DIREITO FUNDAMENTAL À ASSISTÊNCIA SOCIAL: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES*

Artur Soares de Castro**

João Carlos Cabrelon de Oliveira***

RESUMO: O presente artigo busca delinear o conteúdo do direito à assistência social no ordenamento jurídico brasileiro. Examina a origem e o desenvolvimento histórico da assistência social como direito no Brasil, assim como as principais políticas públicas implementadas ou modificadas pelo legislador sobre o tema. Defende a fundamentalidade desse direito, relacionando-o à teoria geral dos direitos fundamentais sociais, e inserindo-o no contexto específico que demarca tais direitos. Segue analisando os institutos que o circundam – tais como os conceitos de mínimo existencial, núcleo essencial dos direitos e proibição do retrocesso – como modo de verificar eventuais transgressões, limitações ou obrigações de atuação do Poder Público em sua configuração e concretização. Finaliza apreciando questões práticas atinentes a alterações da legislação sobre assistência social, em especial quanto às limitações que devem ser observadas pelo legislador ordinário para que não destitua de conteúdo esse direito fundamental social.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à assistência social. Direito fundamental social. Direitos fundamentais. Direito Constitucional.

Introdução

O presente estudo propõe-se a analisar o conteúdo do direito à assistência social no ordenamento jurídico brasileiro, levando em consideração a sua peculiar característica de direito fundamental social.

Para tanto, tece inicialmente algumas considerações sobre o histórico da assistência social no Brasil, analisando sua origem e evolução na esfera privada, quando sua prestação era basicamente acometida aos particulares, até alcançar o atual contorno que lhe conferiu a Carta Magna de 1988, a qual cuidou de regulamentar específica e detalhadamente o direito à assistência social, de modo a caracterizá-lo como direito a determinadas prestações exigíveis do Estado (dever estatal) naquelas hipóteses previamente discriminadas pelo legislador e na própria Constituição.

Verificar-se-á que o direito à assistência social foi estruturado na Constituição da República de 1988, que tratou de elencar seus objetivos principais e estabelecer os caracteres essenciais aptos a permitirem a concretização desse vital direito pelo legislador infraconstitucional, ou seja: os limites e deveres de atuação legislativa.

---

* Enviado em 6/6, aprovado em 5/11/2012, aceito em 18/3/2013.

** Mestrando em Direito – Universidade Metodista de Piracicaba; especialista em Direito Público – Universidade Anhanguera Uniderp; advogado da União. Faculdade de Direito, Pós-Graduação. Piracicaba, São Paulo, Brasil. E-mail: artur_soaresc@hotmail.com.

*** Mestrando em Direito – Universidade Metodista de Piracicaba; juiz federal. Faculdade de Direito, Pós-Graduação. Piracicaba, São Paulo, Brasil. E-mail: joaocabrelon@ig.com.br.

Será abordada a natureza de direito fundamental da assistência social na ordem jurídica interna, de modo a compreender a importância do instituto examinado e relacioná-lo à dogmática da teoria geral dos direitos fundamentais sociais, especialmente no que diz respeito à compreensão e aplicabilidade dos conceitos de mínimo existencial, núcleo essencial dos direitos e proibição do retrocesso, naquilo que guardar relação com o objeto estudado.

Para uma análise completa e compreensiva dos conceitos tratados, cujo grau de abstração resta evidenciado pelo seu normal desenvolvimento teórico e doutrinário, buscar-se-á identificar e apontar as principais políticas públicas de assistência social desenvolvidas no Brasil pelo legislador, a quem incumbe a precípua tarefa de viabilizar o encargo constitucional atribuído ao Estado de conferir concretude aos direitos fundamentais sociais.

Serão abordadas, ainda, algumas alterações legislativas sobre a assistência social no Brasil e suas eventuais implicações na Teoria Geral dos Direitos Fundamentais Sociais, conferindo-se ao estudo um enfoque necessariamente vinculado aos institutos jurídicos examinados, para, finalmente, analisar a importância dos conceitos estudados como deveres e limites à atuação do Poder Público, mormente do legislador, na concretização do direito à assistência social.

1 Do privado ao público: evolução, normatização e objetivos da assistência social no Brasil, da caridade ao dever estatal

A elevação da assistência social no Brasil a direito fundamental social, caracterizando-o como direito do indivíduo a determinadas ações positivas exigíveis do Estado, é matéria relativamente recente no ordenamento jurídico interno, assim como recente é a própria positivação dos direitos fundamentais sociais no cenário mundial.

A Constituição Alemã de 1919 – Constituição de Weimar – é considerada a primeira a incluir os denominados direitos sociais no seu texto, estabelecendo um novo modelo que viria a ser seguido na Europa (com destaque à Constituição espanhola, de 1931) e pelo mundo afora – inclusive pelo Brasil na Carta de 1934, primeira a enunciar uma ordem econômica e social (FERREIRA FILHO, 2010, p. 67).

Antes da Constituição Federal de 1934, a assistência social no Brasil era tratada como sinônimo de caridade e filantropia, normalmente vinculada às instituições não governamentais. O Estado estava desincumbido de prover recursos para a sua implementação. Ou seja: inexistia um direito à assistência social propriamente dito, fruto da ausência de previsão normativa.

A Igreja Católica no Brasil, durante muito tempo, era a principal responsável pelas atividades assistenciais, até mesmo instituindo a primeira organização de assistência no Brasil, a Irmandade de Misericórdia, denominada Santa Casa de Misericórdia de Santos e fundada por José de Anchieta em 1534 (SILVA, B., 2010, p. 1).

Apenas após quatro séculos de história, entre os anos de 1930 e 1945, é que foram criadas normas técnicas e iniciada a regulamentação estatal sobre a assistência

social no âmbito interno, com especial destaque, repise-se, à Constituição de 1934, que passou a positivar os direitos sociais na ordem interna (SILVA, B., 2010, p. 1).

No entanto, nesse período o Estado ainda desempenhava um papel apenas secundário na prestação dos serviços de assistência social, pois não era o responsável direito pela execução desses serviços, subsidiando, assim, o trabalho de organizações filantrópicas e assistenciais.

Em 1935, o então presidente Getúlio Vargas editou a Lei nº 91, na qual declara algumas organizações, inclusive as de assistência social, como de utilidade pública e permite o repasse de recursos do Estado para referidas organizações.

Outro grande avanço do direito à assistência social no cenário interno ocorreu em 1938, com a criação do Conselho Nacional de Serviço Social (CNSS), que viabilizou a participação conjunta do governo e da sociedade civil na viabilização de políticas assistenciais, modelo adotado no ordenamento jurídico atual (SILVA, B., 2010, p. 1).

Embora as constituições anteriores tenham tratado em seus textos do direito à assistência social, na realidade foi a Constituição de 1988 (CF88) que lhe conferiu seus específicos contornos e relevância, consagrando-o como verdadeiro direito fundamental social, no artigo 6º. Nesse artigo, consta, do rol dos direitos sociais, a "assistência aos desamparados". Mais adiante, nos artigos 203 e 204, a CF88 engloba a assistência social no capítulo dedicado à seguridade social. Portanto, a Constituição atual delineia de forma mais específica o conteúdo, objetivos, fontes de custeio e organização da assistência social.

O artigo 203 proclama que a "assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social [...]". Indica de forma clara a linha divisória existente entre assistência e previdência social: a primeira independe de contraprestação por parte dos beneficiários, enquanto que a previdência social possui caráter eminentemente contributivo.

Como autêntico e paradigmático direito social, a assistência social na atual ordem constitucional implica, conforme característica geral identificadora dessa categoria de direitos, "obrigações de prestação positivas cuja satisfação consiste num *facere*, uma 'ação positiva' a cargo dos poderes públicos" (QUEIROZ, 2006, p. 25). Assim, a "assistência aos desamparados" deve ser prestada pelo Estado, sob a forma de ações, benefícios e programas sociais que tornem concretos os objetivos antecedentemente estipulados pela própria Constituição.

Os destinatários do direito à assistência social também já foram previamente determinados pela Constituição: são os "desamparados", ou seja, as pessoas que se encontrem em situação de hipossuficiência econômica – requisito que deverá ser definido pelo legislador ordinário, mas do qual não poderá dele se afastar.

Desse modo, a assistência – ao contrário de outros direitos sociais como a saúde, a educação fundamental ou a segurança – não tem o caráter de universalidade. Antes, seus beneficiários se constituirão num grupo mais ou menos restrito de pessoas, a depender da definição dada pela lei ao termo "desamparados". Afasta-se, de qualquer forma,

qualquer pretensão à universalidade desse benefício, conclusão que também repercutirá no conteúdo próprio do direito à assistência social, a qual se destinará a prover apenas e tão somente os "mínimos sociais".

A discussão a respeito do significado e consequências da expressão "mínimos sociais" se fará adiante. No entanto, por uma questão lógica, por dizer respeito ao conteúdo desses direitos, cumpre verificar de forma antecedente o que a CF88 delineia como objetivos a serem buscados pelo Estado em relação à assistência social.

Os objetivos que a CF88 traça para a assistência social incluem, nos termos dos incisos I a V do artigo 203: a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; e a garantia de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuírem meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Quanto à eficácia, essas normas constitucionais, de acordo com a classificação usual, tratam de normas programáticas, ou de eficácia limitada – dependentes, portanto, de concretização pelo legislador ordinário. Em outros termos, não se trata de normas que veiculam direito público subjetivo, de forma que os potenciais usuários não podem exigir essas prestações diretamente em juízo simplesmente a partir do disposto no texto constitucional.

Não se traçará aqui uma discussão mais aprofundada a respeito da eficácia dessas normas, ainda que se registrem os posicionamentos mais recentes, segundo os quais inexiste direito fundamental assegurado pela Constituição despido de eficácia. Assim defende Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 585), para quem "a todos os órgãos estatais incumbe um dever de maximização da eficácia e efetividade de todas as normas de direitos fundamentais, no sentido de compreendê-las, em princípio, como normas de eficácia plena".

Essa discussão não se aprofundará em face do escopo limitado do presente artigo. Também há de se considerar que essa discussão já se encontra de certa forma esvaziada, no que tange ao direito à assistência social, em face da rápida edição, pelo legislador ordinário, da Lei nº 8.742/93, pouco mais de cinco anos após a promulgação da CF88.

No entanto, merece registro o fato de que o Supremo Tribunal Federal (STF), chamado a se manifestar sobre a constitucionalidade da Lei nº 8.742/93 – no ponto em que esta havia regulamentado o artigo 203, inciso V, da CF, criando o Benefício de Prestação Continuada (BPC) – manifestou-se expressamente sobre a eficácia dessa norma constitucional.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin) movida em face do § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93, questionava-se a limitação legal imposta quanto ao critério econômico para a identificação dos destinatários do benefício. Afirmava-se que a lei promovera restrição constitucionalmente não prevista, exigindo que a renda *per capita* do núcleo familiar na qual estivesse inserida não ultrapassasse um quarto do salário-mínimo. Ao indeferir a medida cautelar requerida nessa Adin, o STF ponderou que seu deferimento causaria danos maiores aos destinatários do benefício que o indeferimento, pois:

> A concessão da liminar, suspendendo a disposição legal impugnada, faria com que a norma constitucional voltasse a ter eficácia contida, a qual, por isto, restaria novamente dependente de regulamentação legal para ser aplicada, privando a Administração de conceder novos benefícios até o julgamento final da ação. (BRASIL, 1995)

A par da imprecisão terminológica do julgado, no qual há referência à eficácia contida – quando se deveria referir à eficácia limitada, conforme a já clássica lição de José Afonso da Silva (2003) –, resta a constatação de que, mesmo para a implementação de um benefício assistencial ao qual a Constituição Federal já havia traçado os elementos mais importantes, o STF considerou depender da intervenção do legislador ordinário, atendo-se à cláusula constitucional que reservara à lei a concretização desse direito, negando eficácia plena e imediata ao artigo 203, inciso V, da Constituição Federal.

Verificada a evolução da assistência social no Brasil, antes adstrita à iniciativa privada e posteriormente positivada como dever estatal, bem como gizados os contornos constitucionais conferidos ao direito social à assistência pela atual ordem constitucional, no item seguinte se discutirá a fundamentalidade desse específico direito.

2 Caracterização da assistência social como genuíno direito fundamental social

Para verificar se o direito à assistência social deve ser considerado fundamental, faz-se necessário adotar, como premissa lógica de qualquer análise que se pretende empreender, uma conceituação que busque informar as características inerentes aos denominados direitos fundamentais e diferenciá-los das demais categorias de direito.

Antes, contudo, é importante referir a existência de grande debate no âmbito doutrinário acerca dos critérios essenciais que devem integrar a definição ou o conceito dos direitos fundamentais; debate que propositadamente será evitado pelo objetivo específico do presente estudo. Josué Mastrodi (2008, p. 30) faz importante consideração sobre a problemática na definição de direitos fundamentais, ensinando que "o conceito de direitos fundamentais sofre modificação em seus limites (tanto no conteúdo quanto na extensão) conforme as necessidades e valores de cada tempo e lugar".

Pela clareza e didática da definição, adota-se, para fins do ensaio proposto, o conceito encampado por Ingo Wolfgang Sarlet, segundo o qual:

> Os direitos fundamentais podem ser conceituados como aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentabilidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentabilidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui consideramos a abertura material consagrada no art. 5º, § 2º, da CF/88 (LGL 1988/3), que prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais. (SARLET, 1999, p. 97)

A fundamentalidade formal e material (substancial) como elemento necessário para a identificação dos direitos fundamentais também é defendida, dentre outros, por Robert Alexy (2011, p. 520) e J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 378).

Pelo conceito acima estabelecido, resta indene de dúvidas de que o direito à assistência social foi elevado à categoria de direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, seja por uma análise meramente formal – pois foi estabelecido no rol de direitos sociais do art. 6º e dentro do título "Da Ordem Social", especificamente nos arts. 194, 203 e 204, todos da CF88 – seja, ainda, sob um enfoque estritamente material, dado o conteúdo e a importância do direito à assistência social no ordenamento jurídico pátrio, o que se verifica, inclusive, pelos fundamentos e objetivos constitucionais da República Federativa do Brasil[1].

Sob o enfoque material, a natureza do direito à assistência social, na medida em que relacionado diretamente ao conceito do mínimo existencial e ao princípio da dignidade da pessoa humana[2], necessariamente se encontra vinculado ao conceito de direito fundamental. Além disso, outros dispositivos constitucionais reforçam os objetivos da assistência social e sua caracterização como direito fundamental sob o aspecto material – como, por exemplo, as diversas normas que asseguram a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice, às pessoas carentes, aos portadores de deficiência, à integração ao mercado de trabalho, entre outros.

Desse modo, ainda em atenção à definição adotada por Ingo Sarlet, o direito à assistência social poderia ser invocado como direito fundamental em razão da cláusula aberta prevista no art. 5º, § 2º, da CF88, pois o conceito de assistência social, além de diretamente relacionado a outros princípios de estatura constitucional, está adstrito a outros direitos expressamente previstos em tratados internacionais, como a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, com especial destaque aos seguintes dispositivos:

> Artigo XXII: Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade;
> Artigo XXV: 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948)

Canotilho considera que a "cláusula aberta" ou "princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais" decorre da própria ideia de fundamentalidade material, já vista, de modo que o dispositivo da Constituição Federal de 1988 citado (art. 5º, § 2º) apenas reforça a adoção no ordenamento jurídico-constitucional de um sistema aberto e não taxativo de normas consagradoras de direitos fundamentais (CANOTILHO, 2003, p. 379-380).

Além de direito fundamental, a assistência social apresenta-se como genuíno direito social, caracterizado por obrigações de prestações positivas, conforme lição de Cristina Queiroz, acima já referida.

O professor José Afonso da Silva esclarece e delimita o conceito de direitos sociais:

> Assim, podemos dizer que os *direitos sociais*, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (SILVA, J., 1998, p. 289-290)

Desse modo, uma vez caracterizado o direito à assistência social como fundamental e social, convém identificar e sublinhar as funções por ele exercidas na ordem jurídica, levando-se em consideração a posição do indivíduo perante o Estado no exercício dos seus direitos. Comumente, tem-se utilizado a divisão de funções dos direitos fundamentais como elemento necessário à sua compreensão. Podem-se destacar as espécies mais frequentemente assinaladas pela doutrina, que os divide, basicamente, em duas categorias: direitos de defesa e direitos a prestações.

Atribui-se a Georg Jellinek o desenvolvimento da doutrina dos quatro *status* em que o indivíduo pode encontrar-se em face do Estado, extraindo-se dessas situações direitos ou deveres preponderantes em determinada relação (ALEXY, 2011, p. 254-275; QUEIROZ, 2006, p. 28-30; MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 255).

Canotilho (2003, p. 407-410), sobre o tema, trata especificamente de quatro funções dos direitos fundamentais: de defesa ou de liberdade; de prestação social; de proteção perante terceiros; e de não discriminação.

Independentemente da classificação adotada dos direitos fundamentais quanto à sua função – considerando a diversidade de entendimentos existentes e os objetivos do presente estudo –, o fato é que a divisão realizada pela doutrina corresponde, essencialmente, a duas categorias: direitos de defesa e direito a prestações estatais.

No que atine, especificamente, ao direito à assistência social, deve-se considerá-lo – dentro da classificação proposta entre direitos de defesa e direitos a prestações estatais – preponderantemente como direito a prestações, na medida em que se exige do Poder Público, sobretudo do Poder Legislativo, a adoção de medidas tendentes a viabilizá-lo e a garantia de sua cobertura total, nos termos estatuídos pela Constituição, levando-se em conta a limitação orçamentária existente[3].

No entanto, considerando que a divisão entre direitos a prestações e direitos de defesa no âmbito dos direitos fundamentais não deve ser considerada estanque[4], haverá certas vertentes do direito à assistência social que corresponderão, em última análise, a verdadeiros direitos de defesa. Pode-se citar, por exemplo, como vertente do direito de defesa decorrente do direito à assistência social, a proibição dirigida ao Estado

de adotar medidas legislativas que impeçam a implementação de direitos a prestação conclamados pelo constituinte, tal como o benefício de prestação continuada (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 265).

Por fim, é importante salientar que, no âmbito do direito fundamental à assistência social, há a prevalência de normas constitucionais que não são diretamente aplicáveis: basta analisar os artigos da Constituição que tratam do tema. Por consequência, em regra insuscetíveis estão de gerar direitos públicos subjetivos imediatos, ante a ausência de densidade normativa suficiente a exigir a prestação estatal viabilizadora da norma de direito fundamental.

Por tal motivo, o legislador deve, por meio da incrementação de políticas públicas, conferir densidade normativa suficiente ao direito à assistência social como modo de garantir a sua máxima efetividade.

3 Principais políticas públicas de assistência social: papel precípuo do legislador na concretização do direito

Uma vez identificada a natureza e as principais características do direito à assistência social, faz-se necessário analisar, para uma compreensão mais ampla e esclarecedora sobre o tema, as principais políticas públicas adotadas pelo legislador para a consecução dos objetivos constitucionais previamente concebidos, até para propiciar uma avaliação crítica vinculada às características que informam os direitos fundamentais sociais.

Isso porque o direito à assistência social, na forma em que previsto na CF88, apresenta um elevado grau de abstração e indeterminação, cabendo precipuamente ao legislador adotar políticas públicas que permitam a densificação e a efetivação desse importante direito (QUEIROZ, 2006, p. 28-30), sem prejuízo, a toda evidência, do controle jurisdicional naquelas determinadas situações que o exigirem, com destaque para a atuação da jurisdição constitucional[5].

Para fins do estudo proposto, adotar-se-á o conceito de políticas públicas delineado por Maria Paula Dallari Bucci[6]:

> Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. (BUCCI, 2006, p. 39)

Dentre as políticas públicas adotadas pelo Estado para a consecução dos objetivos relacionados à assistência social, na forma em que determinado pela CF88, destaca-se a Lei nº 8.742/93 (significativamente alterada pela Lei nº 12.435/11), denominada Lei Orgânica da Assistência Social (Loas), que dispõe sobre a assistência social e dá outras providências.

Trata-se do principal instrumento legislativo de viabilização do direito à assistência social no Brasil. Fruto do processo legislativo, a Lei nº 8.742/93 organiza todo o sistema de assistência social brasileiro, até mesmo com a regulamentação do Sistema Único de Assistência Social (SUAs), inaugurado com a edição da Lei nº 12.435/11.

A Loas apresenta alguns pontos relevantes dignos de menção para uma compreensão mais detida sobre as medidas adotadas pelo legislador para densificar e efetivar o direito à assistência social.

Merece destaque, em primeiro lugar, a regulamentação do benefício de prestação continuada (BPC), previsto no art. 203, V, da CF88 e concretizado nos arts. 20 a 22 da Lei nº 8.742/92. Conforme já explanado no item 2, o STF confirmou a interpretação segundo a qual o inciso V do art. 203 atribuiu à lei ordinária a incumbência de dispor sobre o BPC. Vale dizer: trata-se de norma constitucional de eficácia limitada, de modo que a atuação do legislador, nesse caso, conferiu plena eficácia à determinação constitucional, gerando direito subjetivo dos beneficiados – uma vez atendidos os requisitos legais – de exigir do Estado a prestação positiva prevista em lei[7].

Além de regulamentar o BPC, a Lei Orgânica da Assistência Social, como principal instrumento legislativo de implantação do direito constitucional à assistência social, instituiu outras diretrizes de suma importância para a efetivação desse importante direito social – até mesmo de cunho principiológico, como o estabelecimento da primazia da responsabilidade do Estado na condução política de assistência social, incumbindo ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome funcionar como instância coordenadora da Política Nacional de Assistência Social.

A previsão é de suma importância, na medida em que a assistência social, durante muito tempo, foi considerada atividade secundária do Estado. Antes, cabia primariamente aos particulares, por meio de ações filantrópicas, sobretudo da Igreja, atender os mais necessitados. Ao transferir para a esfera estatal a primazia da responsabilidade na condução da política pública de assistência social, o legislador nada mais fez que atender ao dever constitucional a ele imposto de atribuir ao Estado a responsabilidade pelo atendimento aos necessitados, tendo em vista a fundamentalidade material do direito à assistência social[8] e os próprios objetivos e fundamentos da CF88, já que o atendimento aos mais necessitados é medida essencial para preservar a dignidade da pessoa humana e garantir o mínimo existencial.

A Lei nº 12.435/01, que alterou significativamente a Lei nº 8.742/92, ainda criou e regulamentou o Sistema Único de Assistência Social (SUAs), sob a forma de sistema descentralizado e participativo, a exemplo do que já ocorrera na área de saúde[9].

Também merece destaque a delimitação, na Loas, de competências materiais entre os entes federativos (União, estados, Distrito Federal e municípios) e a criação de entidades de assistência social públicas, particulares ou de composição paritária entre a sociedade civil e o Estado, com relevo à instituição do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), responsável, entre outras atribuições, por: a) aprovar da Política Nacional de Assistência Social; b) apreciar e aprovar a proposta orçamentária da Assistência Social; c) aprovar os critérios de transferência de recursos para os estados, municípios

e Distrito Federal; d) acompanhar e avaliar a gestão dos recursos; e) estabelecer diretrizes, apreciar e aprovar os programas anuais e plurianuais do Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS).

O CNAS é composto por nove representantes governamentais – incluindo um representante dos estados e um dos municípios – e nove representantes da sociedade civil. Trata-se de previsão extremamente importante como meio de viabilizar a participação direta da sociedade civil nas políticas públicas de assistência social e, assim, garantir o caráter democrático da gestão. A própria CF88, no art. 204, II, estabeleceu a participação da população como diretriz na "formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis" (BRASIL, 1988).

Além dessas importantes previsões, a Loas ainda trata de outros aspectos relevantes para a implantação da política pública de assistência social no Brasil, como a previsão de benefícios eventuais e serviços de proteção à família, ao indivíduo e ao trabalho de erradicação do trabalho infantil.

O financiamento da assistência social, instrumento sem o qual resta inviabilizada a adoção do desiderato legislativo, ganhou um capítulo próprio na Loas, com destaque para a criação do Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS)[10].

Ainda especificamente quanto ao regime de financiamento da assistência social, a Lei Complementar nº 101/2000[11], nos artigos 24 e 25, cuida de dois aspectos relevantes para a compreensão do tema.

O primeiro deles (art. 24) diz respeito ao princípio da contrapartida ou da precedência de custeio, que proíbe a criação, majoração ou extensão de qualquer benefício da seguridade social sem a indicação da fonte de custeio – determinação já prevista no art. 195, § 5º, da CF88 –, atendidas as disposições do art. 17 da LC nº 101, que cuida das despesas obrigatórias de caráter continuado.

O art. 25 da LC nº 101/2000, por sua vez, trata das transferências voluntárias ou obrigatórias. Confira-se: "Art. 25. Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde" (BRASIL, 2000).

Por haver previsão constitucional e legal para o financiamento do sistema de assistência social, sem o qual resta inviabilizado o desiderato do constituinte e do legislador ordinário, é necessário concluir que as transferências para a Assistência Social devem ser consideradas obrigatórias, conforme a conceituação elencada pelo dispositivo legal transcrito, ainda que a Constituição ou a lei ordinária não tratem de forma, prazos, procedimentos ou valores de repasse[12].

Do mesmo modo, o financiamento da assistência social é considerado despesa obrigatória de caráter continuado; compreendida, nos termos do artigo 17 da Lei Complementar nº 101/2000, como "a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios" (BRASIL, 2000).

É importante repisar que a Loas, embora seja o instrumento legislativo mais importante sobre assistência social no Brasil, convive harmonicamente com outras políticas públicas de assistência social, entre as quais se podem citar, a título ilustrativo: a) Lei nº 10.954/2004, que institui, no âmbito do Programa de Resposta aos Desastres, o Auxílio Emergencial Financeiro para atendimento à população atingida por desastres, residentes nos municípios em estado de calamidade pública ou situação de emergência; e b) Lei nº 10.458/02, que institui o Programa Bolsa-Renda para atendimento a agricultores familiares atingidos pelos efeitos da estiagem nos municípios em estado de calamidade pública ou situação de emergência, e dá outras providências.

Atualmente, não se pode deixar de mencionar, pela grande difusão e importância no atual quadro de assistencialismo social no Brasil, o Programa Bolsa Família, instituído pela Lei nº 10.836/2004, que tem por objetivo a distribuição direta de rendas para beneficiar famílias comprovadamente em situação de pobreza e de extrema pobreza.

A própria Loas contém outras disposições que mereceriam destaque para uma compreensão detalhada do Sistema Único de Assistência Social, mas, em razão dos objetivos do presente estudo, deixarão de ser apreciadas, pois se pretende apenas apontar as principais medidas adotadas pelo legislador para a densificação desse importante direito fundamental social, identificando os contornos gerais que permitam sua configuração e compreensão dentro do ordenamento jurídico.

Assume importância, para se atingir esse objetivo, identificar o nível de proteção que o direito à assistência social confere aos seus destinatários, tudo conforme as características que circundam os direitos fundamentais sociais, o que se buscará fazer no item seguinte, mediante perquirição do significado da expressão "mínimos sociais", contida na Lei nº 8.742/93, e, principalmente, dos conceitos de mínimo existencial, núcleo essencial dos direitos fundamentais, e da proibição do retrocesso social.

4 O mínimo existencial, o núcleo essencial dos direitos sociais e a proibição do retrocesso

A Lei nº 8.742/93, em dois artigos, faz expressa referência aos "mínimos sociais", os quais são adotados pelo legislador ordinário como a medida quantitativa do direito social à assistência. Confiram-se os dispositivos legais:

> 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.
> Art. 2º, parágrafo único: Para o enfrentamento da pobreza, a assistência social realiza-se de forma integrada às políticas setoriais, garantindo mínimos sociais e provimento de condições para atender contingências sociais e promovendo a universalização dos direitos sociais. (BRASIL, 1993)

O conceito de mínimo social não constitui inovação da Lei nº 8.742/93. Esse conceito foi largamente trabalhado por John Rawls, a partir de sua clássica obra *Uma Teoria da Justiça*, cuja edição original data de 1971. Nesse livro, ao tratar dos princípios da

justiça, entre eles o princípio da diferença, e discorrendo sobre as instituições de fundo para a justiça distributiva, Rawls destaca que o grande problema que se apresenta é o da escolha de um sistema social. A partir dessa premissa, Rawls passa a traçar os contornos de um sistema social ideal, em que haja uma constituição justa; liberdade política e de consciência; igualdade eqüitativa de oportunidades; e na qual o Estado:

> Tenta assegurar oportunidades iguais de educação e cultura para pessoas semelhantemente dotadas e motivadas, seja subsidiando escolas particulares, seja implementando um sistema de ensino público. Também impõe e assegura a igualdade de oportunidades nas atividades econômicas e na livre escolha de ocupação. [...] Por último, o Estado garante um mínimo social, seja por intermédio de benefícios familiares e de transferências especiais em casos de doença e desemprego, seja mais sistematicamente por meio de dispositivos tais como a complementação progressiva de renda (denominado imposto de renda negativo). (RAWLS, 2008, p. 342-343)

Mais adiante, Rawls (2008, p. 355) retorna à questão do mínimo social, agora preocupado com "quão generoso" ele deva ser. Ao discorrer sobre o problema da justiça entre gerações, reafirma que um sistema social que venha a ser adotado por um Estado, para atender aos princípios de justiça, "dependerá obrigatoriamente, pelo menos em certa medida, do nível a ser fixado para o mínimo social".

Rawls volta a discutir esse tema em *O Liberalismo Político*, na qual afirma que:

> A ideia não é satisfazer necessidades em contraposição a meros desejos e aspirações; tampouco se trata da ideia de redistribuição para fomentar maior igualdade. O fundamento constitucional em questão é que, abaixo de certo nível de bem-estar material e social, de treinamento e educação, as pessoas simplesmente não podem participar da sociedade como cidadãos, muito menos como cidadãos iguais. (RAWLS, 2011, p. 197)

A ideia de mínimo social desenvolvida por Rawls guarda diversos pontos de contato com a noção de mínimo existencial, bastante cara aos estudiosos dos direitos fundamentais sociais.

Por todos, colaciona-se a definição de Ingo Sarlet (2010, p. 71) sobre mínimo existencial, como sendo o "conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável, ou seja, de uma vida que corresponda a padrões qualitativos mínimos".

Cláudia Honório defende haver uma correlação entre os conceitos de mínimo social e de mínimo existencial. Analisando o art. 1º da Lei nº 8.742/93, a autora faz as seguintes considerações:

> Destaca-se do dispositivo a referência aos mínimos sociais. Pode-se tomar tal menção como a aceitação, pelo legislador, de noção correlata ao mínimo existencial, tratando-se de um conjunto de condições materiais mínimas a ser garantido a todo ser humano para a proteção de sua dignidade e de seus direitos fundamentais. (HONÓRIO, 2009, p. 101)

Antes de se buscar uma perfeita identidade entre os conceitos em análise, assume maior importância a conclusão de que tanto o conceito legal (mínimo social) como o

doutrinário (mínimo existencial) tendem a impor limites mínimos ao conteúdo do direito assistencial que venha a ser concretizado pelo legislador ordinário.

Essa imposição de limites é importante para os que defendem a existência do princípio do retrocesso social, dado que, existindo um conteúdo mínimo do direito social que deva ser necessariamente assegurado, sob pena de violação a esse princípio, o legislador ordinário tem seu campo de ação limitado caso pretenda restringir o alcance desse direito. Nesse sentido, discorre Sarlet (2001, p. 299): "A liberdade de conformação do legislador encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira".

O princípio da proibição de retrocesso social também pode ser formulado considerando-se não somente o conceito de mínimo existencial, mas, também, o de *núcleo essencial* do direito fundamental, como o faz Canotilho, segundo o qual:

> O núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas ("lei da segurança social", "lei do subsídio de desemprego", "lei do serviço de saúde") deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa "anulação", "revogação" ou aniquilação" pura a simples desse núcleo essencial. Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social captado em termos ideológicos ou formulado em termos gerais ou de garantir em abstrato um *status quo* social, mas de proteger direitos fundamentais sociais sobretudo no seu núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. (CANOTILHO, 2003, p. 339-340)

Os conceitos de mínimo existencial e núcleo essencial são diversos, ainda que, como defende, entre outros, Sarlet (2010, p. 97) eventualmente possam coincidir em face de determinado direito social. Destaca-se, contudo, a recorrente menção à dignidade da pessoa humana, ou o direito a uma existência digna, como baliza a ser observada pelo legislador ordinário quando pretenda interferir em políticas públicas já concretizadas por meio de lei para o atendimento do direito à assistência social.

Do exposto, conclui-se que, tendo a Loas explicitado que a assistência social se destina a prover e garantir os mínimos sociais, e em razão do desenvolvimento doutrinário dos conceitos de mínimo existencial, núcleo essencial dos direitos fundamentais, e da proteção a eles conferida contra o retrocesso, qualquer alteração legislativa que tenda a diminuir a abrangência dos direitos sociais relacionados à assistência social deve passar pelo crivo da constitucionalidade, observados os parâmetros acima estipulados, sob pena de tornar vazio de significado esse direito fundamental.

Cabe neste item uma última ponderação, que aponta em sentido oposto ao quanto já discutido. Dado que a Loas estabelece expressamente que a assistência social se destina a prover mínimos sociais, pode-se concluir que o legislador ordinário estabeleceu limites não somente contra a diminuição dos direitos a ela correlatos, como também limites à expansão em demasia do conteúdo desses direitos.

Em outros termos, não somente ao legislador ordinário não seria exigido que proveja o direito à assistência social além do mínimo social ou existencial necessário para a garantia de uma existência digna aos beneficiários, como também lhe seria vedado ir além desse mínimo social.

Vale rememorar as ponderações de Rawls em *O Liberalismo Político* (2011, p. 197), acima já transcritas, a ideia de mínimo social não é a de "satisfazer necessidades em contraposição a meros desejos e aspirações", ou de promover a "redistribuição para fomentar maior igualdade". Na mesma linha conclusiva, mas sob outro ângulo, tem-se a hipótese que Alexy, ao tratar da colisão entre direitos fundamentais sociais e direitos de liberdade do mesmo titular de direitos, formula:

> O interesse em trabalhar, sobretudo o interesse em um salário, pode ser, para um número suficiente de cidadãos, um incentivo suficiente para exercer o direito ao trabalho. No entanto, algo distinto pode ser verdadeiro se o direito ao mínimo existencial já coloca o indivíduo em uma situação na qual o exercício do direito do trabalho deixa de ser atrativo para ele. (ALEXY, 2011, p. 510-511)

Talvez a solução mais adequada para a definição concreta do mínimo social previsto pela Loas esteja relacionada, ao cabo, àquilo que o Estado, em determinado momento, pode financeiramente suportar. Rawls (2008, p. 355) já dizia que "o bom senso pode contentar-se em dizer que o nível correto depende da riqueza média do país e que, outros fatores permanecendo constantes, o mínimo deve ser mais alto quando essa média aumenta".

É uma solução cômoda, mas a qual o próprio Rawls não acede. Afigura-se mais prudente manter limites teóricos a serem observados, tanto quanto ao mínimo quanto ao máximo do conteúdo a ser garantido pela assistência social; seja para garantir que o princípio da dignidade humana não reste ofendido seja, por outro lado, para evitar que esse direito social se degenere em puro assistencialismo com fins políticos, em prejuízo a outros interesses da sociedade, como o da valorização do trabalho.

Se esse limite mínimo que deve ser observado pelo legislador foi obedecido nas recentes alterações promovidas em alguns direitos sociais relacionados à assistência social é exatamente a discussão proposta no item seguinte.

5 Alterações pontuais da legislação sobre assistência social e suas implicações na teoria geral dos direitos fundamentais sociais

Para conferir concretude ao arcabouço teórico até aqui delineado, algumas indagações práticas podem ser propostas para conferir aplicabilidade às características vistas do direito fundamental à assistência social, levando-se em consideração, sobretudo, as alterações legislativas recentemente verificadas.

Antes, contudo, é importante frisar que o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro e responsável pela guarda da Constituição, reiteradamente tem aplicado os institutos analisados nas suas decisões.

Recentemente, por exemplo, por ocasião do julgamento emblemático do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 639.337/SP, de relatoria do ministro Celso de Mello, a Corte Constitucional entendeu que não violou a CF88 a sentença que obrigou o município de São Paulo a matricular crianças de até cinco anos de idade em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida.

Dentre outros argumentos substanciais, a decisão foi fundamentada no respeito à dignidade da pessoa humana, na preservação do mínimo existencial e na proibição do retrocesso. É o que se extrai do trecho da ementa do julgado a seguir transcrita:

> A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À "RESERVA DO POSSÍVEL" E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS".
> - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras "escolhas trágicas", em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina.
> - A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes.
> - A noção de "mínimo existencial", que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS.
> - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.
> - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em conseqüência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. (BRASIL, 2011)

Do mesmo modo, na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, extrai-se uma análise detida dos conceitos delineados no presente estudo no voto do ministro Celso de Mello. O julgado na suspensão de tutela busca demonstrar a importância da adoção dos princípios e noções relacionados aos direitos fundamentais sociais na solução de controvérsias submetidas à apreciação do Poder Judiciário (BRASIL, 2010).

Ainda sobre a aplicação da estrutura teórica analisada pelo Supremo Tribunal Federal, podem-se citar os seguintes precedentes: RE nº 482.611/SC (BRASIL, 2010); Adin nº 3.768/DF (BRASIL, 2007); ADPF nº 45 MC/DF (BRASIL, 2004); entre outros.

Verifica-se, assim, que a Corte Constitucional brasileira tem conferido plena aplicabilidade aos conceitos relacionados aos direitos fundamentais sociais abordados no presente ensaio, reforçando a importância de um estudo aprofundado sobre o tema que permita a correta compreensão dos específicos contornos a eles atinentes, de modo a evitar uma utilização sem critérios das teorias vistas ou em desarmonia com os fundamentos que ensejaram o seu desenvolvimento.

Entre as recentes alterações na legislação de assistência social, podem ser consideradas especificamente duas modificações para uma análise acerca de eventual retrocesso do legislador a um direito social: as inseridas no Benefício de Prestação Continuada (BPC) e, também, as verificadas na legislação do programa Bolsa Família.

Especificamente quanto ao BPC, verifica-se que houve alteração no critério etário para que uma pessoa seja considerada idosa para fins de concessão do benefício (a idade exigida passou de 70 para 65 anos)[13]; na delimitação conceitual de família, reduzindo a amplitude dos beneficiários; e, ainda, na modificação do conceito de pessoa com deficiência.

A primeira questão que se impõe é: se eventualmente o orçamento exigir, ou estudos demonstrarem uma maior longevidade da população e uma maior inserção de pessoas com idade avançada no mercado de trabalho, poderia a legislação voltar a prever a idade de 70 anos para o BPC ou tal conduta seria considerada um retrocesso social?

Por se tratar de mera conjectura, uma análise perfunctória poderia levar à conclusão de que resta inviabilizada qualquer reposta à indagação que não seja amparada exclusivamente na estrutura teórica estudada, já que não haveria uma resposta dos tribunais sobre o tema, ensejando a equivocada conclusão de que o posicionamento adotado careceria de fundamento substancial em razão da ausência de análise da práxis jurisprudencial.

No entanto, foi visto que a Corte Constitucional brasileira tem aderido com frequência aos conceitos aqui tratados, de modo que é perfeitamente possível responder aos questionamentos com base não somente no arcabouço teórico desenvolvido, mas também com amparo nos posicionamentos jurisprudenciais relativos aos direitos sociais, naquilo que Alexy (2011, p. 35-38) denomina de dimensão normativa da dogmática jurídica.

Na hipótese aventada, caso o legislador venha a aumentar a idade como exigência para a percepção do BPC, parece indene de dúvida que a alteração legislativa não atingiria o núcleo essencial do direito fundamental, pois o benefício continuaria assegurado: apenas os requisitos para o seu deferimento ou manutenção, relativos à

conceituação de idoso, seriam modificados, de modo que, ao menos em uma análise abstrata, não haveria retrocesso social ou transgressão ao mínimo existencial.

Do mesmo modo foi a alteração no BPC quanto ao conceito de família para aferição da renda mensal. Com as alterações das leis nº 12.435/2011 e 12.470/2011, devem ser considerados como integrantes da família os irmãos, os filhos e os enteados solteiros, de qualquer idade – o que diminui a amplitude do benefício, já que, antes da alteração, somente eram considerados como membros da família o filho ou irmão não emancipado, de qualquer condição, desde que menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente[14].

Pelos mesmos argumentos antes expostos, a alteração promovida pelo legislador aparenta não ter implicado retrocesso social, não obstante a diminuição do número de beneficiários dela decorrente, já que o núcleo essencial do direito assegurado constitucionalmente não fora diretamente afetado. O legislador, ao que parece, apenas alterou a legislação em virtude da natural necessidade de adaptação das leis às transformações verificadas na sociedade, sem que tal medida acarretasse, em uma análise geral e abstrata, afronta ao mínimo existencial, ao princípio da dignidade da pessoa humana ou mesmo ao princípio da igualdade.

No que atine, especificamente, à modificação do conceito de pessoa com deficiência, a própria análise acerca de eventual alteração transgressora do regramento referente aos direitos fundamentais resta prejudicada, na medida em que o legislador apenas adequou – sem impor qualquer restrição à concepção anteriormente vigente – a definição de pessoa com deficiência aos modernos entendimentos existentes sobre o assunto, inclusive objeto de tratados internacionais[15].

Ainda no que diz respeito às alterações inseridas na Loas, deve-se citar a significativa modificação do art. 22 da Lei nº 8.742/93, que reformulou, substancialmente, o regramento dos denominados benefícios eventuais, sem, contudo, afrontar o direito fundamental à assistência social. Descabem, para evitar tautologia, maiores considerações sobre o tema.

Por fim, recentemente o Governo Federal lançou o Plano Brasil sem Miséria, que trouxe modificações no Programa Bolsa Família. Com o novo plano, as famílias passam a receber auxílio por até cinco filhos (de até 15 anos), sendo que anteriormente o limite para o cálculo dos benefícios era de até três filhos[16].

A referida alteração não parece um caminho sem volta, pois nada impede que o legislador, na sua função de eleger políticas públicas e adequá-las à realidade social, retorne ao regramento anterior e contemple o pagamento do benefício a apenas três filhos, sem que isso transgrida o direito constitucional à assistência social e o nível de proteção conferido aos direitos fundamentais sociais, pelas mesmas razões anteriormente aventadas.

Considerações finais

Ante o exposto, verifica-se que a concretização das normas de direitos fundamentais sociais – dentre os quais se inclui o direito à assistência social –, em regra caracterizadas pelo elevado grau de abstração e baixa densidade normativa, exige do

Poder Público a adoção de políticas públicas que visem à máxima efetivação desses direitos, precipuamente pelo legislador.

No caso específico do direito à assistência social, a evolução do instituto e de sua correta compreensão exigiu do legislador a adoção de diversas medidas para a implementação desse importante direito, com destaque para a Lei Orgânica da Assistência Social, considerada o principal instrumento legislativo que rege o tema.

Caracterizado pela atual ordem constitucional como genuíno direito fundamental social, o direito à assistência social deve ser conformado com a moderna Teoria Geral dos Direitos Fundamentais Sociais, exigindo um conhecimento específico sobre o assunto e de outros institutos a ele diretamente relacionados que viabilizem um correto entendimento do seu conteúdo, como a compreensão das ideias de mínimo existencial, de vedação ao retrocesso e de núcleo essencial do direito.

Consideradas, assim, todas as peculiaridades que caracterizam o direito à assistência social, inserido nessa importante e maior esfera de abrangência dos direitos fundamentais sociais, conclui-se que o Poder Público se encontra vinculado, no seu agir, aos preceitos informadores da propalada teoria geral que os distinguem – sob pena, até mesmo, de controle judicial dos seus atos ou omissões, com especial relevo à atuação da jurisdição constitucional.

Verificou-se, por fim, em análise à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e às recentes alterações procedidas na Lei Orgânica da Assistência Social, bem como na legislação que regulamenta o Programa Bolsa Família, que é perfeitamente possível a imposição de limites ao legislador no seu mister de conferir concretude ao direito à assistência social, sendo de fundamental importância, no estudo de qualquer alteração legislativa atinente a direito fundamental social, um exercício de reflexão sobre eventual transgressão aos conceitos a ele relacionados, com destaque à proteção do mínimo existencial, à preservação do núcleo essencial do direito, à proibição do retrocesso e ao respeito à dignidade da pessoa humana.

FUNDAMENTAL RIGHT TO SOCIAL ASSISTANCE: SOME CONSIDERATIONS

ABSTRACT: This article aims to outline the content of the right to social assistance in the Brazilian legal system, giving the theme a related approach to the general theory of fundamental social rights, including it in the specific context that marks such rights and relating it to the institutes that develop, such as the concepts of existential minimum, essential core rights and prohibition of retrogression. To examine the specific content of the right to social assistance, as well as make it possible to understand the analysis that intends to undertake, should be scrutinized the origin and historical development of social assistance as a right in Brazil, as well as analyzed the main public policies implemented or modified by the legislature on the subject, so as to check any transgressions, limitations or obligations of the government acting in the configuration and implementation of this important fundamental right.

KEYWORDS: Right to social assistance. Fundamental social rights. Fundamental rights. Constitutional Law.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232 MC/DF*. Relator: min. Maurício Corrêa. Pleno. Julgado em 22 mar. 1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 639.337/SP*. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 23 ago. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Pleno. Julgado em 17 mar. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 482.611/SC*. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 23 mar. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.768/DF*. Relator: Min. Cármen Lúcia. Pleno. Julgado em 19 set. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF*. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 29 abr. 2004.

_____. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 28 maio 2012.

_____. *Lei nº 8.742/93*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm>. Acesso em: 28 maio 2012.

BRASIL. *Lei nº 12.435/11*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12435.htm>. Acesso em: 28 maio 2012.

_____. *Lei Complementar nº 101/2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 28 maio 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*: políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FERNANDES, Annibal. Assistência Social na Constituição. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 56/66, jul. 1985.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

HONÓRIO, Cláudia. *Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros*. Dissertação (mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/17942/claudi151.pdf?sequence=1>. Acesso em: 18 set. 2011.

KIM, Richard Pae. *Fundos públicos e políticas públicas*: O regime jurídico e a gestão dos fundos especiais, instrumentos para a implantação e a garantia dos direitos fundamentais. São Paulo: Conceito, 2011. Cidadania, direitos sociais e políticas públicas.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito subjetivo e direitos sociais*: o dilema do Judiciário no Estado social de direito. São Paulo: Malheiros, 2002. Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça.

MASTRODI, Josué. *Direitos sociais fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais*: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006.

OLIVEIRA, Regis Fernandes; HORVATH, Estevão. *Manual de Direito Financeiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 28 maio 2012.

PETTER, Lafayete Josué. *Direito Financeiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra, 2006.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *O liberalismo político*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais na Constituição de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 30, p. 97-119, abr. 1999.

_____. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 61, p. 90-117, jan. 2007.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71-109.

SILVA, Bianca Monteiro da. Assistência social: o desafio do reconhecimento como política pública e sua implicância nas atividades das organizações da sociedade civil. *Revista de Direito do Terceiro Setor*, Belo Horizonte, ano 4, n. 8, jul.-dez. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70977>. Acesso em: 19 fev. 2013.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Tributário e Financeiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Notas

[1] Apenas a título de elucidação, mencionem-se como fundamentos diretamente vinculados à assistência social a cidadania e o princípio da dignidade da pessoa humana. Quanto aos objetivos, pode-se listar: a) construir uma sociedade livre, justa e solidária; b) garantir o desenvolvimento nacional; c) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; b) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[2] Sobre a diversidade dos conceitos de mínimo existencial, dignidade da pessoa humana e mínimo vital ou de sobrevivência, cf. Sarlet (2006). Especificamente sobre o mínimo existencial, cf. as importantes considerações de Torres (2005, p. 69-72).

[3] Acerca da reserva do possível, v., entre outros, Josué Mastrodi (2008, p. 95-109).

[4] Sobre o dualismo relativo entre os direitos a prestações e os direitos de defesa e o problema das distinções entre os grupos, cf. a lição, entre outros, de Sarlet (1999, p. 97).

[5] Sobre a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas que envolvam os direitos fundamentais sociais, além da obra citada de Cristina Queiroz, especialmente nos capítulos IV e V (p. 159-213); as considerações de Jorge Reis Novais (2006, p. 189-209); e de José Reinaldo de Lima Lopes (2002). No Brasil, importante destacar, o controle de constitucionalidade é realizado por qualquer juiz ou tribunal no caso concreto (controle difuso), cabendo ao Supremo Tribunal Federal, instância última do Poder Judiciário brasileiro, o controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos federais ou estaduais.

[6] Como o objetivo do presente estudo é apenas identificar algumas políticas públicas de assistência social para uma análise propositadamente vinculada à temática dos direitos fundamentais, evidenciando a densificação de normas fundamentais asseguradas pela Constituição da República, evitar-se-á delinear as características e justificativas do conceito esposado.

[7] Citem-se, a propósito, outros dois precedentes da Corte Constitucional sobre o tema: RE nº 401.127-ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 30/11/2004, 2ª Turma, DJ de 17/12/2004; e RE nº 214.427-AgR-ED-ED, Rel. Min. Nelson Jobim, julgamento em 21/8/2001, 2ª Turma, DJ de 5/10/2001.

[8] Característica delineada no item 3.

[9] A Lei nº 8.080/90 regulamentou o Sistema Único de Saúde (SUS), pois o poder constituinte originário de 1988 já havia idealizado a constituição de um sistema único, conferindo ênfase à descentralização das ações e serviços públicos de saúde, com direção única em cada esfera de governo, dentro de uma rede regionalizada e hierarquizada que garantisse o atendimento integral e a participação da comunidade. No caso da assistência social, contudo, embora a Carta Magna tenha estabelecido como diretriz a descentralização político-administrativa, não se previu, ao menos de modo expresso, o estabelecimento de um sistema único nos mesmos moldes que fizera na seção relativa à saúde, muito embora possa se extrair a existência desse sistema em razão da necessidade de descentralização.

[10] Sobre o regime jurídico e a gestão dos fundos públicos especiais, cf. o artigo de Richard Pae Kim (2011).

[11] Lei de Responsabilidade Fiscal.

[12] Nesse sentido, o Parecer nº 075/2011/DENOR/CGU/AGU, da Advocacia-Geral da União, ao analisar a juridicidade do Projeto de Lei nº 189/2010, que veio a ser convertido na Lei nº 12.435/11, ao argumentar, inclusive, que "não se sustenta o argumento de, por conta de não haver previsão na lei de forma, prazos, procedimentos e valores, enfim de todo o detalhamento da transferência, tratar-se de uma transferência voluntária".

[13] Embora a Lei nº 12.435/2001 tenha modificado a redação do cáput do art. 20 da Lei nº 8.742/93, o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) já havia considerado como idoso a pessoa a partir dos 65 anos, derrogando, tacitamente, o dispositivo da Loas.

[14] Aplicava-se o art. 16 da Lei nº 8.213/1991.

[15] Utilizou-se a definição de pessoas com deficiência previsto na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30/3/2007, e aprovada pelo Decreto Legislativo nº 186/2008.

[16] A alteração foi realizada pela Medida Provisória nº 563/2011, posteriormente convertida na Lei nº 12.512/2011.