contexto, a pobreza extrema, bem como, os abusos e os desmandos contra os trabalhadores impulsionaram o direito e apontaram para a necessidade de afirmar a Constituição como norma fundamental.

De forma semelhante, o surgimento e a consolidação do Estado de bem-estar social, capitaneado pelas ideias do economista John Maynard Keynes (1883-1946) e do político prussiano Otto Von Bismarck (1815-1898), determinou a imposição de um papel ativo para os órgãos e as entidades estatais. Negava-se que o ente estatal pudesse limitar a sua atuação à defesa de direitos individuais de primeira geração, como a liberdade e a propriedade.

As constituições passaram a ser mais do que formalmente a lei suprema de um ordenamento jurídico: elas se tornaram vetores axiológicos e interpretativos do direito a irradiar sobre as leis infraconstitucionais. Desse modo, reduziram o seu papel negacionista da intervenção estatal e começaram a prever normas que impuseram ao Estado um dever de agir para implementar um conjunto de prerrogativas que elas mesmas atribuíram aos cidadãos.

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 introduziu um rol de direitos fundamentais que rompeu os paradigmas das constituições brasileiras anteriores, sobretudo, porque estipulou a dignidade da pessoa humana como fundamento da República. Parece ter sido a intenção do constituinte estabelecer um sistema normativo protetor de certas prerrogativas mínimas para a vida do ser humano, as quais podem exigir um afastamento do

ente estatal ou a sua aproximação dos particulares.

Partindo desse pressuposto, o Estado brasileiro tem a sua atuação pautada por estreitos limites previstos em lei, sem os quais a sua ação ou a sua omissão serão consideradas ilegais. Ocorre que a simples imposição legal não é suficiente para garantir a efetividade das prerrogativas, porquanto um conjunto de fatores internos e externos ao direito afeta o modo como os agentes públicos atuam.

A interpretação do texto legal representa um imenso desafio, porque extrair a norma a partir da letra escrita representa inúmeras possibilidades de construção de sentido; o contexto fático, incluindo os aspectos econômicos, sociais, morais, entre outros, não estão dissociados do intérprete. Ademais, com o passar do tempo e a natural mudança da sociedade, uma norma que antes parecia adequada torna-se inoportuna, surgindo a necessidade de revogá-la ou, ao menos, atualizá-la.

Não obstante, se verídicas, essas constatações têm impacto direto na forma como o Estado executa suas políticas, pois ele poderá negar os requerimentos dos cidadãos ao se utilizar do argumento de que não há dever de sua parte. Logo, estabelecer um sistema jurídico coeso, claro e inteligível para os órgãos, entidades e agentes estatais, além dos administrados, tornou-se uma das garantias para a efetivação de direitos.

A fim de assegurar a supremacia da Constituição e dos seus preceitos, não se pode tolerar que a legislação infraconstitucional estabeleça direitos e deveres por ela rechaçados. Não obstante, a existência de constituições dotadas de alta carga principiológica, isto é, de normas constitucionais mais abertas e de conteúdo pouco determinado, impôs ao Poder Judiciário uma atuação mais efetiva na tutela do sistema normativo.

Magistrados e tribunais passaram a se confrontar diariamente com o descompasso entre as normas constitucionais protetivas do ser humano na sua integralidade - vida, honra, alimentação, trabalho, família, entre outros - e normas infraconstitucionais muitas vezes limitadoras dos anseios expressados pelo constituinte. Nessa senda, um dos instrumentos mais conhecidos de proteção da ordem jurídica é o controle de constitucionalidade.

Um dos casos paradigmáticos levado ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal – STF envolveu o direito fundamental à assistência social, especificamente a concessão do benefício de prestação continuada à pessoa idosa ou com deficiência - BPC, previsto no artigo 203, inciso V, da Lei Maior. No caso, o legislador infraconstitucional limitou o critério de baixa renda, para fins de concessão do auxílio, ao valor de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo de renda

familiar *per capita* na data do requerimento administrativo, na forma do artigo 20, §3º, da Lei nº 8.742/1993.

Tal situação acabou gerando controvérsia sobre a constitucionalidade do dispositivo, porquanto impediria o pagamento do benefício para pessoas em evidente situação de miserabilidade, o que confrontaria diversas normas constitucionais. Nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 1.232/DF, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o pedido por entender que o legislador estaria autorizado pelo constituinte a estabelecer o critério de baixa renda que desejasse.

Não obstante, magistrados e tribunais inferiores continuaram a afastar a decisão da Corte Suprema e condenar o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS ao pagamento do benefício. Após diversos recursos interpostos pela autarquia, o STF mudou seu entendimento porque declarou a inconstitucionalidade da norma ao julgar a Reclamação Constitucional nº 4.374/PE e adotou, ao que parece, a tese de que é possível a mudança de entendimento jurisprudencial em sede de controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, torna-se necessário compreender como o Tribunal Supremo enfrentou as possíveis alegações de inconstitucionalidade da norma prevista no artigo 20, §3º, da Lei 8.742/1993, sobretudo, porque a tendência é que ela venha a mostrar novamente descompasso com a realidade fática. O poder aquisitivo da população relaciona-se com uma série de fatores, tais como, a existência de emprego, a inflação e a taxa de câmbio, os quais apresentam constantes oscilações.

Desse modo, a presente pesquisa buscou responder a seguinte pergunta: “O modo como o Supremo Tribunal Federal aplicou o controle de constitucionalidade na norma do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/1993, ao julgar a ADI nº 1.232/DF e a Reclamação Constitucional nº 4.374/PE afetou o acesso ao benefício de prestação continuada?”

Para subsidiar a resposta ao questionamento levantado foi estabelecido o objetivo geral de “Refletir se o modo como o Supremo Tribunal Federal exerceu o controle de constitucionalidade da norma do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/1993, ao julgar a ADI nº 1.232/DF e a Reclamação Constitucional nº 4.374/PE, afetou o acesso ao benefício de prestação continuada”; também foram estipulados os seguintes objetivos específicos:

- a) Entender as principais vias e os principais sistemas do controle de constitucionalidade brasileiro e as mais relevantes espécies de inconstitucionalidade;
- b) Delimitar o critério de baixa renda do benefício de prestação continuada no

ordenamento jurídico brasileiro e

- c) Refletir sobre os efeitos das decisões do STF, ao aplicar o controle de constitucionalidade na ADI nº 1.232/DF e na Reclamação Constitucional nº 4.374/PE, para o acesso ao benefício de prestação continuada.

Nessa senda, este trabalho científico é apenas mais uma pequena fagulha em um direito constitucional já em chamas. O ordenamento jurídico em que a Constituição poderia ser relegada ao segundo plano já não existe, pois o verdadeiro jurista atualmente é aquele que pensa e aplica o direito a partir da Lei Suprema.

Discutir a constitucionalidade de uma norma é mais que um simples ato de hierarquizar leis, porquanto representa discutir democraticamente os limites entre os direitos e os deveres. Nesse sentido, conforme se delineará mais adiante na metodologia, a pesquisa empregará o método dialético para discutir as seguintes hipóteses:

- a) A declaração de constitucionalidade da norma do artigo 20, §3º, da Lei nº 8.742/1993 pelo STF impediu ou obstaculizou o acesso ao BPC;
- b) A declaração de inconstitucionalidade da norma do artigo 20, §3º, da Lei nº 8.742/1993 pelo STF permitiu ou facilitou o acesso ao BPC;
- c) Ao mudar o seu entendimento sobre a constitucionalidade do artigo 20, §3º, da Lei nº 8.742/1993, o STF não solucionou definitivamente o problema da inconstitucionalidade como obstáculo à concessão do BPC, mas mostrou um perfil mais concretista da Corte.

Expostos os aspectos iniciais do estudo, na sequência será explicado os motivos pelos quais a pesquisa foi realizada.

1.1 JUSTIFICATIVA

Considerando o decorrido até o momento, infere-se que as constituições atuais são instrumentos político-normativos que impõem ao Estado um conjunto de deveres prestacionais relacionados com a efetivação de um conjunto mínimo de direitos dos cidadãos. O ente estatal deve se pautar pela Lei Suprema durante toda a sua atuação de forma a realizar os anseios constitucionais.

Compreender como os tribunais têm aplicado o controle de constitucionalidade diante de normas que regulamentam o acesso a direitos fundamentais é uma forma de instrumentalizar os operadores do direito. Diariamente, juristas têm sido confrontados com a necessidade de

adequar as cláusulas gerais presentes na Constituição Federal brasileira com os dispositivos infraconstitucionais, o que torna o debate uma discussão que não se limita ao âmbito do direito constitucional.

Estudar a relação entre a Reclamação Constitucional nº 4.374/PE e a ADI nº 1.232/DF é se voltar para um caso relevante de controle de constitucionalidade porque o Supremo Tribunal Federal veio a relativizar a declaração de compatibilidade de uma norma anteriormente declarada compatível com o Constituição. Essa situação levou ao surgimento de uma situação bastante peculiar: em tese, teria ocorrido a relativização da presunção absoluta de constitucionalidade anteriormente declarada.

Não obstante, o STF adotou por maioria o entendimento de que o sistema jurídico brasileiro aceita a declaração de inconstitucionalidade de normas já declaradas constitucionais. À luz de uma Constituição principiológica, intensa discussão sobre a segurança jurídica inicia. Se, por um lado, a manutenção de uma decisão judicial gera estabilidade, por outro lado, ela pode trazer injustas consequências para os seus destinatários.

As decisões que serão objeto da pesquisa envolvem o acesso aos direitos fundamentais, especialmente à assistência social, e podem permitir que a Administração Pública reveja seus posicionamentos. Verifica-se que o INSS aplica o direito, embora não o faça sob o manto da jurisdição; ainda assim, pode (e talvez deva) compreender melhor o entendimento do STF para, de ofício, aplicar o limite jurisprudencial e evitar o acúmulo de condenações em custas processuais e parcelas vencidas.

Outrossim, cabe salientar que a tendência dos produtores de conhecimento científico é utilizar a ciência como forma de apreensão e compreensão de dúvidas que desejam sanar. Nesses casos, não há qualquer óbice para a realização de pesquisas porque elas também podem apenas contribuir com o avanço do conhecimento científico sobre determinado assunto, sanando (parcial ou totalmente) questionamentos levantados pelo investigador.

O controle de constitucionalidade é um tema relevante para todas as áreas do direito quando se está diante de uma constituição formal, principiológica e dirigente como a brasileira; portanto, estudá-lo contribuirá significativamente para a aprendizagem da pesquisadora que é uma constitucionalista.

Lançados os fundamentos iniciais da pesquisa que foi realizada nos últimos meses e estando devidamente contextualizados o tema, os objetivos e as hipóteses, o capítulo seguinte expõe o caminho metodológico adotado.

2 METODOLOGIA

Por meio deste capítulo são delineados os aspectos metodológicos da pesquisa desenvolvida, explicitando o caminho que foi percorrido para responder à pergunta estabelecida na introdução. Está dividido em três seções: a primeira discorre sobre o método e as técnicas de pesquisa escolhidas; a segunda fundamenta a abordagem dos dados e a última expõe outras classificações doutrinárias.

2.1 MÉTODO E TÉCNICAS DE PESQUISA

Convém salientar que toda pesquisa possui um método, isto é, um conjunto de atividades racionais que permitem produzir conhecimentos válidos e verdadeiros com maior segurança e economia (MARCONI; LAKATOS, 2021). No caso deste estudo, o método dialético foi utilizado porque era o instrumento metodológico mais adequado.

A escolha está plenamente justificada pelo fato de que o método dialético se baseia em três etapas: o estabelecimento de uma tese, a negação da tese (antítese) e a síntese (uma nova tese) (MEZZARROBA; MONTEIRO, 2019). A pesquisa partiu do pressuposto de que o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional o artigo 20, §3º, da Lei 8.742/1993 no julgamento da ADI nº 1.232/DF impedindo ou obstaculizando o acesso ao benefício; após, entendeu que a mesma norma foi julgada inconstitucional na Reclamação nº 4.374/PE permitindo ou facilitando a concessão do BPC; conseqüentemente, era necessário realizar a síntese.

A dialética é vantajosa porque representa uma “[...] interpretação dinâmica e totalizante da realidade, ou seja, nela os fatos não podem ser considerados fora de um contexto social, político, econômico, entre outros” (MATIAS-PEREIRA, 2019, s. p.). Aparentemente as interpretações do STF, relativas ao critério de baixa renda do BPC, foram pautadas por aspectos fáticos da realidade, sobretudo os econômicos e sociais, e não apenas por argumentos jurídicos.

Além disso, não se pode confundir o método com as técnicas de pesquisa, porquanto as segundas são “[...] os procedimentos operacionais que servem de mediação prática para a realização das pesquisas” (SEVERINO, 2007, p. 124). Assim sendo, a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental foram utilizadas.

Segundo define Gil (2018), a pesquisa bibliográfica é elaborada a partir de material já publicado como jornais, revistas, periódicos, teses, dissertações, sendo um tipo de técnica amplamente utilizada na área jurídica. São pesquisas “[...] elaboradas principalmente com base

em material já publicado” e que se propõem “[...] a analisar posições diversas em relação a determinado assunto” (GIL, 2018, s. p.).

Marconi e Lakatos (2021) defendem que essa técnica representa um tipo específico de produção científica, porquanto fundamentada em diversos textos, tais como os artigos científicos, os dicionários, as resenhas e os resumos. Na percepção das autoras, cabe ao pesquisador realizar uma leitura corrente (refletida e com tomada de notas) ou de referência (apenas consulta).

As pesquisas documentais se diferem das bibliográficas: se estas são fundamentadas em material elaborado por pesquisadores, aquelas se valem de toda a sorte de documentos elaborados com finalidades diversas (GIL, 2018). Severino (2007) sustenta que a fonte das pesquisas documentais são documentos em sentido amplo, abrangendo textos que ainda não sofreram tratamento analítico, incluídos os filmes, os jornais, as gravações e as leis.

A investigação se pautou pelo estudo das teorias de pesquisadores que discutem a inconstitucionalidade de leis e o critério de baixa renda previsto para a concessão do BPC, bem como foi necessário analisar as decisões do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 1.232/DF e na Reclamação Constitucional nº 4.374/PE. Consequentemente, era cabível o emprego das técnicas selecionadas.

É necessário inferir que a seleção das duas jurisprudências foi intencional haja vista que somente elas permitiriam a resposta ao questionamento levantado; a mesma lógica foi aplicada aos autores estudados, porque no direito constitucional existem diversas doutrinas que abordam o controle de constitucionalidade e seus temas afins.

Consciente de que algumas classificações (e nomenclaturas) são amplamente aceitas pelo que se convencionou chamar de “doutrina majoritária”, adotou-se o posicionamento de Cunha Júnior (2018). Dessa forma, o estudo do controle de constitucionalidade será pautado da seguinte forma: a) quanto ao parâmetro; b) quando ao objeto de controle; c) quanto ao momento de realização; d) quanto à natureza do órgão controlador; e) quanto ao número de órgãos envolvidos; f) quanto ao modo de manifestação e g) quanto à finalidade (CUNHA JÚNIOR, 2018); também a perspectiva de Lenza (2021) foi adotada para assumir que existem dois sistemas de controle (o abstrato e o concentrado) e duas vias (a de exceção e a de ação).

No que concerne à escolha dos autores para abordar o auxílio assistencial, convém informar que a seleção também foi intencional, porque adotou como critério o fácil acesso às pesquisas. Assim, com base em repositórios institucionais de diversas instituições de ensino

superior e no resultado da busca na plataforma Google Acadêmico (por meio do emprego de palavras-chave como “benefício de prestação continuada”, “controle de constitucionalidade”, “assistência social” e “constitucionalidade”) foram selecionados estudos que pudessem contribuir com a pesquisa.

No próximo tópico, justifica-se a escolha da abordagem qualitativa para a análise dos dados e explica-se o porquê do valor da baixa renda ser irrelevante na escolha de uma interpretação baseada na qualidade.

2.2 ABORDAGEM DOS DADOS

Considerando o objetivo proposto e a adoção do método dialético, pareceu que a abordagem mais adequada seria a qualitativa porque as decisões do Supremo Tribunal Federal são pautadas pela argumentação jurídica. A pesquisa buscou justamente abordar essa argumentação para apreender o meio como a constitucionalidade ou inconstitucionalidade influenciou no acesso ao BPC.

A abordagem qualitativa permite representar a opinião dos participantes de um estudo, abranger o contexto dos indivíduos e contribuir para a elucidação de conceitos que podem explicar o comportamento social humano (YIN, 2016). Ela também permite o reconhecimento de diferentes perspectivas e a reflexão dos pesquisadores sobre as suas próprias investigações (FLICK, 2009).

Diferentemente da pesquisa quantitativa, que se pauta pela enfoque numérico e requer o uso de técnicas estatísticas (MATIAS-PEREIRA, 2019), a adoção da qualidade permite não a medição dos dados, mas a identificação de suas naturezas e do alcance das interpretações possíveis para o fenômeno estudado (MEZZARROBA; MONTEIRO, 2019).

As pesquisas quantitativas são aquelas que transformam um conceito teórico em um indicador para, após, realizarem a mensuração dos dados; ademais, apresentam uma coleta padronizada e voltada para a objetividade (FLICK, 2012). Saliente-se que a existência de um critério numérico de concessão do benefício, qual seja o parâmetro legal de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo ou o limite jurisprudencial equivalente à metade do salário padrão, não altera a abordagem.

Isso se justifica porque a aplicação de um critério numérico, independentemente de ser o legal ou o jurisprudencial, exige uma estruturação de argumentos que buscam relacionar fatos e fundamentos legais. O valor limite para que o requerente seja considerado vulnerável e tenha

direito ao benefício é simples resultado de um conjunto concatenado de ideias que servem de base para as decisões judiciais.

2.3 OUTRAS CLASSIFICAÇÕES

Nesta seção são apresentadas outras classificações doutrinárias relativas à pesquisa, as quais ajudaram na delimitação da abordagem do tema. Classifica-se a investigação quanto ao objetivo proposto e quanto à função e, portanto, ela foi produzida a partir das perspectivas descritiva e teórica.

Gil (2019; 2018) aceita classificar as investigações com base em seu objetivo, motivo pelo qual elas podem ser exploratórias, descritivas e explicativas. As primeiras buscam desenvolver conceitos e explorar ideias para permitir que pesquisadores tenham como desenvolver hipóteses e problemas mais precisos; enquanto isso, as últimas buscam identificar fatores que contribuem para o acontecimento do fenômeno estudado.

A pesquisa descritiva tem como objetivo descrever as características de determinada população (GIL, 2019; 2018). Ela foi utilizada, porque parte da investigação caracteriza a aplicação do controle de constitucionalidade no artigo 20, §3º, da Lei 8.742/1993 para refletir sobre os efeitos das decisões no acesso ao benefício de prestação continuada.

Outrossim, na visão de Demo (2015, p. 20-22) existem quatro grupos de pesquisas: as teóricas, as metodológicas, as empíricas e as práticas. As três últimas pesquisas dedicam-se, respectivamente, ao ato de inquirir métodos e procedimentos relativos à construção do conhecimento científico; tratar empiricamente a realidade ao produzir e ao analisar dados e empregar a ciência para intervir na realidade geralmente a partir de alguma ideologia (DEMO, 2015).

Saliente-se, no entanto, que os estudos teóricos versam sobre a reconstrução de “[...] teorias, conceitos, ideias, ideologias, polêmicas, tendo em vista, em termos imediatos, aprimorar fundamentos teóricos e, em termos mediatos, aprimorar práticas [...]” (DEMO, 2015, p. 20). Não houve pesquisa de campo porque toda a investigação se pautou por fontes bibliográficas e documentais com a consequente possibilidade de aprofundamento da teoria do controle de constitucionalidade brasileiro e do direito constitucional à assistência social.

Na sequência, o próximo capítulo abre as discussões ao abordar o controle de constitucionalidade brasileiro em seus principais sistemas e inconstitucionalidades, além de um breve histórico de sua evolução.

3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO: PRINCIPAIS SISTEMAS E PRINCIPAIS INCONSTITUCIONALIDADES

Este capítulo propõe a delinear (e não esgotar) os principais aspectos relativos ao controle de constitucionalidade brasileiro. Dentro desta perspectiva, o tema foi distribuído em três seções de forma a estruturar o assunto e a permitir uma melhor apresentação das informações.

Na primeira seção, relembra-se que o direito brasileiro é pautado por uma estrutura rígida e escalonada de leis, cujo topo é preenchido pela Constituição Federal. Ela se estabeleceu como ponto de partida do ordenamento jurídico e se tornou a sua maior fonte de organização normativa; desse modo, a legislação infraconstitucional necessita apresentar um alto grau de compatibilidade com a Lei Maior.

A segunda seção aborda brevemente o histórico do controle de constitucionalidade. Discorre sobre o seu surgimento e sua evolução no direito brasileiro de modo a situar, ainda que de forma limitada, o próximo item que efetivamente demonstrará o modo como o ordenamento brasileiro organiza os meios de verificar e corrigir as incompatibilidades com a Constituição.

Desse modo, a terceira parte encerra o capítulo ao apresentar os sistemas e as vias do controle de constitucionalidade. Em ambos os casos, tal como exposto na metodologia, as classificações defendidas por Dirley da Cunha Júnior (2018) e Pedro Lenza (2021) foram adotadas.

3.1 SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E AS PRINCIPAIS TIPOLOGIAS DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE

Historicamente vinculadas à repartição do poder, as constituições passaram por um processo de reformulação que pode ser resumido em dois momentos, desde que não se adote grande preocupação metodológica: os movimentos constitucionalistas clássicos e os movimentos constitucionalistas contemporâneos. Isso porque surgiram com o objetivo de afastar a ingerência indevida do monarca nas relações privadas e, posteriormente, voltaram-se para a necessidade de ordenar uma intervenção estatal no sentido de implementar direitos.

Após afirmarem a sua função fundamental no ordenamento jurídico, as constituições tornaram-se mais do que um pedaço de papel: atribuíram-se a elas uma força normativa. Ferdinand Lassale (1988) defendeu que a Constituição verdadeira representaria os fatores reais

de poder na sociedade, os quais detinham os meios de impor sua vontade; em resposta, Konrad Hesse (1991) alegou que a Lei Suprema necessitaria de uma eficácia mínima de natureza normativa não podendo ser considerada apenas um texto escrito.

Nesse sentido, Hesse (1991) estabeleceu bases importantes do constitucionalismo porque estipulou que a Lei Maior era dotada de um poder normativo apto a torná-la o centro de um ordenamento jurídico. Mas tal ideia, sobretudo pela perspectiva hierárquica, encontrou seu grande expoente em Kelsen (2021), criador da teoria pura do direito.

Segundo o último autor citado, todo ordenamento jurídico tem por base uma lei fundamental positivada, denominada Constituição, a qual todas as demais leis devem obediência. Nenhuma delas pode se voltar contra as suas normas, porém isso não significa que a compatibilização seja automática; as leis promulgadas se presumem constitucionais, mas é impositivo estabelecer mecanismos de verificação dessa compatibilização (LENZA, 2017).

Kelsen (2021) erigiu a Constituição como o nível mais elevado do direito positivo, porquanto a sua função essencial é a regulação de órgãos e do processo legislativo, bem como a determinação do conteúdo material das normas. Conforme o estudioso, a estrutura escalonada de uma ordem jurídica é posta em dúvida quando uma norma inferior não corresponde a uma norma superior, exigindo-se a criação de meios de adequação.

Nessa perspectiva, o controle de constitucionalidade é um mecanismo de correção da harmonia do sistema jurídico consistente na verificação da compatibilidade de uma lei ou ato normativo infraconstitucional com a Constituição (BARROSO, 2019). É um dos principais instrumentos da concretização da supremacia constitucional, pois “[...] aplicar uma norma inconstitucional significa deixar de aplicar a Constituição” (BARROSO, 2019, s. p.).

Kelsen (2021, s. p.) destaca que a validade de uma norma não pode depender do seu conteúdo, mas

Uma norma vale como norma jurídica somente porque ela sempre surge de uma maneira bem determinada, porque ela é criada em conformidade com uma regra bem determinada, porque ela é posta de acordo com um método específico. O direito vale somente como direito positivo, ou seja, como direito posto. A positividade do direito consiste nessa necessidade de ser posto e, assim, na independência de sua validade da moral e de sistemas normativos correlatos.

Nessa conjectura, uma norma incompatível com a Constituição deve ser considerada inválida e inaplicável. Essa constatação reflete a necessária busca por um sistema que se pauta pela interpretação mais favorável à coesão e à coerência jurídicas, compreendidas a partir do núcleo essencial do ordenamento: a Lei Suprema.

Temer (2007, p. 44) informa que controlar a constitucionalidade significa “[...] impedir a subsistência da eficácia da norma contrária à Constituição” e também garantir a eficácia plena a todas as normas constitucionais em face da possibilidade de inconstitucionalidade por omissão.

Nesse diapasão, Barroso (2019) defende que são pressupostos do controle de constitucionalidade a supremacia da Constituição e a rigidez constitucional. A primeira representa a posição mais elevada da Lei Maior na estrutura hierárquica das leis em um sistema normativo, enquanto que a segunda determina a criação de limites para a reforma, sejam eles formais ou materiais.

A supremacia constitucional impõe o estabelecimento de uma compatibilização vertical entre normas inferiores e a norma superior com a prevalência desta última em caso de conflito (BRANCO, 2015). “A ideia de controle, então, emanada da rigidez, pressupõe a noção de um **escalonamento normativo**, ocupando a Constituição o grau máximo na aludida relação hierárquica, caracterizando-se **norma de validade** para os demais atos normativos do sistema” (LENZA, 2017, p. 239, grifos no original).

Controlar a constitucionalidade é, pois, verificar a adequação de um ato jurídico, particularmente uma lei, à Constituição (FERREIRA FILHO, 2020). Há requisitos formais e materiais que ordenam o ato jurídico, os quais quando violados importarão em nulidade; ocorre que, em determinadas situações, o Supremo Tribunal Federal tem optado por regular os efeitos dessa declaração de nulidade em atenuação da doutrina clássica constitucionalista (FERREIRA FILHO, 2020).

Cunha Junior (2018) expõe critérios levemente diferenciados dos já pautados. Para o autor, o controle de constitucionalidade exige uma constituição formal e escrita, porque mais inflexível, e a previsão de um órgão constitucionalmente competente para a sua guarda seja do ponto de vista jurisdicional ou do ponto de vista político. No caso brasileiro, o guardião é o Supremo Tribunal Federal conforme determina o artigo 102, *caput*, da Constituição (BRASIL, 1988).

Mas há outro critério: a escolha da Constituição como norma fundamental, rígida e suprema. Neste caso, a rigidez decorre da existência de um processo especial e agravado para alteração das normas da Constituição, o qual é distinto do processo legislativo comum pensado para as leis complementares e ordinárias (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 244).

Com fundamento em Lenza (2017), pode-se destacar os quatro principais tipos de

inconstitucionalidade necessários para esta pesquisa: a inconstitucionalidade por ação e a por omissão, bem como a inconstitucionalidade por vício formal e a inconstitucionalidade por vício material; com base em Masson (2016), as inconstitucionalidades total e parcial também são discutidas porque relacionadas com os limites formais e materiais.

A inconstitucionalidade por ação é aquela que se apresenta por meio de uma conduta comissiva ou positiva por parte do Legislativo, enquanto que a inconstitucionalidade por omissão implica em conduta omissiva ou negativa do Estado de modo a não ocorrer a produção normativa exigida pela Constituição (MORAES, 2018). A omissão se refere a uma “[...] inércia na elaboração de *atos normativos* necessários à realização dos comandos constitucionais” (BARROSO, 2019, s. p., grifo no original).

No entanto, alerta-se que a mera omissão não é por si só causa de inconstitucionalidade porque deve existir um comando constitucional que determine a atuação legislativa (BARROSO, 2019). Como regra, legislar é uma faculdade, não devendo o Judiciário se imiscuir na liberdade do Poder Legislativo quando não há base constitucional para isso.

Quando exerce a sua função típica, o legislador pode ferir a Constituição por meio de um ato que se afasta do processo legislativo idealizado pelo constituinte ou do conteúdo da lei. A inconstitucionalidade por ação, portanto, pode ser dividida em formal e material.

A inconstitucionalidade por vício formal é uma espécie que implica na desconsideração do devido processo legal legislativo (LENZA, 2017). Será orgânica por desobediência a uma regra constitucional de competência legislativa; caracteriza-se como formal propriamente dita quando ataca qualquer aspecto de elaboração da norma; e, por fim, classifica-se em formal por violação aos pressupostos objetivos do ato normativo quando ausente um pressuposto para o exercício de competência que caracteriza a irregularidade do ato (LENZA, 2017).

Mendes (2015a, p. 1056) sintetiza: “Os vícios formais afetam o ato normativo singularmente considerado, sem atingir seu conteúdo, referindo-se aos pressupostos e procedimentos relativos à formação da lei”. Não há qualquer menção ao conteúdo normativo da lei, apenas a sua forma é indevida e ilegal a partir do que determina a Constituição.

No entanto, a inconstitucionalidade material cuida de aferir a compatibilidade com os fins constitucionais e a observância do princípio da proporcionalidade, porque possivelmente ocorreu um desvio de poder ou um excesso legislativo (MENDES, 2015a). Em outras palavras, a norma materialmente inconstitucional inova no ordenamento jurídico apresentando um conteúdo incompatível com a Constituição (TEMER, 2007).

Em relação aos limites materiais, a Constituição expressamente determina, em seu artigo 60, §4º, que não podem ser abolidos a forma federativa do Estado; o voto secreto, direto, universal e periódico; a separação dos poderes e os direitos e as garantias fundamentais (BRASIL, 1988). Esses são exemplos de cláusulas pétreas, ou seja, cláusulas de imutabilidade que têm por objetivo preservar o significado mais profundo da norma constitucional e evitar a ruptura com os princípios e as estruturas essenciais da Constituição (BRANCO, 2015).

Nessa perspectiva, não é somente a letra expressa da Lei Suprema que será parâmetro do controle material. Mendes (2015a) sugere que o princípio da proporcionalidade é uma cláusula pétrea implícita dos direitos fundamentais e, desse modo, conclui que todo ato normativo é obrigado a trazer uma proteção, nem mínima nem máxima, que garanta o cuidado com o direito de um sem a violação do direito de outro.

A mera alteração redacional de uma norma que faça parte do rol de cláusulas pétreas não significa, necessariamente, inconstitucionalidade (BRANCO, 2015). Partindo do pressuposto de que os atos emanados do Poder Público devem respeitar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (MORAES, 2018), uma alteração pode redundar em maior sintonia com a Constituição.

O Legislativo não é onipotente, motivo pelo qual é limitado em sua liberdade material (SARLET, 2001). Na perspectiva do autor, essa delimitação encontra conformação em diversos dispositivos e, em especial, na aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais como regula o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Em síntese, o Poder Público, inclusive a Administração Pública no exercício do poder normativo, devem produzir normas que busquem a maior eficácia possível dos direitos fundamentais além de afastar atentados contra essas prerrogativas. Nesse contexto, há um núcleo essencial de proteção que não deve ser violado e que, no caso, pode ser entendido como a dignidade da pessoa humana (SARLET, 2001; 2002).

Por esse motivo, talvez, que a doutrina vem sustentando a existência de uma inconstitucionalidade parcial e não apenas total. Em outras palavras, considerando a extensão do vício, é possível decretar parcialmente inconstitucional um dispositivo e, dessa forma, o controlador garante ao máximo a validade de leis que ainda encontram algum respaldo na Constituição (MASSON, 2016).

Masson (2016, p. 1058) explica que a parcialidade se fundamenta no fato de que o vício atinge trechos específicos do diploma, permitindo a aplicação do princípio da “parcelaridade

ou divisibilidade das leis, que autoriza o fracionamento das normas em partes válidas e inválidas”. Tal não acontece com a inconstitucionalidade total, caso em que não é possível aproveitar nenhuma parte da norma.

Na sequência, a fim de contextualizar o tema, será apresentado um breve resumo do histórico do controle de constitucionalidade, em especial dando ênfase à sua evolução no direito brasileiro.

3.2 BREVE HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

Conforme destacado acima, controlar a constitucionalidade de leis é um meio necessário para a construção de um ordenamento jurídico coeso e coerente. Mais que uma excessiva preocupação em escalonar leis, é um direito dos cidadãos se submeterem a uma legislação produzida a partir dos parâmetros constitucionais.

Cunha Júnior (2018) vincula o controle de constitucionalidade a um processo evolutivo que remonta à antiguidade clássica ateniense, a qual fazia distinção entre as leis constitucionais da época (*nómoi*) e as leis ordinárias (*pséfisma*), bem como à Idade Média, contexto em que o direito natural ocupou o status de norma superior em detrimento das normas humanas inferiores. No entanto, o autor atribui a ideia de supremacia constitucional ao sistema americano e ao famoso caso *Marbury vs Madison*.

O processo versava sobre a possibilidade da Suprema Corte Americana julgar a nomeação de juízes haja vista que a lei (Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789) fixava uma competência não prevista pela Constituição de 1787 (LENZA, 2017). Na solução, o juiz John Marshall afirmou que todas as leis incompatíveis com uma constituição são nulas e que todos os tribunais são vinculados à Lei Suprema (LENZA, 2017).

Marinoni (2021) sintetiza a atuação do magistrado da seguinte forma: ou a Constituição é suprema e incapaz de ser modificada pelos meios ordinários ou ela está no mesmo patamar da legislação ordinária; se a primeira opção for a correta, todo ato legislativo contrário à Lei Máxima é nulo. Mas o direito brasileiro não atribuiu a mesma supremacia às normas constitucionais tão cedo.

A Constituição de 1824 nada trouxe para o constitucionalismo brasileiro, porque naquele contexto reafirmava-se o papel do Legislativo como detentor do poder sobre a lei. “Basicamente, negava-se poder ao juiz para, aplicando a lei, pronunciar mais do que as palavras do seu texto. Nessas condições, não havia, como é óbvio, qualquer espaço para o controle

judicial da constitucionalidade das leis” (MARINONI, 2021, s. p.).

Imperava a soberania do Parlamento e a crença de que somente o legislador sabia o verdadeiro sentido da norma; também a existência do Poder Moderador, centrado no Imperador, impediu que o Poder Judiciário fosse chamado a intervir no controle da constitucionalidade das leis (LENZA, 2017).

Com o surgimento da República em 1889, a Constituição de 1891 atribuiu competência para que o STF pudesse rever as sentenças prolatadas pelas Justiças dos Estados, em última instância, quando questionada a validade ou a aplicação de tratados e de leis federais; ainda, quando questionada a validade de atos ou leis de governos locais, em face da Constituição, se a decisão do tribunal fosse favorável à validade (MENDES, 2015a).

Cunha Junior (2018) resume esse período ao indicar que o Poder Judiciário passou a titularizar a competência para o exercício do controle de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público de modo difuso, porque inspirado no modelo americano. Outrossim, destaca que essa experiência teve deficiências como a ocorrência de decisões conflitantes entre órgãos judiciários e a congestão das vias processuais ordinárias.

A Constituição de 1934, entretanto, realizou mudanças no sistema constitucional de controle, embora tenha mantido o modelo difuso (espalhado por órgãos judiciais). Segundo o autor citado, ela passou a exigir a maioria absoluta dos membros de um tribunal para a decretação de inconstitucionalidade, determinou que o Senado Federal suspendesse a lei impugnada, após comunicação realizada pelo Procurador-Geral da República, e criou a representação interventiva para os casos em que os Estados-Membros viessem a ofender os princípios constitucionais sensíveis.

A Constituição de 1937 aparentemente apresentou retrocessos ao regular o controle de constitucionalidade, pois “estabeleceu a possibilidade do Presidente da República influenciar as decisões do Poder Judiciário que declarassem inconstitucional determinada lei, já que, **de modo discricionário**, poderia submetê-la ao Parlamento” (LENZA, 2017, p. 249, grifo no original). Ela foi outorgada por Getúlio Vargas durante o Estado Novo, atribuiu grande poder ao Executivo e vedou a apreciação de questões políticas pelo Poder Judiciário (CUNHA JÚNIOR, 2018).

O Texto Magno de 1946 restaura a tradição do controle judicial no Direito Brasileiro. A par da competência de julgar os recursos ordinários (art. 101, II, *a*, *b* e *c*), disciplinou-se a apreciação dos recursos extraordinários: “*a*) quando a decisão for contrária à dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; *b*) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão

recorrida negar aplicação à lei impugnada; e c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou ato” (MENDES, 2015a, p. 1084).

A Constituição de 1946, portanto, regressou ao Poder Judiciário os meios de exercer o controle de constitucionalidade e se apresentou como fruto de um processo de redemocratização que flexibilizou a hipertrofia do Poder Executivo; via emenda constitucional nº 16/1965, ela trouxe a previsão da representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual a ser proposta pelo Procurador-Geral da República (LENZA, 2017).

As Constituições de 1967 e 1969 podem ser brevemente resumidas como um só instrumento do controle de constitucionalidade. Considerando o período repressivo pelo qual passou o Brasil poucos foram os avanços; por exemplo, a Emenda nº 01/1969 permitiu que os Estados se utilizassem da intervenção para assegurar o cumprimento de princípios sensíveis de suas constituições (CUNHA JÚNIOR, 2018).

Mendes (2015a) declara que o controle difuso não sofreu modificações nesse momento, embora tenha surgido um aumento das possibilidades de intervenção sob os cuidados do Procurador-Geral da República: a representação poderia ser justificada pela necessidade de garantir a execução de lei federal, além de proteger os princípios sensíveis e o STF poderia ser provocado; outrossim, o Presidente poderia suspender ato estadual.

Considerando o histórico apresentado até o momento, cabe salientar que a Constituição Federal de 1988 foi a que mais inovou no tema do controle de constitucionalidade. Na visão de Lenza (2017), ela estabeleceu quatro grandes mudanças: a) ampliou o rol dos legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade; b) estabeleceu meios de controle da inconstitucionalidade por omissão via Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ou Mandado de Injunção; c) permitiu a criação da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental e d) criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade por meio da Emenda nº 3/1993.

Tal constatação, corrobora a conclusão de que a teoria constitucional brasileira continua a avançar. Isso porque o direito constitucional tornou-se também uma forma de desejar e pensar o mundo: qualquer realização do direito equivale a aplicar direta ou indiretamente a Constituição, seja ao verificar a compatibilidade seja ao orientar o sentido extraído da interpretação para a realização dos fins constitucionais (BARROSO, 2019).

No que concerne à Constituição de 1988, salienta-se que ela será retomada indiretamente nas próximas seções quando será abordado novamente o controle abstrato e o

controle concentrado; portanto, na sequência, as principais classificações do controle de constitucionalidade são apresentadas.

3.3 PRINCIPAIS CLASSIFICAÇÕES RELATIVAS AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDAS PELA DOUTRINA BRASILEIRA

Conforme explicado no capítulo da metodologia, a classificação de Cunha Júnior (2018) foi adotada. Registre-se, mais uma vez, a ressalva do autor de que existem diversas formas de manifestação e exercício do controle de constitucionalidade, motivo pelo qual não cabe esgotar o tema até por não ser este o objetivo da presente pesquisa.

3.3.1 Constitucionalidade quanto ao parâmetro de controle

De início é necessário salientar que o parâmetro do controle de constitucionalidade será sempre uma constituição (federal ou estadual) em estados federativos como o Brasil. Ocorre que nem sempre todas as normas possuem forma constitucional para que sejam utilizadas como referência.

Cunha Júnior (2018) sustenta que diante de uma constituição formal, na qual todas as normas são consideradas constitucionais independentemente de seu conteúdo, toda a extensão dela será parâmetro; entretanto, existem Estados que optam por considerar como referência apenas alguns poucos dispositivos de suas constituições. Não é o caso brasileiro, porquanto a Constituição de 1988 é considerada formal.

3.3.2 Constitucionalidade quanto ao objeto do controle

O controle de constitucionalidade tem por objeto determinados tipos de atos normativos emanados do Poder Público e, conseqüentemente, haverá um meio adequado para cada tipo de norma questionada. Nessa senda, era possível controlar somente dois tipos de atos normativos: a) aqueles que veiculam normas apenas e b) os atos editados pelo Poder Público (CUNHA JÚNIOR, 2018), restando excluído do grupo os atos de efeitos concretos.

No entanto, Lenza (2021, s. p., grifo no original) afirma que o Supremo Tribunal Federal modificou o seu entendimento especificamente no que concerne ao controle concentrado; o autor assevera que “[...] mesmo que de efeito concreto, se o ato do Poder Público for materializado por **lei** (ou medida provisória) [...], poderá ser objeto do controle abstrato”.

Por fim, é bom salientar que o preâmbulo da Constituição não é considerado uma norma constitucional, embora tenha natureza política e sirva como guia para o intérprete; nesse contexto, não pode ser considerado objeto do controle de constitucionalidade brasileiro porque

não tem natureza normativa (BAHIA, 2017).

3.3.3 Constitucionalidade quanto ao momento de realização do controle

O controle será preventivo porque realizado antes da existência ou da perfeição do ato (CUNHA JÚNIOR, 2018), isto é, durante o processo de elaboração da lei. Argumenta o autor que é um tipo de controle pouco aplicado no Brasil porque tem natureza essencialmente política e é realizado pelos pareceres das Comissões de Constituição e Justiça das Casas Legislativas e pelos chefes do Executivo, na forma do veto jurídico constitucional autorizado pelo artigo 66, §1º, da Lei Suprema, ou, ainda, como veto político.

Cabe salientar que o controle preventivo excepcionalmente pode ocorrer por meio da intervenção do Poder Judiciário. No caso, “admite-se o controle judicial preventivo, nos casos de mandado de segurança impetrado por parlamentar com o objetivo de impedir a tramitação de projeto de emenda constitucional lesiva às cláusulas pétreas (CF, art. 60, §4º)” (MENDES, 2015a, p. 1048).

A título de complementação, salienta-se que Marinoni (2021) discorda do último autor citado ao afirmar que o mandado de segurança preventivo é na verdade repressivo porque há uma inconstitucionalidade caracterizada; quando um projeto de emenda versa sobre matéria não passível de ser abolida, então, o processo já está viciado.

O controle judicial tem sua atuação voltada para a verificação da validade de um ato normativo ou lei que já tem a sua concretização no ordenamento jurídico. Ele é repressivo porque se caracteriza como resposta a uma lei já em vigor ou, ao menos, promulgada (MENDES, 2015a).

No tema, ainda resta registrar que o STF não admite controle preventivo em sede de inconstitucionalidade material (CUNHA JÚNIOR, 2018), porque tal situação seria influenciar diretamente na liberdade de criar normas jurídicas com o conteúdo almejado pelo legislador.

3.3.4 Constitucionalidade quanto à natureza do órgão com competência para o controle

O Estado pode exercer o controle de constitucionalidade a partir de seus diversos órgãos. Essa classificação exige a verificação de qual é a natureza de quem vai verificar a adequação das leis e dos atos normativos com a Constituição e, portanto, pode ser política ou não judicial.

Político é o controle em que “[...] a verificação de constitucionalidade é confiada a órgão não pertencente ao Poder Judiciário [...]” (FERREIRA FILHO, 2020, s.p.). Essa percepção é fundamentada na crença de que a interpretação constitucional deve estar reservada para órgãos

que tenham sensibilidade política, porque a Constituição não é apenas jurídica.

Lenza (2017, p. 265) apresenta um conceito ligeiramente diferente ao afirmar que essa espécie “Verifica-se em Estados onde o controle é exercido por um órgão distinto dos três Poderes, órgão garantidor da supremacia da Constituição”. Cunha Junior (2018) complementa explicando que o controle político é confiado para um órgão não integrante da estrutura do Judiciário, de modo que a atuação não terá natureza jurisdicional.

Será judicial ou jurisdicional quando “[...] desempenhado por órgãos integrantes da estrutura do Poder Judiciário (como ocorre no Brasil e nos EUA, por exemplo) ou a ele exteriores, mas cuja atuação tem natureza jurisdicional (como as Cortes Constitucionais Europeias, exceto a da Alemanha)” (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 279).

Salienta-se que o Brasil pode ser classificado como um país que adota a natureza mista do controle de constitucionalidade. Lenza (2017) sustenta que o ordenamento brasileiro prevê claramente a possibilidade de um controle político e de um controle jurídico, porquanto tanto os órgãos políticos quanto os órgãos jurisdicionais podem exercê-los.

3.3.5 Constitucionalidade quanto ao número de órgãos com competência para o controle

O controle concentrado é o que se concentra em um único tribunal e, nesses casos, haverá competência originária (LENZA, 2017). Por sua vez, o controle difuso é aquele que surge do exercício jurisdicional de qualquer órgão do Judiciário e, desse modo, não aparece “concentrado”. É o controle efetuado por todos os juízos e tribunais (MORAES, 2018), permitindo que todos os órgãos judiciários tenham o poder de não aplicar as leis inconstitucionais (BARROSO, 2019).

Neste momento, não será necessário discutir a classificação em profundidade, pois o assunto será retomado na seção 3.4, haja vista que Lenza (2017) propõe abordar o tema sob a égide do que se convencionou chamar de sistemas de controle de constitucionalidade.

3.3.6 Constitucionalidade quanto ao modo de manifestação do controle

Cunha Júnior (2018) registra que a manifestação do controle de constitucionalidade pode ocorrer pela via incidental, pela via principal, de forma concreta ou abstrata. No primeiro caso a inconstitucionalidade é arguida incidentalmente no curso de um processo judicial e, portanto, envolve uma lide concreta; quando há uso da via principal, a inconstitucionalidade figura como o próprio pedido da demanda sendo, em regra, parte do controle abstrato.

A mesma ressalva feita anteriormente sobre a desnecessidade de maiores considerações

é replicada aqui. Na seção 3.4, o modo de manifestação do controle será melhor abordado a partir da tese de Lenza (2017), para quem ela pode ser classificada a partir da ideia de vias principal e incidental.

3.3.7 Constitucionalidade quanto à finalidade do controle

Cunha Júnior (2018) afirma que a finalidade do controle pode ser entendida a partir de um viés objetivo ou subjetivo. Nessa perspectiva, ainda que indiretamente, a tutela recairá sempre sob a supremacia da Constituição, embora nem sempre de forma direta.

Consequentemente, para o autor citado, o controle será objetivo quando o exercício tem como única finalidade “[...] exclusivamente à defesa objetiva da Constituição [...]” e será subjetivo quando “[...] seu exercício é tão somente a defesa de um direito ou interesse subjetivo da parte, e não propriamente a defesa da Constituição [...]” (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 282).

3.4 VIAS E SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Nas próximas páginas serão abordados os principais sistemas e vias do controle de constitucionalidade. No caso, a fim de evitar discussões doutrinárias, a perspectiva de Lenza (2017) foi adotada para classificar as vias em principal e de exceção e os sistemas em difuso e concentrado.

A via relaciona-se com o pedido. Lenza (2017) afirma que ela é incidental quando implica no exercício do controle como questão prejudicial e lógica à solução de mérito, enquanto que na via principal o pedido é a constitucionalidade, objeto exclusivo e autônomo. Quando a parte autora deseja o reconhecimento de seu direito, que está sendo afetado pela validade da norma, o tema é prejudicial e se apresenta como um pressuposto lógico a ser resolvido antes do mérito principal (BARROSO, 2019).

Ferreira Filho (2020) explica que a via de exceção exige a alegação (por isso uma exceção, isto é, uma forma de defesa) por parte de quem busca afastar um dever com base na inconstitucionalidade da lei; dentro dessa perspectiva, é um meio que apresenta deficiências como a possibilidade de juízes julgarem de forma diferente casos semelhantes e a incerteza até a decisão final de um tribunal superior.

Em outras palavras, “Pleiteia-se, no caso da via de exceção, o direito ao não-cumprimento da norma que o indivíduo acredita inconstitucional [...]” (TEMER, 2007, p. 47). No entanto, o artigo 97 da Constituição Federal criou a reserva de plenário para que, no caso de tribunal e não mais juiz singular, a inconstitucionalidade venha a ser declarada somente pela

maioria dos membros ou pelo Órgão Especial (BRASIL, 1988).

A via de exceção não envolve os demais, estando limitada às partes envolvidas no processo judicial (TEMER, 2007). Pode chegar ao Supremo Tribunal Federal por envolver matéria constitucional e, nesse caso, ele poderá decretar a inconstitucionalidade com a subsequente notificação do Senado Federal para que, nos termos do artigo 52, inciso X, suspenda a norma (TEMER, 2007; BRASIL, 1988).

Por sua vez, a via da ação se caracteriza por ter como objeto principal da lide o próprio reconhecimento da compatibilidade ou da incompatibilidade. É, portanto, o contrário da via de exceção porque, segundo Barroso (2019), o mérito a ser discutido envolve a adequação do ato normativo impugnado à norma de parâmetro, ou seja, ao resolver a constitucionalidade fica resolvido o pedido principal.

Quanto aos sistemas, o difuso é exercido de forma indistinta por todos os órgãos jurisdicionais por se tratar de uma atribuição inerente ao exercício da função jurisdicional (BARROSO, 2019). Mas no controle concentrado a questão constitucional tem natureza principal porque está relacionada ao próprio objeto da demanda (CUNHA JÚNIOR, 2018).

Masson (2016) esclarece que o surgimento do controle difuso ocorreu com o caso *Marbury vs. Madison* nos Estados Unidos e que o sistema concentrado tem sua base na Áustria por causa de Hans Kelsen; o primeiro contrapõe-se ao controle abstrato, porque este último tem como fundamento a promoção objetiva da Constituição (MASSON, 2020).

Masson (2020, p. 1458) argumenta que o controle difuso é exercido a partir de ocorrências fáticas a serem solucionadas pelo Poder Judiciário no desempenho comum de suas atividades jurisdicionais; por esse motivo, não há nenhuma restrição quanto ao tipo de processo e, em regra, os seus efeitos somente alcançam as partes envolvidas na lide.

O controle concentrado exige a via principal, embora o controle difuso ocorra por meio da via incidental. No entanto, Lenza (2017) alerta para uma exceção à regra: o julgamento originário de *Habeas Corpus* e de mandado de segurança pelo STF, na forma do artigo 102, inciso I, alínea “d”, porque são casos de competência originária de um tribunal que poderá ser provocado a analisar a constitucionalidade de uma norma diante de um caso concreto.

A distinção, portanto, entre os dois modelos implica que um sistema atue com base na ação judicial que solicita à jurisdição constitucional o impedimento da promulgação de uma lei ou, ainda, a sua anulação a partir de um caso concreto ou não (HAMON; TROPER,

BURDEAU, 2005). Em outros termos, o controle abstrato e da via direta tem como pedido principal a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, enquanto que no controle concreto e da via de exceção, como regra, esse pedido será secundário.

Lenza (2017) informa que a inconstitucionalidade pode ser discutida de forma abstrata pelas seguintes ações: a ação direta de inconstitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a ação declaratória de constitucionalidade, a representação interventiva e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Vejamos cada uma delas brevemente e sem a pretensão de aprofundá-las em seus aspectos processuais.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade são ações do controle concentrado e da via de ação. A primeira é um meio genérico de proteção constitucional quando há violação por lei ou ato normativo federal ou estadual, enquanto que a segunda preocupa-se apenas com a controvérsia judicial relevante e a existência de decisões judiciais conflitantes em face da Constituição por causa de lei ou ato normativo federal (ZANOTTI, 2014).

Bahia (2017) lembra que a competência para julgamento será do STF quando o parâmetro atacado é a Lei Suprema, por força do artigo 102, inciso I, alínea “a”, no entanto, o julgamento caberá ao Tribunal de Justiça do respectivo Estado em caso de Constituição Estadual. Destaca-se que seus legitimados decorrem também da Lei Suprema, pois o artigo 103 prevê um rol taxativo de sujeitos legítimos para a propositura.

No tema, resta salientar que a legitimação pode ser universal ou especial, caso em que deverá ser demonstrada a pertinência temática, embora parcela da doutrina questione tal obrigatoriedade quando não há previsão expressa (MASSON, 2020). No primeiro grupo enquadram-se o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB e os partidos políticos com representação no Congresso; no segundo grupo estão a Mesa de Assembleia Legislativa dos Estados ou do Distrito Federal, os governadores e a confederação sindical ou a entidade de classe de âmbito nacional (BAHIA, 2017).

É possível a concessão de medida liminar na ADI e na ADC, por maioria absoluta dos integrantes do Tribunal ou, no caso de recesso, por decisão de seu presidente e o mérito exige também maioria absoluta e a presença de, ao menos, oito ministros para julgamento; em regra, a decisão terá efeito contra todos e será retroativa, ainda que por dois terços de seus membros o Tribunal poderá modular os seus efeitos (LENZA, 2017).

A respeito da modulação, salienta-se, por fim, que o STF pode declarar a inconstitucionalidade com ou sem declaração de nulidade. No último caso, o afastamento da regra de nulidade ocorre por uma impossibilidade prática, ou seja, declarar a norma nula e inconstitucional acabaria por trazer mais prejuízos que benefícios (ZANOTTI, 2014).

Especificamente no que concerne à ADC, infere-se que a sua propositura não é baseada em “simples” afronta à Constituição. Mendes (2015a) lembra que deve existir uma legitimação para agir, a qual se relaciona com um estado de incerteza quanto à legitimidade da norma. Lenza (2017) complementa ao relatar que o objetivo da Ação Declaratória de Constitucionalidade é tornar a presunção relativa de compatibilidade em absoluta, por isso a controvérsia é exigida para a admissão.

Por sua vez, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é uma espécie de ADI que busca verificar se “uma omissão em regulamentar determinada norma constitucional também pode gerar a violação da Constituição” (ZANOTTI, 2014, p. 150). Portanto, aplicam-se a ela as considerações anteriores a respeito da ADI e da ADC.

Destaca-se, entretanto, que o fato do artigo 12-A da Lei 12.063/2009 estabelecer os mesmos legitimados da ADI genérica não afastou a possibilidade de que seja ativamente ilegítima aquela autoridade que deu causa a omissão; como exemplo, Zanotti (2014) destaca que o Presidente da República não pode propor ADI por omissão se ele mesmo é o responsável pela iniciativa da lei que não foi editada.

Conforme se extrai do artigo 12-B da Lei 9.868/1999, o objeto será a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento do dever de legislar ou quanto à adoção de providência administrativa (BRASIL, 1999a). Sendo assim, parte da doutrina reconhece quatro requisitos para a propositura de ADO: existência de norma de eficácia limitada; inexistência de medida legislativa ou administrativa; omissão decorrente do não cumprimento de certa e determinada norma constitucional e o decurso de tempo razoável (ZANOTTI, 2014).

Registre-se que as normas constitucionais têm diversas medidas de aptidão para gerar efeitos jurídicos. Ainda que existentes muitos tipos de classificação, elas são usualmente classificadas em três tipos: normas de eficácia plena, normas de eficácia limitada e normas de eficácia contida.

As primeiras são normas constitucionais que, desde a entrada em vigor, conseguem incidir direta e imediatamente sobre a matéria que regulam porque possuem normatividade

suficiente para atuar e não dependem de integração legislativa; por sua vez, as normas de eficácia contida também incidem de forma imediata e prescindem de complemento normativo, no entanto elas admitem a restrição de seus efeitos por meio de atuação do legislador infraconstitucional (CUNHA JÚNIOR, 2018).

As normas de eficácia limitada não conseguem produzir todos os seus efeitos no momento em que a Constituição é promulgada e, por isso, necessitam de uma norma regulamentadora infraconstitucional (LENZA, 2017). Dentro desta perspectiva, há um dever de legislar por parte do Poder Legislativo.

Convém salientar que o objeto real da ADO é a efetividade das normas constitucionais de eficácia limitada, inclusive as que não prescrevem direitos fundamentais. Bahia (2017, p. 386) bem esclarece: “Podem ser objeto da ADO as omissões normativas, totais ou parciais. Ficam de fora as omissões administrativas e judiciais”.

Outra diferença essencial a se destacar entre a ADI genérica e a ADO é a natureza de seus efeitos. No artigo 103, §2º, a Constituição claramente regulamenta que será dada ciência sobre a mora ao poder competente para edição da medida legislativa e, em relação ao órgão administrativo, concedido prazo de trinta dias (BRASIL, 1988); no entanto, é possível que o Tribunal fixe prazo razoável tendo em vista circunstâncias específicas e o interesse público, conforme autorizado pelo artigo 12-H, §1º, da Lei 9.868/1999.

Para finalizar a questão, registre-se que a regra geral do STF era afastar um posicionamento mais concretista, limitando-se a declarar a omissão do legislador; no entanto, a partir de 2007 surgiram decisões menos conservadoras (BAHIA, 2017).

A ação de descumprimento de preceito fundamental surgiu na Constituição de 1988, mais especificamente no artigo 102, e, mais tarde por influência da Emenda nº 3/1993, no §1º, do mesmo dispositivo constitucional (NEVES, 2018). Há que se atentar para o fato de que o STF será competente para julgá-la por força da referida norma constitucional (BRASIL, 1988).

Algo importante a se destacar é a natureza autônoma ou incidental da ADPF; na primeira hipótese ela terá como objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultado de ato do Poder Público, e na segunda exige a arguição de controvérsia constitucional sobre atos normativos de qualquer dos entes federativos, mesmo anteriores à Constituição Federal, quando se está julgando uma controvérsia concreta (BRASIL, 1999b).

Outro ponto essencial é a sua natureza subsidiária, ou seja, a ADPF só será o meio cabível para a tutela da Constituição quando nenhuma outra ação do controle concentrado possa ser utilizada, bem como os seus legitimados são os mesmos da ADI e da ADC (BAHIA, 2017). Destaque-se, entretanto, que a participação do Procurador-Geral da República sempre ocorrerá, pois, quando não atuar como legitimado, obrigatoriamente será fiscal da ordem jurídica (BAHIA, 2017).

O seu objeto são as leis municipais e distritais, oriundas de competência municipal, as normas pré-constitucionais e os atos normativos secundários (BAHIA, 2017) que ofendem aos preceitos fundamentais da Constituição Federal. A dificuldade, no entanto, reside no fato de que o conceito do que seja fundamental não possui embasamento normativo, cabendo a doutrina e a jurisprudência explicitá-lo.

Cunha Júnior (2018) opina que os preceitos fundamentais partem da construção de uma ordem de valores presente na Constituição porque há uma hierarquia axiológica, embora todas as normas tenham imperatividade. Dentro desta perspectiva, conceitua que o preceito fundamental é “toda norma constitucional – norma-princípio ou norma-regra – que serve de fundamento básico de conformação e preservação da ordem jurídica e política do Estado” (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 391).

Zanotti (2014) sugere que sejam fundamentais os princípios dos artigos 1º a 4º, os direitos e as garantias fundamentais dos artigos 5º até 17, bem como toda norma que aponta para o conteúdo do artigo 5º, §3º (tratado de direitos humanos com valor de emenda), as cláusulas pétreas, os princípios constitucionais sensíveis (artigo 34, inciso VII) e os princípios gerais da atividade econômica (artigo 170).

A representação interventiva surgiu como meio de controlar a compatibilidade do ato normativo que decreta uma intervenção nos entes federativos. Lenza (2017) sustenta que ela se apresenta como um pressuposto do atuar dos Chefes do Executivo, cabendo ao Judiciário verificar se estão presentes os pressupostos que a Constituição exige.

Quando é de natureza federal, deve ser processada originariamente perante o STF, na forma do artigo 36, inciso III, e sua legitimidade ativa pertence ao Procurador-Geral da República, em atenção ao artigo 34, inciso VII, isto é, na defesa dos princípios constitucionais sensíveis, ou, ainda, diante da recusa em executar uma lei federal, conforme prevê o artigo 34, inciso VI, 1ª parte (BRASIL, 1988).

Finalizados, para fins de pesquisa, a abordagem dos aspectos teóricos relativos ao controle de constitucionalidade brasileiro, o próximo capítulo aborda o direito fundamental à assistência social e relata a celeuma existente entre o critério de baixa renda legalmente instituído para a concessão do benefício de prestação continuada e o requisito estabelecido pelo STF.

4 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ASPECTOS CONTROVERSOS DO REQUISITO DE BAIXA RENDA

Este capítulo está dividido em duas seções. Na primeira, o direito fundamental à assistência social é apresentado, retomando brevemente a sua origem como benesse, e o BPC é discutido a partir da sua previsão legal e do seu papel enquanto política social; na segunda seção, adentra-se especificamente à celeuma envolvendo o embate jurisprudencial e legal quanto ao critério de baixa renda do benefício.

4.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À ASSISTÊNCIA SOCIAL E O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

Historicamente, a assistência social esteve vinculada à necessidade de realizar boas ações e de ajudar aos mais pobres, pois se acreditava que era preciso demonstrar um comportamento socialmente desejável e contribuir com o estabelecimento de uma sociedade mais equânime. Dessa forma, inicialmente restava afastada a ideia de direito.

Boscari e Silva (2015) sustentam que as ações de ajuda ao próximo sempre estiveram presentes na história da humanidade sob variadas formas, mas, via de regra, conectadas com uma missão religiosa ou uma conduta moral. Na percepção das autoras, a política social acabou se estabilizando a partir de uma dificuldade de diferenciar a prática individual ou grupal voltada para a bondade, a caridade e a filantropia de uma política pública regulada e coordenada pelo Estado.

Torres (2002) vinculou a prática da assistência, até meados de 1934, ao trabalho social desenvolvido por primeiras-damas e funcionários públicos movidos pelo sentimento religioso de prestar serviços ao desvalidos. Também, sustentou que até mais recentemente nas sociedades capitalistas a sua função era filantrópica mesmo quando prestada pelo Estado.

A assistência social teria sido utilizada como forma de controlar conflitos sociais e disciplinar a luta de classes em busca de um resultado: a reprodução das relações sociais. “Supõe-se que, longe de serem percebidas por elas como políticas de responsabilidade do Estado, não só a assistência social mas todas as políticas de proteção social eram vistas sob a ideologia do favor e da filantropia” (TORRES, 2002, p. 189).

Stuchi (2015) inclusive questiona o uso do termo assistência social porque vinculado ao ato de ser assistido por meio da beneficência, da filantropia e da ajuda. Em contraposição, a Constituição Federal de 1988 inovou sobremaneira ao expressamente prever a assistência social

no rol de direitos fundamentais e acabou por romper com o paradigma das constituições brasileiras anteriores. Ao estabelecer a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III) como fundamento da República (BRASIL, 1988), a Lei Suprema criou uma norma de conteúdo amplo a abranger as diversas manifestações do que significa a expressão “ser humano”.

A Constituição Federal estipulou um sistema protetivo do povo brasileiro contra riscos sociais que podem gerar a intranquilidade e a miséria, ação que representou uma conquista para o Estado Social de Direito, o qual deverá intervir para realizar as prerrogativas de segunda geração (AMADO, 2015). Foi ela que concedeu à assistência social um tratamento sistemático porque antes o conceito era amplo e inespecífico, confundindo-se com outros direitos como a saúde e a educação (STUCHI, 2015).

Reis (2013) alega que a assistência social foi elevada à categoria de política pública a partir da Constituição Federal de 1988 e isso implicou em reconhecer que o Estado passou a formular, desenvolver e pôr em prática programas e serviços, regulados e providos pelo próprio ente estatal com a participação da sociedade. Em uma escolha coerente que afastou a contraprestação para os hipossuficientes, a Lei Suprema determinou que a política “será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social” (BRASIL, 1988, s. p).

A partir da concepção de direito, a assistência pode ser entendida como as medidas públicas (estatais) ou privadas que serão prestadas a quem dela necessitar, sem a exigência de contraprestação, com o fim de atender necessidades humanas essenciais, geralmente de forma complementar à previdência social mas sem a observância obrigatória de suas normas quando se mostrar insuficiente para a consecução da dignidade humana (AMADO, 2015).

Relembre-se que a Seguridade Social se apresenta como ações na área da previdência, da assistência e da saúde pública (BRASIL, 1988), mas somente a primeira tem como fundamento um sistema contributivo (AMADO, 2015). Nesse contexto, a Constituição deu a relevância devida para a assistência social aos desamparados ao fazer com que ela fosse respaldada pela maioria das prerrogativas da Seguridade Social.

Por ser parte de um sistema, a política de assistência social tem os seus princípios informadores fundamentados no artigo 194 da Constituição. Desse modo, com as devidas adaptações ao modelo não-contributivo (AMADO, 2015), ela se pauta pela universalidade de cobertura e atendimento, a irredutibilidade do valor dos benefícios, a diversidade da base de financiamento, a gestão quadripartite, a solidariedade, entre outros (BRASIL, 1988).

Ademais, a assistência está expressamente prevista no artigo 6º, *caput*, e devidamente regulamentada pelos artigos 194, 203 e 204, entre outros, da Constituição Federal. Portanto, se antes a referida política social era considerada uma benesse, a sua previsão constitucional impôs a possibilidade do requerente provocar o Poder Judiciário para a tutela do seu direito.

A Constituição ainda é importante porque regulamentou expressamente em seu texto os princípios e objetivos básicos da Assistência (artigo 203):

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
 I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
 II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;
 III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;
 IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
 V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (BRASIL, 1988, s. p.).

Seguindo as diretrizes constitucionais, a Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS (Lei 8.742/1993) buscou se dirigir por uma abordagem de múltiplas ações vindas do Poder Público e da sociedade com a finalidade de aumentar as chances de garantir o mínimo necessário para a vida humana. Seu artigo 1º está assim redigido:

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 (BRASIL, 1993, s.p., grifos nossos).

Nada obstante, o caráter jurídico de direito fundamental, a assistência social não perdeu a sua caracterização histórica de benesse dada aos hipossuficientes ou até aqueles que não desejam trabalhar. Sposati (2007, p. 435) sugere que ela aparece muitas vezes associada a comentários que a caracterizam como “uma área subordinada à ordem econômica, substituta do trabalho, e não como pertencente à ordem social, portanto, afiançadora de condições de defesa de direitos próprios à defesa da dignidade humana”.

Talvez isso ocorra porque a institucionalização da assistência como política pública depende da incorporação da teoria do conflito no direito e do efetivo exercício dos papéis constitucionalmente atribuídos para aqueles que se incumbem da sua execução, tais como o Poder Executivo, os usuários, os trabalhadores e as próprias entidades de assistência (STUCHI, 2015).

Couto (2015, p. 666) identifica a existência de um debate sobre o acesso universal a

direitos sociais pelas pessoas que necessitam da assistência, eis que presentes “pré-conceitos” a materializar essa prerrogativa. Em sua percepção, tal situação invadiu o campo jurídico porque a política social foi regulamentada fora da luta de classes não tendo real compromisso com as melhores condições de vida da população que dela necessita. Portanto,

um direito socioassistencial de natureza fundamental, que deveria ser atuado na esfera administrativa pelas governanças públicas somente tem encontrado o devido amparo e o efetivo mecanismo de defesa em outra esfera, uma vez que a assistência social como gestão de política pública não tem se empenhado em fazer transitar acessos em direitos reclamáveis no âmbito administrativo (PEREIRA, 2012, p. 20).

Amado (2015) informa que ela deve ser prestada de acordo com os recursos públicos disponíveis e as necessidades sociais da época, porque proceder de modo diferente poderia representar prejuízo ao interesse público primário por timidez ou exagero no atuar estatal. Convém salientar que o pagamento insuficiente é sinal de que precisam ser executadas reformas no sistema, mas o pagamento prolongado e excessivo pode gerar acomodação dos beneficiários (AMADO, 2015).

Não obstante, a Política Nacional de Assistência Social, por meio de sua Norma Operacional Básica, estabeleceu como diretrizes centrais de execução a descentralização político-administrativa e a primazia da responsabilidade estatal (BRASIL, 2005). Conseqüentemente, adotou claramente a opção pela obrigatoriedade de intervenção do Estado na consecução dos fins almejados pelo constituinte independentemente de contribuição.

A Constituição (BRASIL, 1988) previu especificamente a fonte de custeio com recursos da Seguridade Social (artigo 195, *caput*) e estabeleceu a descentralização político-administrativa entre a esfera federal (responsável por normas gerais) e as esferas estaduais e municipais, entidades beneficentes e da própria Assistência Social (artigo 204); conseqüentemente, aproximou-se da assistência enquanto direito.

É de se registrar que a LOAS, em seu artigo 4º, estabelece que o atendimento às necessidades sociais se sobrepõe à capacidade de rentabilidade econômica e que o destinatário da assistência deve ser alcançado pelas demais políticas públicas (BRASIL, 1993). A criação de uma Lei Orgânica foi um passo importante porque estabeleceu o Sistema Único de Assistência Social, que “define e organiza os elementos essenciais e imprescindíveis à execução da política” (BRASIL, 2005, p. 39).

Dentro deste contexto, como regra, o constituinte não se preocupou em prever expressamente benefícios assistenciais e deixou para o legislador infraconstitucional

estabelecê-los. Todavia, garantiu todo um sistema normativo próprio para a assistência social e decidiu criar expressamente um meio de subsistência para idosos e pessoas com deficiência, seguindo quiçá a sua inclinação pela proteção dos vulneráveis.

Segundo consta do artigo 203, inciso V, da Constituição, há “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, **conforme dispuser a lei**” (BRASIL, 1988, s. p., grifo nosso). Cuida-se do Benefício de Prestação Continuada – BPC.

O auxílio é uma “efetiva provisão que traduziu o princípio da certeza na assistência social, como política não contributiva de responsabilidade do Estado. Trata-se de prestação direta de competência do Governo Federal, presente em todos os municípios” (BRASIL, 2005, p. 34). Lobato, Burlandy e Ferreira (2015) afirmam que a sua previsão constitucional e a sua lógica voltada para a dispensa de contraprestação fortalecem a concepção da assistência como direito.

O BPC não pode ser tratado como um fonte de gasto grande para o Estado ou um obstaculizador do financiamento da assistência, mas a sua concepção deve se voltar para a retirada de pessoas da indigência e a inclusão do país dentro um patamar civilizatório (BRASIL, 2005). Claramente, a política social do BPC afasta-se normativamente da visão clássica voltada para a benesse e tem como objetivo facilitar o acesso a outros direitos.

Pereira (2012) salienta que a concessão do benefício representou a efetivação de prerrogativas fundamentais em favor dos idosos e das pessoas com deficiência, o que não afastou a sua classificação como direito fundamental autônomo. Em outras palavras, o BPC é um fator de melhoria da qualidade de vida das pessoas contempladas porque já representa a concretização de um direito, mas também é um instrumento apto a promover a configuração e a manutenção de uma proteção jurídica mínima.

A partir da norma constitucional do artigo 203, inciso V, são extraídos os seguintes requisitos para a concessão: a) ser pessoa com deficiência ou idosa e b) possuir baixa renda segundo critério estipulado pelo legislador infraconstitucional. As condições encontram regulamentação na Lei Orgânica da Assistência Social (BRASIL, 1993) e no Estatuto da Pessoa Com Deficiência (BRASIL, 2015).

A condição de idoso é verificada pela simples apresentação de documento hábil a

identificar o requerente e a sua idade, nos termos do artigo 20, §14, da Lei 8.742/1993. Neste caso, a idade deve ser igual ou superior a sessenta e cinco anos, ainda que o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) preveja que a pessoa idosa tem sessenta anos de idade (BRASIL, 2003).

Gonçalves (2016) sugere que o critério de sessenta e cinco anos se contrapõe ao Estatuto do Idoso em uma escolha possivelmente duvidosa do legislador; nessa senda, vem a excluir, evidentemente, aqueles que teriam direito por aplicação do artigo 1º da Lei 10.741/2003. No entanto, a autora também aponta dificuldades no critério relativo à pessoa com deficiência.

Com efeito, a LOAS determina que a pessoa com deficiência é aquela que possui impedimentos de longo prazo de natureza física, sensorial ou intelectual, que, após interação com uma ou mais barreiras, tem obstruída a sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas em igualdade de condições (BRASIL, 1993). É a mesma definição trazida pelo artigo 2º, *caput*, da Lei 13.146/2015:

Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, com interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (BRASIL, 2015, s. p.).

O problema está no fato de que a LOAS conceitua o impedimento de longo prazo como sendo aquele que incapacita a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho por no mínimo dois anos (BRASIL, 1993). Portanto, “Já na avaliação médica, são as deficiências nas funções e na estrutura do corpo, no qual ambas precisam constar limitações no desempenho de atividades e na participação social” (GONÇALVES, 2016, p. 61) que autorizam a concessão do benefício.

Os supracitados requisitos são os menos controversos. Porém, é de se salientar que a aferição da deficiência tem seus obstáculos: se antes estava voltada “apenas” para a existência de uma patologia, agora é preciso verificar a funcionalidade ou incapacidade através da Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde – CIF (LOBATO; BURLANDY; FERREIRA, 2015), o que nem sempre ocorre.

Resta salientar que o requisito de baixa renda será corretamente abordado na próxima seção, porque é sobre ele que recai o principal objeto desta pesquisa e não sobre as demais condições que o requerente deve preencher. Consequentemente, os próximos parágrafos discutem o limite legal de concessão do benefício e apresentam as principais controvérsias sobre a estipulação, pelo Poder Judiciário no exercício da atividade jurisdicional, de um outro critério de hipossuficiência.

4.2 ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO REQUISITO LEGAL DE BAIXA RENDA DO BPC

O critério de baixa renda do BPC é estudado nesta seção, de modo a apresentá-lo de forma mais específica e cuidadosa. Seguindo a determinação constitucional para o estabelecimento de um critério de hipossuficiência, o legislador determinou o parâmetro de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo de renda *per capita* familiar (artigo 20, §3º, da Lei 8.742/1993).

É preciso salientar que o benefício é coordenado e pago pelo Instituto Nacional do Seguro Social, segundo determina o artigo 20, §6º, da Lei 8.742/1993. Por se tratar de autarquia federal vinculada ao princípio constitucional da legalidade (artigo 37, *caput*), a interpretação jurídica mais comum é limitada à aplicação matemática do requisito numérico. Registre-se que o tempo rege o ato e, dessa forma, o limite de renda é verificado considerando a data do protocolo do requerimento administrativo.

Stopa (2019) questiona a utilização justamente do INSS como entidade gestora do benefício porque acredita que seu viés é voltado para a lógica contributiva da Previdência Social, enquanto que o BPC tem caráter de assistência. Então, sempre que possível, impede-se a concessão do benefício até porque as mudanças legislativas não teriam como foco incluir os hipossuficientes.

Ferreira e Reis (2020, p. 115) criticam o requisito que, por ser puramente objetivo, autoriza o indeferimento do pedido para pessoas em estado de miserabilidade que iguala ou ultrapassa o limite legal. No mesmo sentido, há os que defendem a evidente inconstitucionalidade da norma por atacar o conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial protegido por ela (HASSE; BALDISSERA; BALDISSERA, 2017).

Cusciano e Malik (2020) atestam que o limite afasta os cidadãos que estão um pouco acima da linha de pobreza absoluta, mesmo quando sofrem com a falta de serviços básicos; por outro lado, alertam que diversos beneficiários têm o BPC cancelado porque formalmente deixam de preencher o requisito legal, o que aumenta a probabilidade de manutenção do estado de hipossuficiência.

Essa perspectiva encontra base também em Sposati (2007), que entende a assistência como um direito infelizmente relegado à condição de benesse estatal. Se não é realmente uma prerrogativa, a sua prestação é apenas parcial e não preenche o real sentido de diminuir o

impacto da pobreza na dignidade da pessoa humana.

Essa aparente incompatibilidade resultou no ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232/DF, em 1998, pelo Procurador-Geral da República à época. O argumento utilizado pelo chefe do Ministério Público Federal era de que o requisito impedia a concessão do benefício para pessoas evidentemente hipossuficientes (MARQUES, 2016) ou criaria uma presunção absoluta de miserabilidade que não excluiria a possibilidade de comprovação por outros meios (MENDES, 2015b).

A interpretação dada pelo Ministério Público não restou consagrada na jurisprudência do STF naquele momento, mas encontrou seara na doutrina:

considerar o critério de miserabilidade estabelecido no art. 20, da LOAS, como algo absoluto não atende os preceitos constitucionais atinentes à matéria, de forma que é forçoso considerar que o BPC somente alcançará a sua função constitucional de tutelar o mínimo vital dos necessitados se se permitir que todos os meios lícitos de provas, seja em juízo, seja no âmbito administrativo, possam ser utilizados para o fim de demonstrar o estado de necessidade, essencial para o deferimento e gozo do benefício em análise (PEREIRA; 2017, p. 81-82).

E também encontrou espaço entre os magistrados e tribunais inferiores, pois “[...] as decisões judiciais buscaram adotar outras maneiras de conter a aplicação da letra fria do dispositivo legal [...]” (GABAN, 2016, p. 93). É por isso que Silva (2012) reconhece que a atuação do Poder Judiciário pode acarretar em melhorias, sendo muitas vezes a única alternativa para transpor limites legais e equívocos da Administração Pública.

Ademais, aponta-se outros benefícios: a judicialização indica a necessidade de alteração do patamar legal e a importância da participação de outras entidades e de outros órgãos da Administração Pública na execução da política. Ximenes (2016) destaca que, ausentes esses dois pressupostos (mudança legislativa e ampla participação de entidades na gestão), a única alternativa do requerente é buscar no Poder Judiciário a tutela de seu direito.

Dessa maneira, a constitucionalização de direitos significou uma preocupação do constituinte em proteger os indivíduos contra a arbitrariedade do Estado, mas também significou transformar questões políticas em direito (BRASIL, 2016). O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro também contribuiu para o fenômeno da judicialização na medida em que qualquer órgão judicial pode exercê-lo (BRASIL, 2016).

Nessa senda, Pereira (2017) argumenta que o critério deve ser mais amplo a fim de permitir a tutela vital do mínimo que cada um dos hipossuficientes necessita, o que não corresponde ao limite legal de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo. Com base em argumentos

semelhantes, segundo Gaban (2016), o STF, ao julgar a Reclamação nº 4.374/PE, reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo legal para, após, fixar o limite de $\frac{1}{2}$ (meio) salário mínimo.

Bicca e Costa (2015) inferem que a inconstitucionalidade viola a dignidade da pessoa humana, mas criticam o critério jurisprudencial da baixa renda por já entendê-lo ultrapassado como o limite legal. Em suas palavras, “[...] o valor previsto hoje de $\frac{1}{2}$ salário mínimo que se tem levado a cabo [...] ainda está muito longe do ideal para garantir uma vida digna de acordo com os preceitos constitucionais, em que todo ser humano deve ter acesso à cultura, educação, lazer” (BICCA; COSTA, 2015, p. 176).

A boa aplicação da lei talvez exija que os magistrados considerem as peculiaridades do caso concreto, adotem uma interpretação mais razoável e constitucionalmente mais aberta (SOUZA, 2016). Nesse passo, adotar a tese proposta pela Procuradoria-Geral da República no julgamento da ADI nº 1.232/DF passou a ser mais do que uma opção hermenêutica, pois significava adotar a solução condizente com a realidade social da família brasileira (MENDES, 2015b).

Entretanto, Bicca (2011b) defendeu a constitucionalidade no artigo 20, §3º, da Lei 8.742/1993, primeiro, porque sugeriu que a ineficiência do critério legal foi pautada em premissas não comprovadas por empiria; segundo, porquanto uma interpretação conforme a Constituição demandaria grande insegurança jurídica por deixar ao arbítrio de juízes a concessão do benefício para aqueles que estão acima do limite legal.

Convém ressaltar que a declaração de inconstitucionalidade pelo STF não autorizaria a criação de critérios jurisprudenciais, porque nesse caso “[...] estaria legislando positivamente e, conseqüentemente, afrontando a vontade do constituinte de que aquele direito fosse regulamentado pelo Poder Legislativo” (BICCA, 2011b, p. 57). No entanto, a proposta de Bicca (2011b) no sentido de que o legislador deveria o mais rapidamente possível legislar, em caso de que o Judiciário reconhecesse a inconstitucionalidade, não veio a se concretizar.

Essa afirmação se coaduna com a existência de divergência entre Tribunais Federais que, afastando-se do STF, ainda deixam de condenar o INSS a conceder o BPC por tratar a baixa renda como um requisito matemático (SOUZA, 2016). Ademais, mantem-se a crítica ao uso de normas principiológicas, sobretudo a dignidade humana, pelo Poder Judiciário porque elas geram “[...] uma grande insegurança jurídica, uma vez que, à luz do referido princípio, pode-se decidir a mesma causa de forma diversa” (BICCA, 2011a, p. 79).

Outrossim, a judicialização pode ser nociva ao progresso constitucional porque faz do Poder Judiciário um espaço privilegiado de decisões concessivas do benefício ignorando que nem todos têm condições de litigarem judicialmente; outro efeito negativo é o gasto com a tramitação de processos e pagamento de benefícios em atraso após a concessão pelos Juizados Especiais Federais (BRASIL, 2016).

Reis (2013) resume a controvérsia ao defender que a concessão do benefício está dividida entre a intervenção do Poder Judiciário em questões tipicamente políticas e a oportunidade de aprimorar a política social ao ampliar o acesso. A autora reconhece que os critérios de concessão utilizados pelo Supremo Tribunal Federal são variados e buscam fundamentação em princípios e objetivos estabelecidos pela Constituição, mas não afasta a hipótese de que este é o meio de acesso ao BPC.

Ximenes (2016) manifesta-se no mesmo sentido, porquanto acredita que a positivação de direitos pela Constituição não afastou a crença ingênua de que a realidade pode ser transformada pela simples previsão de um texto legal. Em sua percepção, a Constituição Federal de 1988 é típico exemplo desse processo devido ao seu conteúdo dirigente, o que causou uma intensa busca do Poder Judiciário pelos cidadãos.

Ela argumenta que a concessão do BPC fortaleceu a concepção de cidadania ao resgatar a ideia de sujeitos de direitos; dessa maneira, a judicialização de políticas públicas passou a se inserir “em um contexto de crise e reflexão sobre a eficácia do Direito Positivo à luz da sociologia jurídica. Apesar da resistência, o campo jurídico cada vez mais tem considerado elementos não exclusivamente normativos para a solução de seus problemas” (XIMENES, 2016, p. 605).

No entanto, isso não implica em ingerência indevida do Poder Judiciário. Reis (2013) declara que a intervenção do STF na concessão do BPC significou uma possibilidade de diálogo entre os Poderes, porque demonstrou ao Legislativo que o critério estaria defasado, bem como a eventual repactuação legal do limite exigiria a participação do Executivo, financiador e executor da política em comento.

Mas infelizmente o BPC foi regulamentado não como um direito fundamental assegurado constitucionalmente, mas como um ônus com o qual o Estado tem a obrigação de arcar e que, portanto, representa impacto negativo nos cofres públicos; nesse diapasão, o benefício se afastou da concepção de cidadania que deveria tê-lo norteado (PEREIRA, 2012).

Santos, Souza e Jesus (2015) defendem que o reconhecimento do direito não afastou a regulamentação de critérios restritivos que inviabilizam o acesso ao BPC, especialmente a renda *per capita* que impediria a concessão para mais de um membro da família. Para as pesquisadoras citadas, os interessados “burlam” o sistema optando por realizarem atividades na informalidade, em detrimento de um trabalho formal e legalizado, o que aumentaria ainda mais a lógica da exclusão.

Segundo as autoras, foi possível verificar a existência de processos judiciais em Florianópolis/SC em que magistrados utilizaram o direito à saúde, a existência de incapacidade laborativa e o trabalho formal para negarem a concessão. Nessa senda, parece que o precedente aberto pelo STF não foi capaz de estipular verdadeiramente um critério objetivo para equalizar as decisões judiciais.

Retoma-se, portanto, o entendimento já exposto acima de Bicca (2011a). Ela afirmou que o Supremo Tribunal Federal não criaria critérios objetivos e provocaria um assistencialismo estatal que “[...] só se justifica em situações extremas e moralmente justificáveis e deve ser prestado de modo a não retirar de cada pessoa, à luz do tão prolatado princípio da dignidade da pessoa humana, o estímulo para trabalhar [...]” (BICCA, 2011a, p. 58).

A crítica é voltada para a concessão ampla do benefício porque o STF taxou o requisito de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo de ineficiente e rigoroso e, por consequência, ao utilizar interpretação extensiva da lei, julgou improcedentes as reclamações do INSS (BICCA, 2011a) antes de 2013, quando julgou a Reclamação nº 4.374/PE; por outro lado, o Tribunal não trouxe critérios jurídicos objetivos para o deferimento.

Em perspectiva contrária, Langoski e Leal (2021) apoiam a adoção do critério jurisprudencial pelo INSS por entendê-lo como meio de facilitar o acesso e garantir o direito fundamental do cidadão a uma boa gestão pública. Argumentam que o Estado não está mais vinculado a uma interpretação legalista da lei porque ele deve “[...] motivadamente, executar as prescrições legais de forma compatível com as normas fundamentais da Constituição e as demais normas jurídicas vigentes [...]” (LANGOSKI; LEAL, 2021, p. 208).

No entanto, as autoras esquecem que a concessão do benefício apenas a partir do critério jurisprudencial não resolverá totalmente o problema. Primeiro porque haverá os hipossuficientes que estão acima do patamar de meio salário mínimo e segundo porque a própria aplicação do limite reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal depende de qual magistrado

julgará: existem aqueles que defendem uma aplicação automática e aqueles que exigem a demonstração efetiva da hipossuficiência no caso concreto.

Dessa forma, qual das interpretações é a mais adequada? Deve o INSS automaticamente aplicar o critério de meio salário mínimo, conforme propõe as autoras, ou é de fato atribuição do Poder Judiciário verificar a hipossuficiência concretamente para, então, autorizar a concessão do benefício?

Decisões judiciais dos Tribunais Inferiores já estiveram baseadas em princípios para fundamentar a aferição da hipossuficiência, o que prestigiaria a guarda da Constituição (BRASIL, 2016). Porém, verifica-se três argumentos para a divergência entre os Tribunais Regionais Federais e o INSS: a) a observação não obrigatória do parâmetro de meio salário mínimo; b) a necessidade de analisar a hipossuficiência com outros meios de prova no caso concreto e c) a consideração de outras formas de composição de renda, com o desprezo de benefícios assistenciais ou previdenciários já pagos (BRASIL, 2016).

Nesse contexto, Pereira (2012) defende o papel do Judiciário porque percebeu o cerceamento ao acesso do BPC, que exige a comprovação de que o demandante e a sua família são hipossuficientes. Por exemplo, o número de integrantes do núcleo familiar afeta diretamente o requisito de pobreza, eis que o legislador utilizou o critério de renda *per capita* familiar. Tal situação tornou ainda mais restritivo o acesso porque há proibição expressa ao recebimento de outros benefícios por familiares no artigo 20, §4º, da Lei 8.742/1993 (BRASIL, 1993).

De forma a contornar a situação, os juízes costumam aplicar critérios retirados de diversas leis e até mesmo do contexto fático. Entre os mais destacados estão o emprego da renda com a aquisição de medicamentos, condições de moradia, necessidade da ajuda de terceiros e a exclusão da renda familiar *per capita* dos valores recebidos por familiares a título de benefícios assistenciais ou previdenciários (BRASIL, 2016).

Entre outras palavras, “[...] apesar do Poder Judiciário exercer um papel fundamental na efetivação de um direito constitucional, a não uniformidade de critérios entre o INSS e a instância judicial prejudicam a isonomia [...]” (BRASIL, 2016, p. 25).

Por outro lado, utilizar o critério de meio salário mínimo não significa a inexistência de vantagens: com efeito, possivelmente ocorreria uma diminuição da quantidade de processos judiciais se o INSS adotasse a interpretação jurisprudencial; e, na seara judicial, o benefício seria concedido de forma mais equânime. O ponto central, no entanto, é destacar que o

ajuizamento de uma ação demonstra que os requerentes são sujeitos de direito em vez de representar a invasão do Poder Judiciário na seara de uma decisão política a respeito do valor do benefício (XIMENES, 2016).

A intervenção judicial concede espaço e visibilidade para uma parcela da população que não é abrigada pelo requisito legal. É necessário discutir o acesso ao direito pela sociedade como meio de incentivar o exercício da cidadania, de modo que, antes de reduzir o debate ao impacto financeiro ou à separação dos Poderes, talvez as críticas devam se pautar pelo reconhecimento de que o Poder Judiciário deu voz aos requerentes (XIMENES, 2016).

Saliente-se que, se por qualquer motivo, os requisitos deixarem de ser preenchidos já não existirá motivo para a continuidade do pagamento. Com efeito, verifica-se a concessão equivocada porque entre os contemplados já foram encontrados donos de propriedades rurais e pessoas que recebiam mais de dois mil reais; no entanto, isso não afasta a necessária discussão a respeito da readequação dos critérios legais (CUSCIANO; MALIK, 2020).

Dessa forma, a atuação judicial parece ter se tornado uma condição necessária à concessão e à manutenção do BPC para muitos dos requerentes ante a existência de um critério legal possivelmente limitador. Assim, conhecendo melhor a controvérsia sobre o requisito de baixa renda do auxílio, o próximo capítulo adentra às reflexões sobre os julgamentos da ADI nº 1.232/DF e da Reclamação nº 4.374/PE e suas implicações para o acesso ao BPC.

5 A ANÁLISE DO JULGAMENTO DA ADI Nº 1.232/DF E DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL Nº 4.374/PE À LUZ DO ACESSO AO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

Este capítulo se debruça sobre a análise dos julgados selecionados para a pesquisa. Está dividido em três seções: a primeira aborda o julgamento da ADI nº 1.232/DF, momento em que originalmente foi realizado o controle concentrado de constitucionalidade da norma do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/1993; após, a segunda seção discorre sobre a Reclamação Constitucional nº 4.374/PE, por meio da qual o STF mudou o seu entendimento a respeito da constitucionalidade do dispositivo em comento.

A última parte apresenta a síntese da investigação ao retomar ideias das seções anteriores para demonstrar que a atuação do STF, por meio do controle de constitucionalidade, afetou a concessão do BPC mas não pacificou a discussão a respeito dos critérios.

5.1 ANÁLISE DO JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.232/DF PELO STF

É preciso frisar que esta pesquisa utilizou o método dialético e que ela parte do pressuposto de que a tese e a antítese já estão delineadas nas decisões em estudo. A primeira hipótese afirma que a declaração de constitucionalidade na ADI nº 1.232/DF impediu ou obstaculizou o acesso ao benefício e, portanto, esta é a tese que será defendida neste momento.

Cabe salientar mais uma vez que o benefício de prestação continuada está expressamente previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, o qual dispõe que, conforme dispuser a lei, será devido o pagamento de um salário mínimo à pessoa idosa ou com deficiência que não tiver meios de prover o seu sustento ou de tê-lo provido por sua família (BRASIL, 1988).

Em atenção à ordem do constituinte, o legislador editou a Lei 8.742/1993 e regulamentou o critério de baixa renda em $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, na forma do artigo 20, §3º. No entanto, tão somente cerca de cinco anos depois, a Procuradoria-Geral da República ajuizou a ação direta de inconstitucionalidade argumentando que o dispositivo limitaria demasiadamente o acesso ao BPC (STF, 1998).

Tratou-se, portanto, de controle concentrado de constitucionalidade (LENZA, 2017), pela via de ação (TEMER, 2007), apto para discutir a incompatibilidade com o direito fundamental à assistência, que deveria ser prestada “a quem dela necessitar” (BRASIL, 1988).

Da mesma forma, sendo o ato normativo questionado uma lei federal (BAHIA, 2017), ficaram preenchidos os requisitos para a propositura de ADI perante o STF porque a Lei 8.742/1993 estaria impedindo a concessão do benefício de forma ampla, conforme não preconizado pela Constituição.

Com efeito, foi nesse sentido a manifestação da PGR porque o requisito de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo afastava outros necessitados em franca incompatibilidade com a possibilidade do constituinte ter ordenado ao legislador ordinário estabelecer diversos requisitos (STF, 1998). Em outras palavras, a hipossuficiência poderia ser comprovada por outros dispositivos de lei, tais como as provas regulamentadas pelo Código de Processo Civil.

Diante da celeuma, em 27 de agosto de 1998, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reuniu-se para julgar a ADI nº 1.232/DF, cerca de dois anos após a regulamentação dos critérios e um ano antes da operacionalização das concessões pelo INSS (REIS, 2013). A ação teve a relatoria do ministro Ilmar Galvão e, dos onze ministros que compunham a Corte Suprema, três justificaram ausência: Marco Aurélio Mello, Sydney Sanches e Celso de Mello (STF, 1998).

Em seu relatório, o ministro Ilmar referenciou as manifestações pela improcedência da demanda por parte do então Presidente da República, do Presidente do Congresso Nacional e da Advocacia-Geral da União e o pedido de parcial provimento da Procuradoria-Geral da República, na pessoa da Subprocuradora-geral da República à época (STF, 1998).

A PGR havia feito um pedido cautelar para suspender a eficácia da norma impugnada. No entanto, antes da distribuição do processo para o relator, o ministro Maurício Corrêa indeferiu o pleito sob o fundamento de que a estipulação de pensão ou de benefício semelhante deveria considerar “[...] fundamentalmente, dois fatores; de um lado a necessidade do beneficiário, e de outro, a possibilidade de quem arca com o encargo [...]” (STF, 1998, p. 97, grifos no original).

Tal constatação se aproxima da crítica feita por Stopa (2019) e Sposati (2007). A primeira alega existir um equívoco na concepção econômica do BPC, de modo a negar a concessão, porque o seu fundamento está na desnecessidade de contraprestação; a segunda relembra que a assistência ainda é vista como uma política relegada ao segundo plano, porquanto vinculada a uma perspectiva de subalternidade a afastá-la da noção de direito.

Ora, desde o indeferimento da cautelar a Corte Constitucional já sinalizava para a preocupação com os aspectos econômicos da concessão do benefício. Verifica-se que a relação

existente entre direito e dever se pautou pela lógica da demanda e da oferta, porquanto a Constituição teria deixado para o legislador infraconstitucional caracterizar o critério que corresponderia à obrigação financeira do Estado.

Em outra perspectiva, a PGR afastava a inconstitucionalidade se a interpretação a ser consagrada pelo STF fosse no sentido de que o legislador apenas estabeleceu um parâmetro de baixa renda entre vários possíveis; o Poder Legislativo teria estabelecido uma presunção absoluta de direito acerca da hipossuficiência para aqueles que se enquadrassem no limite legal, mas não teria afastado outros requisitos (STF, 1998).

Nesse cenário, o constituinte teria empregado o termo “conforme dispuser a lei”, no artigo 203, inciso V, da Constituição, para autorizar o legislador por meio de qualquer lei a estabelecer critérios e não um único critério. No entanto, o termo “a lei”, no singular, afastaria essa interpretação, embora o voto do relator Ilmar Galvão rechace essa última opção hermenêutica.

O acórdão estudado registra que, na percepção do magistrado, a Constituição criou uma norma de eficácia limitada, condicionada à edição de lei, e que “Adveio, finalmente, a LEI exigida pelo art. 203, V, da Constituição da República: **a Lei Federal nº 8.742/1993**” (STF, 1998, p. 99, grifos no original). Dentro desta perspectiva, não haveria nenhuma inconstitucionalidade no artigo 20, §3º, porque o legislador limitou-se a garantir o direito ao BPC ao estipular um critério legal.

No entanto, a inconstitucionalidade para o ministro Ilmar Galvão residia mais do que na condição de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo de renda *per capita* familiar: a afronta à Constituição estaria no desatendimento do dever de prestar a assistência “a quem dela necessitar” (conforme se extrai expressamente do *caput* do artigo 203). Considerando que o BPC é um benefício integrante da assistência, não faria sentido adotar uma interpretação restritiva a impedir a demonstração de miserabilidade no caso concreto.

Nesta perspectiva, existiria uma inconstitucionalidade por omissão, na medida em que ela se caracteriza pelo desrespeito do dever constitucional de legislar (BARROSO, 2019). A existência de uma norma afasta a total incompatibilidade, mas permanece uma inadequação parcial na medida em que, para Masson (2020), o desatendimento completo à Constituição caracteriza em parte a inconstitucionalidade.

Essa é a mesma visão de Pereira (2017) porque a adoção do critério de $\frac{1}{4}$ do salário

mínimo não atenderia aos critérios constitucionais atinentes à matéria. Afirma o autor que todos os meios de prova, seja no âmbito judicial ou no âmbito administrativo devem ser considerados na demonstração e, conseqüentemente, no deferimento do BPC.

Mas a percepção do ministro Ilmar não foi adotada pelos demais julgadores. Nelson Jobim abriu a divergência ao destacar que “compete à lei dispor a forma de comprovação. Se a legislação resolver criar outros mecanismos é problema da própria lei. O gozo do benefício depende de comprovar na forma da lei, e esta compreendeu de comprovar dessa forma” (STF, 1998, p. 103).

Frisa-se que o voto de Nelson Jobim indica que a norma do artigo 203, inciso V, da Constituição teria natureza de eficácia limitada, porque “não se trata de autonomia de direito algum, pois depende de existência da lei, da definição” (STF, 1998, p. 103). Mesmo concordando com Ilmar Galvão sobre a natureza da norma, o ministro chegou a uma interpretação distinta na medida em que a falta de outros critérios não invalidaria o requisito já existente.

O constituinte teria garantido autorização para que o legislador infraconstitucional estabelecesse as condições que lhe aproovessem, sendo discricionariedade sua o modo ou, talvez, a quantidade delas. Ocorre que em sua liberdade legislativa resolveu estabelecer apenas um critério, o que deixaria em aberto a possibilidade de inconstitucionalidade por omissão.

Considerando que o objeto da ADI era a verificação da inconstitucionalidade do critério de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo não haveria incompatibilidade alguma com a Constituição porque, embora desacompanhado de outras formas de comprovação, o requisito era uma expressão da vontade legislativa cumprindo uma determinação constitucional. A mesma argumentação é extraída do voto do ministro Sepúlveda Pertence:

Sr. Presidente, considerando perfeita a inteligência dada ao dispositivo constitucional, no parecer acolhido pelo Relator, no sentido de que o legislador deve estabelecer outras situações caracterizadoras da absoluta incapacidade de manter-se o idoso ou o deficiente físico, a fim de completar a efetivação do programa normativo de assistência contido no art. 203 da Constituição. A meu ver, isso não a faz inconstitucional nem é preciso dar interpretação conforme à lei que estabeleceu uma hipótese objetiva de direito à prestação assistencial do Estado (STF, 1998, p. 105).

Barroso (2019) e Moraes (2018) confirmam em parte essa possibilidade porquanto sustentam que a inconstitucionalidade por omissão se apresenta como uma incompatibilidade que ofende o dever de legislar imposto pela Constituição. No entanto, cabe salientar que essa omissão teria natureza parcial (MASSON, 2020) na medida em que o critério de $\frac{1}{4}$ (um quarto)

do salário mínimo foi considerado constitucional; simplesmente constatou-se a ausência de outros requisitos.

Ante o exposto, a ADI foi julgada improcedente, porque, vencido o voto do relator, restou ganhadora a tese de que o constituinte autorizou a criação de critérios infraconstitucionais segundo a liberdade legislativa; conseqüentemente, a existência de um único critério (com ou sem a possibilidade de adoção de outras condições) não criaria automaticamente uma incompatibilidade com a Constituição.

Por fim, salienta-se que a declaração de constitucionalidade ocorreu em contexto de controle concentrado. Sendo assim, os seus efeitos foram, em regra, opostos contra todos, vinculando, em tese, o próprio Poder Judiciário, e retroativos, porque não ocorreu modulação (LENZA, 2017; STF, 1998).

Verifica-se que a decisão do STF dificultou o acesso ao benefício do ponto de vista formal, no entanto, ao que parece, não impediu que diversos requerentes obtivessem o pagamento do BPC devido a decisões judiciais conflitantes com o julgado da Corte Suprema (SOUZA, 2016). Portanto, acredita-se que a tese proposta foi confirmada, embora com uma ressalva a ser melhor discutida adiante.

5.2 ANÁLISE DO JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL Nº 4.374/PE PELO STF

A segunda hipótese de trabalho afirma que a declaração de inconstitucionalidade da norma do artigo 20, §3º, da Lei nº 8.742/1993, permitiu ou facilitou o acesso ao benefício. Nessa seção, será demonstrado que a atuação do STF favoreceu a concessão do BPC, pois fixou que o limite legal não era mais compatível com a política de assistência social.

É sabido que a fixação de tese favorável à constitucionalidade na ADI nº 1.232/DF não afastou a constante provocação do Poder Judiciário para fins de concessão do auxílio. Após sucessivas reclamações interpostas pelo INSS, no dia 18 de abril de 2013, o Plenário do STF se reuniu para um novo julgamento do tema via Reclamação nº 4.374/PE; decidiu pela inconstitucionalidade da norma, sem pronúncia de nulidade, nos termos do voto do relator Gilmar Mendes.

É necessário registrar que, diferentemente da ADI, a Reclamação representou o controle de constitucionalidade difuso e pela via de exceção (LENZA, 2017; TEMER, 2007). O próprio relator assim se manifestou sobre o uso de um recurso constitucional para revisar uma decisão

do controle concentrado:

Em segundo lugar, é natural que o Tribunal, ao realizar o exercício – típico do julgamento de qualquer reclamação – de confronto e comparação entre o ato impugnado (o *objeto* da reclamação) e a decisão ou súmula tida por violada (o *parâmetro* da reclamação), sinta a necessidade de reavaliar o próprio parâmetro e redefinir os seus contornos fundamentais (STF, 2013, p. 22-23).

A fim de apontar que o Judiciário poderia interferir, Gilmar Mendes alegou que o Estado fica obrigado a “assegurar condições *normativas* (edição de normas e conformação de órgãos e procedimentos) e *fáticas* (manutenção de um estado de coisas favorável, tais como recursos humanos e financeiros) necessárias à efetividade do direito fundamental” (STF, 2013, p. 37, grifos no original).

Nesse ponto, registre-se a manifestação da Procuradoria-Geral da República pelo desprovimento do recurso, haja vista que a decisão poderia significar a análise de matéria fático-probatória por um Tribunal Superior (GABAN, 2016). A opinião encontrou alguns votos favoráveis, mas acabou sendo rechaçada (STF, 2013).

No mérito, segundo o relator Gilmar Mendes, a inconstitucionalidade causava um grave problema social a partir de “[...] uma desencontrada relação entre a letra objetiva da lei e a vontade da Constituição [...]”; destacou que “o art. 203, inciso V, da Constituição era despido de qualquer eficácia” e que “[...] o advento da legislação regulamentadora não foi suficiente [...]” (STF, 2013, p. 8 e 9).

Portanto, o Tribunal revisitou conclusões já emanadas nos votos de alguns ministros que julgaram a ADI nº 1.232/DF, em especial trazendo novamente para o debate o problema da inconstitucionalidade por omissão, haja vista que o legislador teria se omitido do dever de legislar (ZANOTTI, 2014). No entanto, capitaneado pela relatoria, o STF passou a reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/1993.

Nesse diapasão, a Corte Suprema modificou o seu entendimento e permitiu que a declaração de constitucionalidade sofresse revisão. É de se registrar que as normas nascem com presunção relativa de compatibilidade e que após o controle, em tese, ela se torna absoluta (LENZA, 2017). No entanto, as constantes transformações da sociedade podem alterar a percepção a respeito da compatibilidade, levando o aplicador do direito a reconsiderar a sua interpretação.

Assim, o ministro sugeriu que o Tribunal considerasse as mudanças sociais e econômicas em matérias previdenciária e assistencial, as quais trouxeram o valor de renda *per*

capita familiar para o patamar de $\frac{1}{2}$ (meio) salário mínimo (STF, 2013, p. 37). Embora pareça se aproximar da analogia, infere-se que Gilmar Mendes afastou tal hipótese porquanto alegou que as alterações legislativas demonstravam uma “inconstitucionalização” da assistência no limite de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo de renda *per capita* por família.

Esse processo de incompatibilização decorreu do surgimento de novas leis para a assistência social e para o ramo do direito previdenciário, o que levaria a crer em uma vontade do legislador no sentido de aumentar o requisito para se ajustar às transformações sociais e aos preceitos constitucionais. O emprego de analogia, se fosse realmente o caso, representaria a busca da vontade real do ordenamento jurídico após um relapso do legislador que não alterou a Lei 8.742/1993.

Dentro desta perspectiva, “[...] os critérios criados e posteriormente sumulados pelos Juizados Especiais visavam apenas preencher a patente lacuna normativa em tema de assistência social do idoso e do deficiente [...]” (STF, 2013, p. 34) a fim de realizar os fins constitucionais. O relator observou ainda que a Constituição definiu objetivos para o combate a marginalização, a pobreza e as desigualdades sociais e regionais, bem como ordenou a promoção do bem de todos (STF, 2013).

Barroso (2019) lembra que a aplicação de uma lei inconstitucional equivale a deixar de aplicar a Constituição. Deveras, se o critério de baixa renda é incompatível com a Lei Máxima, então, seria urgente afastar a declaração anterior do Supremo Tribunal Federal para garantir o sistema normativo e a supremacia constitucional.

No entanto, deve-se ter em mente que a decretação de inconstitucionalidade pelo sistema difuso tem efeitos apenas entre as partes (LENZA, 2017) e, portanto, a mudança de interpretação do STF não teve efeito automático para todos os interessados. Tal situação, talvez, tenha causado a ocorrência do emprego de critérios diversos e a verificação de decisões conflitantes após o julgamento da Reclamação (SANTOS; SOUZA; JESUS, 2015; SOUZA, 2016).

Outrossim, a decisão do Tribunal se contrapõe à opinião de Bicca (2011b) no que concerne à possibilidade de influência do Judiciário na esfera legislativa. Antes do julgamento da Reclamação em comento, a autora se manifestou pela eventual declaração de inconstitucionalidade pela Corte Suprema, a qual não deveria ultrapassar o limite do controle ao estipular requisitos para o deferimento.

Em perspectiva diversa, o STF entendeu estar cumprindo o seu papel de guardião da Constituição Federal e, ao mesmo tempo, estar atuando no necessário balanceamento entre os Poderes da República (STF, 2013). Gilmar Mendes defendeu que “o Tribunal, sem assumir o compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, passou a aceitar a possibilidade de uma *regulação provisória do tema pelo próprio Judiciário*” (STF, 2013, p. 40, grifo no original).

Curioso notar, entretanto, que o relator afasta a possibilidade de intervenção judicial em determinado momento porque

É certo que não cabe ao Supremo Tribunal Federal avaliar a conveniência política e econômica de valores que podem ou devem servir de base para a aferição da pobreza. Tais valores devem ser resultado de complexas equações econômico-financeiras que levem em conta, sobretudo, seus reflexos orçamentários e macroeconômicos e que, por isso, devem ficar a cargo dos setores competentes dos Poderes Executivo e Legislativo na implementação de políticas de assistencialismo definidas na Constituição (STF, 2013, p. 45-46).

Ocorre que, em sua percepção, não interferir seria deixar de incentivar um sistema jurídico coeso e coerente de seguridade social, a qual já não consideraria o parâmetro de baixa renda da lei se comparado com o valor de outros benefícios (STF, 2013). Dessa maneira, os argumentos do ministro se aproximam de Reis (2013), porque a autora aceita a intervenção judicial como um meio de demonstrar ao Legislativo a superação do requisito legal.

É fato que a existência de inconstitucionalidade por omissão já tinha sido apontada na ADI nº 1.232/DF, sendo desnecessário uma declaração expressa nesse sentido. Portanto, a mudança de posicionamento do Tribunal ocorreu a partir de dois pressupostos: a declaração de inconstitucionalidade do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/1993 e a imprescindibilidade de solucionar os efeitos da mora legislativa.

Dentro desse contexto, o STF afastou-se da tradicional decretação de inconstitucionalidade para adentrar a uma posição mais concretista dos direitos fundamentais, tal como aponta Bahia (2017). Nessa perspectiva, a intervenção do Poder Judiciário pode ser vista apenas como um meio eficaz de garantia dos preceitos constitucionais que não foram devidamente executados.

Stuchi (2015) é uma autora importante na compreensão do posicionamento adotado pelo STF, porque ela responsabiliza todos os atores envolvidos na política de assistência social, segundo as atribuições constitucionalmente repartidas. Gilmar Mendes sustentou que a Suprema Corte mantinha um posicionamento mais restrito e que não reconhecia a fungibilidade

entre a ADI e a ADO em 1998 (STF, 2013); naquele contexto, portanto, a decisão foi coerente com a interpretação do papel atribuído pela Constituição ao Tribunal.

O relator considerou que a decisão pela constitucionalidade em 1998 foi lógica, mas não resolveu a omissão além de criar um ambiente favorável ao surgimento de “interpretações criativas” por parte de tribunais e juízes (STF, 2013, p. 34). Confirma-se, desse modo, o surgimento de requisitos variados de concessão do BPC por meio da atuação judicial (GABAN, 2016).

Após quinze anos, a jurisprudência do Tribunal Supremo evoluiu o suficiente para sustentar a interferência no campo das políticas públicas, ainda que, conforme sustenta Ximenes (2016), despertando as críticas relativas ao ativismo judicial. O voto do relator traz claramente a preocupação com a agenda proposta pela Constituição no que concerne aos direitos fundamentais.

Gilmar alegou que o novo modelo constitucional buscou superar a democracia meramente formal por meio da constitucionalização dos direitos fundamentais e da criação de instrumentos aptos a judicializar essas pretensões; em sua percepção, as promessas do constituinte se tornaram projetos de ação uma vez que foram devidamente positivadas (STF, 2013).

Saliente-se que a tentativa de reforma constitucional não pode agredir o núcleo dos direitos fundamentais, por se tratarem de cláusula pétrea (BRASIL, 1988; MENDES, 2015a) Nessa perspectiva, o relator argumentou que o BPC e o seu critério de concessão foram consagrados na Lei Máxima, motivo pelo qual ficaram protegidos contra a reforma por existir um postulado de proporcionalidade a exigir um mínimo e um máximo de proteção.

Ademais, a declaração de inconstitucionalidade veio com a proposta de não ser declarada a nulidade da norma. Trata-se de clara atenuação do controle de constitucionalidade clássico, porque toda norma incompatível com a Constituição deve ser considerada inválida (FERREIRA FILHO, 2020).

Também, o STF parece ter utilizado o instituto da modulação dos efeitos da decisão, previsto no artigo 27 da Lei 9.868/1999. Nesse ponto, cabe frisar que a modulação é prevista para o controle concentrado de constitucionalidade em sede de ADI, mas que tem sido amplamente utilizada em outros contextos.

Embasando-se em decisão do Tribunal Supremo da Alemanha para caso semelhante,

Gilmar Mendes alegou que a pronúncia de nulidade poderia gerar uma situação mais grave que a exposta nos autos, motivo pelo qual o Judiciário deveria manter a norma válida até que o legislador estabelecesse um novo critério (STF, 2013, p. 43).

Ao que parece, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade permitiu o reconhecimento formal de que o critério de baixa renda se encontrava defasado, sendo possível consignar que facilitou o acesso ao BPC ao igualar a decisão do Tribunal Supremo com as condenações emitidas pelos juízes federais e Tribunais Regionais Federais. No entanto, o STF não equalizou a discussão a ponto de automaticamente determinar a concessão por todos os tribunais ou pela própria Administração Pública.

5.3 REFLEXÕES SOBRE OS JULGAMENTOS DA ADI Nº 1.232/DF E DA RECLAMAÇÃO Nº 4.374/PE

De modo a realizar a síntese inicialmente proposta, a última hipótese de trabalho desta pesquisa foi a seguinte: “ao mudar o seu entendimento sobre a constitucionalidade do artigo 20, §3º, da Lei nº 8.742/1993, o STF não solucionou definitivamente o problema da inconstitucionalidade como obstáculo à concessão do BPC, mas mostrou um perfil mais concretista da Corte”.

Convém salientar que a ADI nº 1.232/DF e a Reclamação nº 4.374/PE se apresentam em um mesmo contexto constitucional: estão pautadas pela mesma força normativa da Constituição (HESSE, 1991), que decidiu regulamentar a assistência social como um direito. No entanto, em nenhum momento isso afastou a possibilidade jurídica de adoção de diferentes perspectivas quanto ao controle de constitucionalidade (STF, 1998; 2013).

De acordo com o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (BRASIL, 2016), a constitucionalização do direito e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade afetaram a judicialização de políticas públicas, que aumentou consideravelmente. Entretanto, verifica-se que o texto parâmetro continua sendo a Constituição Federal (CUNHA JÚNIOR, 2018) e que os princípios, especialmente a dignidade da pessoa humana, já constavam no texto constitucional tanto em 1998 quanto em 2013.

Reforça-se o fato de que a inconstitucionalidade em ambos os casos teve natureza material, recaindo a tutela sobre a supremacia do conteúdo normativo da Lei Suprema. É dizer: a possível ocorrência de violação ao devido processo legal legislativo (MENDES, 2015a; LENZA, 2017) nunca foi ventilada em qualquer dos acórdãos estudados.

Nessa conjuntura, o STF continuou executando o controle de constitucionalidade a partir da perspectiva de que é o guardião da Constituição, segundo o que ela mesma determina no artigo 102, *caput* (BRASIL, 1988). Seja pelo sistema difuso ou pelo sistema concentrado a sua participação, caracterizadora do controle judicial (MENDES, 2015a), era esperada porque estava em jogo o escalonamento hierárquico das leis proposto por Kelsen (2021).

Dessa feita, a mudança de posicionamento da Corte trouxe para discussão a possibilidade de rever posicionamentos adotados em sede de controle de constitucionalidade. No entanto, ainda representou a tutela da supremacia constitucional (BARROSO, 2019), porquanto, conforme ensina Cunha Junior (2018), ela pode ser tutelada de forma objetiva (direta) ou subjetiva (indireta) – leia-se a finalidade sempre será a proteção da Lei Suprema.

Conforme o ministro Gilmar Mendes, a jurisprudência do STF evoluiu muito em termos de controle de constitucionalidade a fim de garantir uma maior proteção à Constituição (STF, 2013). Em 1998, o Tribunal limitou-se a destacar uma relação econômica conformada pelo binômio necessidade e possibilidade; portanto, afastou-se dos aspectos econômicos e sociais, bem como da atuação do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, aspectos tão destacados na Reclamação nº 4.374/PE.

Parece que a segunda decisão coaduna-se mais com a perspectiva da assistência social como um direito porque se preocupa em tornar os anseios constitucionais concretos. Ora, adotando a visão dos autores Couto (2015) e Amado (2015), é possível perceber que o ornamento jurídico precisa rever a sua perspectiva a respeito da assistência de modo a tornar a sua prestação proporcionalmente adequada ao combate à miséria.

Nada obstante, o STF cumpriu o seu papel de guardião da Constituição na ADI nº 1.232/DF se o conceito de guardar aponta para a verificação da compatibilidade entre normas superiores e normas inferiores. A sua postura se apresentou em um contexto de maior separação entre os Poderes da República e limitou-se a um controle de constitucionalidade clássico por meio do qual declarou que o artigo 20, §3º, da Lei 8.742/1993 se apresentava compatível com a hierarquia das normas.

Cusciano e Malik (2020) explicam que a interpretação do Plenário voltou-se para o princípio da legalidade estrita, afastando outras leis com valor normativo. É justamente esse o ponto de central da crítica efetuada por Langoski e Leal (2021): a não adoção de outras normas jurídicas tão importantes para o ordenamento jurídico equivaleria a desvirtuar o sentido de legalidade por meio de uma interpretação legalista.

Se o STF afastou sumariamente a possibilidade de reconhecer outras leis já promulgadas como meios de comprovação da hipossuficiência na ADI, então, destacou que a norma de eficácia limitada admite complemento específico. Ainda que aparentemente “conservadora”, a postura evita o surgimento de critérios com base em qualquer dispositivo de lei ou da Constituição.

Portanto, em 1998, o STF adotou a tese defendida por Bicca (2011a), porque ela sustenta que não é papel do Judiciário interferir na liberdade legislativa, especialmente quando o Legislador tem o direito constitucional de definir os critérios que deseja. Se o Poder Legislativo tinha a intenção de aumentar o critério de baixa renda, afinal ele trouxe importantes mudanças legislativas no âmbito da assistência e da previdência como defendeu o ministro Gilmar Mendes (STF, 2013), por que não alterou o requisito do BPC?

Acontece que a Reclamação nº 4.374/PE afastou-se da decisão proferida na ADI nº 1.232/DF porque relativizou ainda mais a possibilidade de concretização dos direitos fundamentais por meio judicial e abriu espaço para as críticas quanto à judicialização de questões políticas. Diferentemente da sua postura em 1998, a Corte mostrou-se muito mais propensa a concretizar os direitos fundamentais a partir de princípios (em detrimentos das regras) em 2013.

Confirma-se ademais a interferência do controle de constitucionalidade na judicialização de políticas públicas, tal como já afirmou o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (BRASIL, 2016). Anote-se, entretanto, que a interferência ocorreu de forma distinta, pois o primeiro julgamento estava em contexto de menor grau de interferência.

No caso da Reclamação em estudo, o Supremo Tribunal Federal adotou uma postura mais efetiva porquanto foi além da declaração de inconstitucionalidade e aparentemente estipulou o critério de $\frac{1}{2}$ (meio) salário mínimo como requisito de concessão. Conforme destacado, o voto de Gilmar Mendes apontou para a existência de diversas outras leis assistenciais e previdenciárias a indicar uma mudança na vontade do legislador.

Nesse contexto, destaca-se que a decisão da ADI contribuiu para a modificação de entendimento do STF ao julgar a Reclamação. Pode parecer incoerente realizar tal afirmação, afinal houve a mudança de jurisprudência quanto à constitucionalidade, porém a verdade é que a omissão do legislador ficou devidamente apontada pelo Tribunal durante o exercício do controle concentrado de constitucionalidade.

Mas nesse caso é oportuno recordar a perspectiva de Bicca (2011a). Ao comentar a possibilidade do STF mudar a sua jurisprudência, a autora defendeu que não cabia ao Tribunal imiscuir-se na esfera do Poder Legislativo e estipular critérios, sendo de sua responsabilidade somente, e se fosse o caso, declarar a inconstitucionalidade do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/1993.

Para além da discussão referente à interferência do Poder Judiciário na esfera política, o STF não resolveu o problema da inconstitucionalidade por omissão. Verificada a inércia pelo órgão judicial, é recomendável que o Poder Legislativo imediatamente busque sanar a inexistência parcial ou total de lei.

No entanto, não foi o que aconteceu. Dentro desta perspectiva, a decretação de inconstitucionalidade na Reclamação nº 4.374/PE fortaleceu a atuação judicial porque alinou a jurisprudência do STF com as decisões de tribunais inferiores e magistrados de primeira instância, os quais, segundo Gaban (2016), desafiavam a Corte e concediam o benefício.

Anote-se, ainda, que não há nos autos da Reclamação uma clara ordem sobre a forma de aplicação do critério de $\frac{1}{2}$ (meio) salário mínimo. Da consulta ao acórdão o que se pode extrair é que o relator votou no sentido de julgar improcedente o recurso, declarar inconstitucional o critério de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo e mantê-lo em vigência até 31 de dezembro de 2014; outrossim, o Tribunal, “[...] por maioria, julgou improcedente a Reclamação” (STF, 2013, p. 50, 51 e 75).

É nesse sentido que a posição mais concretista adotada pelo STF sofre críticas. Reis (2013) reconhece que a atuação do Tribunal é fundamentada por princípios, importando em critérios variados extraídos da Constituição, enquanto Bicca (2011a) defende que as normas principiológicas autorizam a solução do mesmo caso de maneiras diferentes.

Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana permanece como um núcleo essencial a ser protegido (SARLET, 2001; 2002), além de encontrar na assistência social meios de promoção de outros direitos (SPOSATI, 2007). O STF afirmou que o mínimo existencial do requerente é garantido pelo princípio da dignidade, como sustentam Hasse, Baldissera e Baldissera (2017).

Se o salário mínimo é o meio de garantir uma proteção básica, $\frac{1}{4}$ (um quarto) desse valor não poderia ser considerado adequado para a concessão do BPC, cabendo ao Judiciário “[...] verificar a adequabilidade dos princípios e métodos adotados quando da criação do benefício” (STF, 2013, p. 42). No entanto, a Reclamação apenas fortaleceu a intervenção

judicial, porquanto, conforme Langoski e Leal (2021), o INSS não adotou o requisito do STF e o Poder Judiciário fixou os seus próprios critérios.

No mesmo sentido, o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome indica que o critério de $\frac{1}{2}$ (meio) salário mínimo não tem aplicação direta no caso, dependendo do entendimento feito pelo órgão julgador (BRASIL, 2016). Essa realidade já era esperada, pois o controle difuso e a via de exceção apresentam desvantagens, em especial a ocorrência de decisões conflitantes e a congestão das vias processuais ordinárias (CUNHA JÚNIOR, 2018; FERREIRA FILHO, 2020).

Com efeito, Souza (2016) registra que determinados órgãos judiciais não condenaram o INSS a conceder o benefício, enquanto que Souza, Santos e Jesus (2015) se depararam com decisões em que o direito à saúde e o trabalho formal foram argumentos utilizados para afastar a hipossuficiência.

Por outro lado, a compra de medicamentos, as condições de moradia, a ajuda de terceiros e a desconsideração de outros benefícios já foram suficientes para a concessão do BPC; nessa situação, verifica-se que a falta de uniformidade dos critérios prejudica a isonomia na prestação do auxílio (BRASIL, 2016).

Em outras palavras, era previsível que o julgamento do STF não terminaria com a discussão. Se por um lado a atuação judicial é, em muitos casos, o único meio de concessão do benefício (SILVA, 2012), por outro lado se caracteriza pela intervenção em questões políticas sem o estabelecimento de critérios uniformes (REIS, 2013) porque baseados em princípios constitucionais.

Conforme diz Barroso (2019), a teoria constitucional continua a avançar, de modo que o direito constitucional passou a ser uma forma de pensar o mundo. O seu papel está mais presente na medida em que qualquer realização do direito equivale a aplicação direta ou indireta da Constituição, seja ao orientar a interpretação ou ao verificar a compatibilidade (BARROSO, 2019).

Ainda que a teoria constitucional tenha avançado, avançou apenas no sentido de incentivar a intervenção judicial na concretização dos direitos fundamentais. Conforme salientado por Sposati (2007) a assistência ainda é vista como benesse e sua concepção como direito é pautada pela submissão à ordem econômica, de modo que o Judiciário tem sido o maior materializador da política social.

Enquanto parte da assistência, o BPC depende da atuação de diversos agentes, aí incluídos os membros do Poder Judiciário. No entanto, espera-se que a interferência judicial seja cada vez menor, porque o Estado, por meio do Poder Legislativo e do Poder Executivo, deve criar condições de prestar o auxílio.

No entanto, até o momento não foi o que ocorreu. A concretização do direito à assistência pressupõe a mudança legislativa, bem como a participação das entidades de gestão (XIMENES, 2016); portanto, a necessidade de se socorrer do Judiciário não diminuiu e apenas surgiram mais critérios a causar ofensa à igualdade na concessão e aumento dos gastos com os custos do processo (BRASIL, 2016).

O Poder Legislativo não alterou o critério de baixa renda do BPC, mesmo tendo estipulado outros requisitos de $\frac{1}{2}$ (meio) salário mínimo para benefícios assistenciais e previdenciários. Se existente uma inconstitucionalidade por omissão, ela permanece porque é o legislador que exerce a função típica de criar leis.

O Judiciário não conseguiu e, utilizando a crítica de Bicca (2011b) sobre a necessidade de se observar a separação dos Poderes, talvez nem deve suprimir a ausência de lei. A sua atuação justificou ainda mais a interferência judicial porque demonstrou a possibilidade de concessão do benefício fora dos parâmetros legalmente instituídos pelo Poder competente.

Dessa maneira, resta comprovada a última hipótese de trabalho. A atuação do STF trouxe um perfil mais concretista e atuante do órgão máximo do Judiciário, considerando a sua decisão em 1998 como parâmetro, porque abordou a inconstitucionalidade do critério de baixa renda para a concessão do BPC; nada obstante, os resultados de sua tentativa demonstram uma maior judicialização do auxílio e o surgimento de critérios variados que demandam a pacificação por meio da atuação do Legislador.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa surgiu com o propósito de contribuir com os debates acerca do constitucionalismo contemporâneo a partir da análise das decisões do Supremo Tribunal Federal ao exercer o controle de constitucionalidade do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/1993. O objetivo foi “Refletir se o modo como o Supremo Tribunal Federal exerceu o controle de constitucionalidade da norma do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/1993 ao julgar a ADI nº 1.232/DF e a Reclamação Constitucional nº 4.374/PE afetou o acesso ao benefício de prestação continuada”.

Salienta-se que o controle de constitucionalidade é uma ferramenta essencial na proteção da Lei Máxima, o que restou comprovado na pesquisa. O fato do ordenamento jurídico brasileiro adotar os sistemas concreto e abstrato e as vias de ação e de exceção indicam uma vasta quantidade de meios aptos a discutir a inconstitucionalidade de leis.

Dentro desse contexto, o Poder Judiciário passou a ser constantemente provocado a manter a rigidez e a hierarquia entre as normas. A pesquisa demonstrou que o controle é tema atual e relevante para o estudo e a aplicação do direito, pois não se pode mais relegar o impacto que a Constituição tem na positivação de direitos fundamentais.

Foi possível verificar que o controle de constitucionalidade é um instrumento jurídico importante porque, além de se apresentar como a forma mais usual de proteção da supremacia da Constituição, afeta diretamente a execução de políticas públicas. A noção de direito e dever é retirada primordialmente do texto constitucional na medida em que o constituinte optou por impor ao Estado um dever de agir anteriormente deixado em segundo plano.

O sistema de controle brasileiro apresenta-se, cada vez mais, como uma ferramenta de interpretação do direito da qual não podem prescindir os juristas. Isso porque a quantidade de normas principiológicas presentes na Constituição de 1988, bem como seu caráter dirigente, impõe aos aplicadores do direito o desafio constante de adequar os dispositivos infraconstitucionais com os constitucionais.

Destaca-se que a prestação da assistência social como filantropia e benesse é formalmente superada pelo ordenamento jurídico brasileiro, em especial por causa da Constituição Federal de 1988. No entanto, a sua efetividade vem sendo obstaculizada pela dificuldade em conseguir uma atuação conjunta dos Poderes.

A concepção da assistência como um direito é uma realidade do ponto de vista

normativo, quase não cabendo mais dúvidas quanto ao dever constitucional de implementá-la. A questão que permanece é o modo como ela deve ser executada, motivo pelo qual ainda é possível encontrar uma intensa discussão sobre a sua real efetividade enquanto política social e prerrogativa garantida pela Constituição.

Convém registrar que a positivação de direitos fundamentais e a sua normatização específica pela Lei Suprema contribuíram significativamente para a judicialização do BPC. A própria competência do STF para julgar a inconstitucionalidade do critério de baixa renda em duas oportunidades demonstra claramente isso, porque a regulamentação equivocada ou a omissão em regulamentar a assistência importa em afronta à Constituição.

No momento em que o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/1993, exerceu a sua competência constitucionalmente prevista para julgar a ADI em sede de controle concentrado. No entanto, ao julgar a Reclamação nº 4.374/PE, indiretamente veio a tutelar a supremacia da Constituição por meio do controle abstrato.

A decisão do STF na ADI nº 1.232/DF não teve a pretensão de adentrar às consequências da inconstitucionalidade por omissão, revelando um perfil mais discreto quanto à intervenção judicial nos âmbitos de atuação dos outros Poderes. Em perspectiva diversa, no julgamento da Reclamação nº 4.374/PE, o Tribunal passou a adotar uma postura mais ativa a fim de garantir uma solução para os efeitos nocivos da mora legislativa.

A concepção da assistência social como um direito exigiu do Poder Judiciário um agir mais efetivo na tutela da supremacia constitucional, mas sucede que a sua atuação não é isenta de críticas. O perfil concretizador do STF não pôs fim ao debate porque apenas “pacificou” o entendimento dos tribunais inferiores e da própria Corte Suprema de que o critério de baixa renda não era mais compatível com os ideais constitucionais; por outro lado, não foi capaz de estabelecer uma diretriz concreta de concessão para o Judiciário e para o INSS.

Nessa senda, a atuação do STF por meio do controle de constitucionalidade veio a ser um fator importante para destacar a problemática da inconstitucionalidade por omissão. Mas, perdurando o estado de mora legislativa, os resultados apontaram para uma significativa necessidade de intervenção judicial sem a atribuição de critérios claros nas decisões.

Se a intenção do Supremo Tribunal Federal, em 2013, era invocar um perfil mais concretizador dos direitos fundamentais, poderia tê-lo feito de forma mais objetiva ao definir que o critério de $\frac{1}{2}$ (meio) salário mínimo deveria ser aplicado automaticamente pelos tribunais.

Tal decisão, obviamente, fugiria do clássico controle de constitucionalidade concreto com efeitos entre as partes, no entanto afastaria o surgimento de requisitos subjetivos a autorizar ou não a concessão ao arrepio da igualdade.

Por fim, saliente-se que o Poder Executivo havia editado a Medida Provisória nº 1.023, de 31 de dezembro de 2020, com o objetivo de aumentar o valor da renda *per capita* familiar do BPC para o patamar de $\frac{1}{2}$ (meio) salário mínimo. No entanto, ao apreciar a lei em sentido amplo, o Congresso Nacional fez com o que limite retornasse ao parâmetro de $\frac{1}{4}$ (um quarto) quando aprovou a Lei 14.176, de 22 de junho de 2021.

Dentro desta perspectiva, aponta-se a possibilidade de que novos estudos aprofundem a discussão aqui iniciada, especialmente quando o tema foi enfrentado pelo legislador que decidiu manter o critério originalmente considerado constitucional pelo STF. A questão não foi abrangida nesta pesquisa em função de que implicaria em extrapolar o objeto originalmente proposto, demandando recursos (especialmente tempo, fontes bibliográficas e páginas) para o seu pleno desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

- AMADO, F. **Direito previdenciário**. Salvador: JusPodivm, 2015.
- BAHIA, F. **Direito constitucional**. 3. ed. Recife: Armador, 2017.
- BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- BICCA, P. M. COSTA, J. R. C. Os direitos sociais assistenciais e a dignidade da pessoa humana. **Juris**, Rio Grande, v. 23, p. 141-181, 2015.
- BICCA, C. S. Juízo de adequação dos critérios legais de concessão do benefício de prestação continuada na jurisdição constitucional e as contribuições da análise econômica do direito. **Direito público**, v. 8, n. 36, p. 55-87, 2011a. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1833>. Acesso em: 27 abr. 2021.
- BICCA, C. S. O papel da jurisdição constitucional na implementação de políticas públicas de assistência social: o juízo de adequação dos critérios legais do benefício de prestação continuada – BPC pelo Supremo Tribunal Federal. **Direito público**, v. 8, n. 37, p. 35-62, 2011b. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1840>. Acesso em: 27 abr. 2021.
- BOSCARI, M. SILVA, F. N. A trajetória da política social até se efetivar como política social pública. **RIES**, v. 4, n. 1, p. 2015, p. 108-127.
- BRANCO, P. G. G. Poder constituinte. In: MENDES, G. BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília: DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 21 abr. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília: DF: Presidência da República, [1993]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília: DF: Presidência da República, [2003]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em: 06 set. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999a**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o

Supremo Tribunal Federal. Brasília: DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 21 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009**. Acrescenta à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Brasília: DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112063.htm. Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Brasília: DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 07 set. 2021.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Política Nacional de Assistência Social**. Brasília, DF: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2005.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Nota técnica nº 03/2016/DBA/SNAS/MDS**. Brasília, DF: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232/DF. Relator: Ilmar Galvão. Brasília, DF, 27 agos. 1998. **Diário Oficial de Justiça**, Brasília, 01 jun. 2001. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur102876/false>. Acesso em: 17 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação constitucional nº 4.374. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, DF, 18 abr. 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 04 set. 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur240579/false>. Acesso em: 17 ago. 2021.

COUTO, B. R. Assistência social: direito social ou benesse?, **Serv. Soc. Soc.** São Paulo, n. 124, p. 665-677, out./dez. 2015.

CUNHA JÚNIOR, D. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

CUSCIANO, D. T. MALIK, A. M. O benefício de prestação continuada e o pleno do Supremo Tribunal Federal. **Revista da faculdade de direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n. 37, p. 180-199, jun. 2020.

DEMO, P. **Metodologia do conhecimento científico**. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA, I. REIS, J. A flexibilização do critério de hipossuficiência na concessão do benefício de prestação continuada (BPC – LOAS). **Revista de ciências humanas**, v. 13, n. 3, p. 111-119, 2020. Disponível em: <https://www.rchunitau.com.br/index.php/rch/article/view/675>. Acesso em: 21 abr. 2021.

FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de direito constitucional**. 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FLICK, U. **Introdução à pesquisa qualitativa**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2009.

FLICK, U. **Introdução à metodologia da pesquisa**: um guia para iniciantes. Porto Alegre: Penso: 2012.

GABAN, L. F. M. **Benefício de prestação continuada**: a aplicação do artigo 34, parágrafo único, da lei 10.741/2003, como parâmetro complementar do critério de renda per capita e os caminhos para um novo critério econômico. 2016. 191 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2016.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GONÇALVES, L. **A Judicialização na Assistência Social**: elementos de reflexão a partir da proteção social básica no município de Florianópolis. 2016. 85f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Curso de Bacharelado em Serviço Social, Departamento de Serviço Social, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

HAMON, F. TROPER, M. BURDEAU, G. **Direito constitucional**. Barueri: Manole, 2005.

HASSE, F. BALDISSERA, R. BALDISSERA, M. A flexibilização do critério de miserabilidade no benefício de prestação continuada diante do mínimo existencial e da reserva do possível. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 12, n. 1, p. 102-119, 2017.

HESSE, K. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: A. S. Fabris, 1991.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021.

LANGOSKI, D. T. LEAL, D. G. C. O princípio da legalidade e o direito fundamental à boa gestão pública: a possibilidade de a Administração Pública adotar o critério de baixa renda no benefício de prestação no benefício de prestação continuada. *In*: I SEMINÁRIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E INTERSECCIONALIDADES, 2021, São Borja. **Anais do I Seminário de Políticas Públicas e Interseccionalidades**. São Borja/RS: Centro de Estudos Disciplinares – CEEINTER, 2021, p. 198-211.

LASSALE, F. **A essência da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lieber Juris, 1988.

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2017.

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2021.

LOBATO, L. V. C.; BURLANDY, L.; FERREIRA, D. M. A institucionalização da assistência social e o benefício de prestação continuada (BPC): análise a partir do caso do Rio de Janeiro. *In*: JORNADA INTERNACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS, São Luís, 2015. **Anais da Jornada Internacional de Políticas Públicas**. São Luís: Universidade Federal do Maranhão, 2015. [s. p.].

MARCONI, M. A. LAKATOS, E. M. **Fundamentos da metodologia científica**. Atualização de João Bosco Medeiros. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MARINONI, L. G. Controle de constitucionalidade. *In*: SARLET, I. W. MARINONI, L. G. MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

- MARQUES, C. L. N. **O ativismo judicial no controle de políticas públicas**: um estudo da declaração de inconstitucionalidade do critério de miserabilidade da lei orgânica da assistência social. 2016. 161 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito e Políticas Públicas, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2016.
- MASSON, N. **Manual de direito constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.
- MASSON, N. **Manual de direito constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2020.
- MATIAS-PEREIRA, J. **Manual de metodologia da pesquisa científica**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- MENDES, G. Controle de constitucionalidade. *In*: MENDES, G. BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015a.
- MENDES, G. Direitos sociais. *In*: MENDES, G. BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015b.
- MEZZAROBA, O. MONTEIRO, C. S. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MORAES, G. P. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- NEVES, D. A. A. **Ações constitucionais**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- PEREIRA, A. J. O benefício de prestação continuada e a tutela do mínimo vital. **Revista Espaço Acadêmico**, n. 191, p. 71-82, abr. 2017. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/32989>. Acesso em: 26 abr. 2021.
- PEREIRA, L. M. Análise crítica do benefício de prestação continuada e a sua efetivação pelo judiciário. **Revista CEJ**, Brasília, ano XVI, n. 56, p. 15-27, jan./abr. 2012.
- REIS, Maristela Alves dos. **Uma análise da judicialização do Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC) à luz da Teoria dos Diálogos Institucionais**. 2013. 62 f. Monografia (Especialização) - Curso de Especialização em Gestão de Políticas Públicas de Proteção e Desenvolvimento, Escola Nacional de Administração Pública, Brasília – DF, 2013.
- SANTOS, C. A.; SOUZA, M. H. M; JESUS, E. O acesso em BPC via Justiça: uma análise das decisões judiciais da região da gerência executiva do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em Florianópolis. *In*: SEMINÁRIO NACIONAL DE SERVIÇO SOCIAL, TRABALHO E POLÍTICA SOCIAL, Florianópolis, 2015. **Anais do Seminário Nacional de Serviço Social, Trabalho e Política Social**, Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2015.
- SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SEVERINO, A. J. **Metodologia do conhecimento científico**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, N. L. A judicialização do benefício de prestação continuada da assistência social. **Serv. Soc. Soc.**, São Paulo: n. 111, p. 555-575, set./2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282012000300009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 25 abr. 2021.

SOUZA, P. B. Benefícios de renda mínima como um direito fundamental: acesso à justiça e inclusão social. **Rev. Bras. De Políticas Públicas**, [online], Brasília, v. 6, n. 1, p. 166-183, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3802>. Acesso em: 27 abr. 2021.

SPOSATI, A. Assistência social: de ação individual a ação social. **Revista brasileira de direito constitucional**, [online], n. 10, p. 435-458, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/218>. Acesso em: 18 ago. 2021.

STOPA, R. O direito constitucional ao Benefício de Prestação Continuada (BPC): o penoso caminho para o acesso. **Serv. Soc.**, São Paulo, n. 135, p. 231-248, maio/ago., 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0101-66282019000200231&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso: 25 ago. 2021.

STUCHI, C. G. O reconhecimento do direito à assistência social. *In*: OLIVINDO, K. A. F. ALVES, S. M. C. ALBUQUERQUE, S. A. **Olhares sobre o direito à assistência social**. Brasília, DF: Fiocruz Brasília. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2015.

TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TEMER, M. **Elementos de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TORRES, I. C. **As primeiras damas e a assistência social: relações de gênero e poder**. São Paulo: Cortez, 2002.

XIMENES, J. M. Judicialização dos benefícios de prestação continuada e impactos simbólicos na cidadania. **Pensar**, Fortaleza, v. 21, 2, mai./ago. 2016, p. 600-625.

YIN, R. K. **Pesquisa qualitativa do início ao fim**. Porto Alegre: Penso, 2016.

ZANOTTI, B. T. **Controle de constitucionalidade**. 3. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2014.