

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Instituto de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD
Programa de Mestrado em Direito

CAMILLA LACERDA DA NATIVIDADE MARQUES

**O ATIVISMO JUDICIAL NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS – UM
ESTUDO DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO CRITÉRIO DE
MISERABILIDADE DA LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL**

Brasília
2016

CAMILLA LACERDA DA NATIVIDADE MARQUES

**O ATIVISMO JUDICIAL NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS – UM
ESTUDO DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO CRITÉRIO DE
MISERABILIDADE DA LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL**

Dissertação apresentada como requisito para conclusão
do curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação
Strictu Sensu em Direito e Políticas Públicas do Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB

Orientador: Dr. Jefferson Carús Guedes

Brasília

2016

MARQUES, Camilla Lacerda da Natividade.

O ativismo judicial no controle de políticas públicas – um estudo da declaração de inconstitucionalidade do critério de miserabilidade da Lei Orgânica da Assistência Social / Camilla Lacerda da Natividade Marques – Brasília, 2016.

161 Fls.

Dissertação apresentada como trabalho de conclusão de curso de Mestrado em Direito e Políticas Públicas. Orientador: Prof. Dr. Jefferson Carús Guedes

1. Judicialização. 2. Políticas públicas. 3. Ativismo judicial. 4. Benefício de prestação continuada. 5. LOAS. 6. Miserabilidade.

CAMILLA LACERDA DA NATIVIDADE MARQUES

O ATIVISMO JUDICIAL NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS – UM ESTUDO DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO CRITÉRIO DE MISERABILIDADE DA LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

Dissertação apresentada como requisito para conclusão do curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Orientador: Dr. Jefferson Carús Guedes

Brasília, 13 de dezembro de 2016.

Banca examinadora

Prof. Jefferson Carús Guedes, Dr. Orientador
Centro Universitário de Brasília (UniCEUB)

Prof. Alice Rocha da Silva, Dra. Examinadora
Centro Universitário de Brasília (UniCEUB)

Prof. Daniela Marques de Moraes, Dra. Examinadora
Universidade de Brasília (Unb)

SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGRGR	Agravo Regimental
AI	Agravo de Instrumento
BPC	Benefício de Prestação Continuada
CPC	Código de Processo Civil
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
CF	Constituição Federal de 1988
LOAS	Lei Orgânica da Assistência Social
PBF	Programa Bolsa Família
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

Resumo

O presente trabalho pretende analisar o fenômeno do “ativismo judicial” com o foco na compreensão dos limites à atuação do Poder Judiciário, especialmente quanto à atividade judicante do Supremo Tribunal Federal no julgamento sobre a constitucionalidade do § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/1993 (Lei Orgânica de Assistência Social). A metodologia empregada foi essencialmente a revisão bibliográfica e o estudo de caso. Os principais objetivos da dissertação são: participar do debate sobre o debordamento dos parâmetros dogmáticos pelo Judiciário na apreciação de políticas públicas e apresentar uma análise crítica dos fundamentos do Supremo no julgamento do critério de miserabilidade da LOAS. A hipótese de que existem limites a serem observados pelo magistrado foi confirmada e dentre as suas limitações foram destacadas: a observância da sua capacidade institucional e o respeito aos precedentes, tendo em conta o contexto cultural, econômico e histórico em torno do tema sob o qual se decidirá; os efeitos sistêmicos da decisão e a relação entre o mínimo existencial e a reserva do possível.

PALAVRAS-CHAVE: JUDICIALIZAÇÃO. POLÍTICAS PÚBLICAS. ATIVISMO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. LOAS. MISERABILIDADE.

Abstract

The present work intends to analyze the phenomenon of "judicial activism" with the focus on understanding the limits to the Judiciary Branch, especially regarding the judicial activity of the Supreme Court in the judgment on the constitutionality of paragraph 3 of article 20 of "Organic Law of Social Assistance" (LOAS). The methodology used was essentially bibliographic review and case study. The main objectives of the dissertation are: the debate about the dogmatic parameters extrapolated by the Judiciary in the appreciation of public policies and the presentation of a critical analysis about the Supreme's Court judgment about the criterion of miserability established in LOAS. The hypothesis that there are limits to be observed by the judge was confirmed and among its limitations were highlighted: the observance of its institutional capacity and respect for precedents, taking into account the cultural, economic and historical context around the subject under which It will be decided; the systemic effects of the decision and the relation between the social minimum and the reserve for contingencies.

KEYWORDS: JUDICIALIZATION. PUBLIC POLICY. ACTIVISM. SOCIAL ASSISTANCE. POVERTY. MISERABILITY.

Sumário

Introdução.....	9
1. A expansão da autoridade judicial.....	17
1.1. Os diversos conceitos de ativismo judicial.....	21
1.2. A judicialização de políticas públicas em tempos de neoconstitucionalismo.....	29
1.3. As prováveis causas da discricionariedade judicial.....	45
1.4. O pós-positivismo como paradigma jusfilosófico adequado para o estudo de caso..	51
1.5. O Supremo Tribunal Federal como detentor da última palavra na interpretação constitucional.....	59
2. Os limites para o controle judicial de políticas públicas.....	71
2.1. A observância da capacidade institucional do Poder Judiciário.....	72
2.2. A difícil equação entre o mínimo existencial e a reserva do possível.....	90
2.3. O respeito aos limites substanciais e às exigências sistêmicas.....	100
2.4. A vinculação aos precedentes e o ônus argumentativo.....	104
2.5. A participação colaborativa da sociedade na formação do convencimento do julgador como meio de atenuar as tensões sobre a judicialização de políticas públicas.....	109
3. As decisões do STF sobre a constitucionalidade do artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 (LOAS).....	120
3.1. O histórico dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal sobre o Benefício de Prestação Continuada.....	120
3.2. A indefinição do conceito de miséria.....	126
3.3. A impropriedade da comparação entre o benefício de prestação continuada e o programa bolsa família para alteração do critério de miserabilidade.....	130
3.4. Os efeitos não estimados na decisão do Supremo Tribunal Federal.....	134
3.5. As alterações legislativas após a declaração de inconstitucionalidade do critério de miserabilidade.....	141
Conclusões.....	144
Referências.....	151

Introdução

O problema da criação do direito pelo juiz é uma constante na ciência jurídica¹ e a demarcação de limites para a atuação da magistratura, “conquanto antiga e infinitas vezes debatida, exhibe viva atualidade”.² E apesar da interpretação judicial sempre ter apresentado uma certa característica inovadora, a “intensificação da criatividade da função jurisdicional constitui típico fenômeno do nosso século”,³ especialmente no que toca a temas mais controvertidos como o controle de políticas públicas.⁴

O fenômeno da judicialização da política envolve a crescente intervenção do Judiciário para assegurar direitos sociais previstos na Constituição, o que abre oportunidade para o desenvolvimento do ativismo judicial que tem sido tão marcante em tempos de neoconstitucionalismo. É a partir deste novo cenário surgem questionamentos sobre as

¹ Problema característico da tradição do Civil Law. “[...] on peut dire que le problème de la création du Droit par le juge est une constante de la science juridique car, il s’est posé dans tous les systèmes juridiques et, de tout temps, il a préoccupé les penseurs politiques et les juristes”. BELAID, Sadok. *Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge*. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1974, p. 11. Tradução livre: “podemos dizer que o problema da criação da lei pelo juiz é uma constante da ciência jurídica, porque ela surgiu em todos os sistemas legais e, historicamente, tem preocupado os pensadores políticos e juristas”.

² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2ª ed., 1999, p. 13. De se anotar, ainda, que para o autor, o aumento da criatividade judiciária na atualidade “se explica e justifica à luz do surgimento de um judiciário cujo papel, de forma consequente ou paralela, aumentou com o crescimento, sem precedentes, dos outros poderes do estado moderno”, p. 55.

³ Como consequência de características econômicas, políticas, constitucionais e sociais desta época. *Ibid.*, p. 31 e 73.

⁴ O tema é tão atual que o Projeto de Lei nº 8.058, de 2014, apresentado pelo Deputado Paulo Teixeira (Partido dos Trabalhadores/SP), propõe a aprovação de um processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário, de cuja justificação extrai-se: “O controle jurisdicional de políticas públicas é uma realidade presente no dia-a-dia dos tribunais brasileiros. Embora a doutrina e a jurisprudência, sobretudo do STF, tenham se debruçado sobre a questão, fixando limites ao próprio controle e construindo princípios a respeito da matéria, ainda remanescem dúvidas e, frequentemente, o juiz enfrenta dificuldades concretas para decidir assuntos tão relevantes. São dificuldades oriundas da falta de informações e de dados, da falta de assessoria, da falta de contatos com a própria Administração encarregada da implementação da política pública, com os demais juízes, com os tribunais; dificuldades de ordem orçamentária, dificuldades oriundas da multiplicidade de ações individuais que vão inevitavelmente incidir sobre as políticas públicas. É preciso fixar parâmetros seguros para o juiz e para as partes e é preciso, principalmente, criar um novo processo, de cognição e contraditório ampliados, de natureza dialogal e colaborativa, com ampla intervenção do Poder Público e da sociedade, ou seja, um novo processo adequado à tutela jurisdicional dos chamados conflitos de ordem pública. Somente assim a intervenção judicial em políticas públicas não criará problemas insolúveis para a Administração e para a população, como tem ocorrido, e o juiz poderá decidir com equilíbrio e justiça após conhecer todos os dados da questão que está em jogo, sem se substituir ao administrador”. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020141108001680000.PDF#page=40>>. Acesso em 20 set 2016.

capacidades constitucionais dos Poderes Estatais e sobre a sobreposição de suas competências institucionais.

No Brasil, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), o Supremo Tribunal Federal (STF), pouco a pouco, elevou o padrão de interação com os outros poderes políticos e deixou de ser um mero coadjuvante para se tornar um importante ator nos ciclos das políticas públicas e um condutor do processo democrático.⁵ Para entender como se deu a expansão dessa autoridade judicial e refletir sobre os limites para a sua intervenção em políticas públicas, a presente pesquisa teve como principal objetivo identificar os limites ao ativismo judicial nos casos de políticas públicas, especialmente nos julgamentos sobre o critério de miserabilidade do benefício de prestação continuada (BPC).

A relevância do tema de política assistencial também é atual e fica evidente na leitura da seguinte observação de Sue Nott:

The law plays a significant role in the creation, perpetuation and potential elimination of poverty. More particularly, the use of the law to create rights in favour of disadvantaged individuals, such as the right to social security or a living wage, sends an important message regarding the unacceptability of poverty. Legal rights can give individuals, as well as organizations seeking to eliminate poverty, a means by which they can exert political pressure for improved living standards. Furthermore, the binding nature of law offers the poor and those working on their behalf a way of vindicating their rights either through the courts or by administrative means. Legal rights can, in addition, be instrumental in securing change in society. They offer a way of eliminating or correcting those factors that maintain or exacerbate poverty.⁶

Conforme o Programa de Pesquisa Comparada em Pobreza da UNESCO (CROP – Comparative Research Programme on Poverty), nas sociedades ocidentais, os sistemas de seguridade e assistência social têm se tornado, gradualmente, uma fonte importante de

⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 28.

⁶ NOTT, Sue. *Gender mainstreaming as an instrument for combating poverty*. In: Law and poverty: the legal system and poverty reduction. WILLIAMS, Lucy; ROBSON, Peter; KJONSTAD, Asbjorn (Coord). London: Zed Books, 2003, p. 205. Tradução livre: “A lei desempenha um papel significativo na criação, perpetuação e eliminação potencial da pobreza. Mais particularmente, o uso da lei para criar direitos em favor de pessoas desfavorecidas, como o direito à segurança social ou um salário digno, envia uma mensagem importante sobre a inaceitabilidade da pobreza. Os direitos legais podem dar aos indivíduos, bem como às organizações que procuram eliminar a pobreza, um meio pelo qual eles podem exercer pressão política para melhorar os padrões de vida. Além disso, o carácter vinculativo do direito oferece aos pobres e aos que trabalham em seu nome uma forma de reivindicar os seus direitos através dos tribunais ou por meios administrativos. Os direitos legais podem, além disso, ser instrumentais para assegurar a mudança na sociedade. Eles oferecem uma maneira de eliminar ou corrigir os fatores que mantêm ou agravam a pobreza.”

complementação de renda e a proteção legal dos seus benefícios se tornou uma agenda crítica para redução de pobreza e redistribuição de renda.⁷

Assim, as políticas públicas devem ser levadas a sério por todos os Poderes do Estado dada a sua enorme capacidade de transformação da sociedade. Certo é que o desenvolvimento social depende de uma adequada instrumentalização jurídica, além de corretas decisões políticas e econômicas. E o seu estudo atrelado a políticas públicas está intrinsicamente relacionado com o estudo do Direito, pois ele é quem fixa a moldura onde a política vai se desenvolver e promover seus objetivos, além de vincular os seus fins e lhe dar operacionalidade. Daí a importância da escolha da modelagem jurídica por meio da qual se concretizará os fins almejados.⁸

O Direito exerce um importante papel no desenvolvimento de uma nação, porque permite que arranjos jurídico-institucionais sejam formados para que se alcancem os objetivos por ela definidos. Ademais, são tais arranjos que estruturam a política pública, regulam seus procedimentos e viabilizam a articulação entre os atores envolvidos.

A preocupação com o desenvolvimento social e com as instituições públicas está refletida nas cartas constitucionais de vários países, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, quando elas se tornaram mais rígidas, hierarquicamente superiores à legislação ordinária e passaram a impor objetivos a todo o corpo político (sejam órgão estatais, seja a sociedade civil). Elas ainda foram dotadas de controle de constitucionalidade, o que gerou “uma mudança das condições de validade das leis, ligadas não mais apenas às formas e aos procedimentos relativos à sua produção, mas também aos seus conteúdos”.⁹

⁷ “Contributions by citizens to collective systems have replaced individual savings for a substantial part of the population. As such, ensuring the legal protection of social security benefits becomes a critical agenda for poverty reduction and income redistribution.” KJONSTAD, Asbjorn. *Poverty and property – human rights and social security*. In: *Law and poverty: the legal system and poverty reduction*. WILLIAMS, Lucy; ROBSON, Peter; KJONSTAD, Asbjorn (Coord). London: Zed Books, 2003, p. 162. Tradução livre: “As contribuições dos cidadãos para os sistemas coletivos substituíram a poupança individual para uma parte substancial da população. Como tal, assegurar a proteção jurídica dos benefícios da segurança social torna-se uma agenda crítica para a redução da pobreza e redistribuição da renda”.

⁸ COUTINHO, Diogo Rosenthal. *O direito nas políticas sociais brasileiras: um estudo sobre o programa Bolsa Família*. In: SCHAPIRO, Mário Gomes; TRUBEK, David (orgs). *Direito e Desenvolvimento, um diálogo entre os Brics*. São Paulo. Saraiva, 2012, p. 79, 100 e 107.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos – O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Tradução de Alexandre Araújo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 11.

As chamadas normas programáticas¹⁰ vincularam todo o Estado e os detentores de poder econômico e social fora dele, permitindo que o Poder Judiciário analisasse os preceitos postos em litígio também quanto à sua conformidade com os fins traçados pelos constituintes.¹¹ E o Direito se viu obrigado a acompanhar as mudanças de paradigmas, evoluindo de uma compreensão meramente liberal, fundamentada na ação do Estado-administrador, para uma compreensão sócio-liberal, que é vinculada ao texto constitucional e atua na garantia da satisfação dos direitos fundamentais dos administrados.¹²

O Estado também evoluiu e passou a prestar serviços, gerar mudanças sociais e desempenhar novas funções de regulação, fomento, estímulo, além de procurar garantir uma destinação eficaz dos recursos públicos. Ele criou órgãos e entidades especializadas, passou a produzir normas em maior quantidade e qualidade (em decorrência do princípio da publicidade) e cada vez mais específicas, cuidando de aspectos econômicos e sociais.¹³

Como a atividade estatal se expandiu no âmbito material da normatividade,¹⁴ uma das consequências foi o crescimento dos temas “apresentados” perante o Poder Judiciário, que

¹⁰ Diogo Coutinho descreve as normas programáticas como aquelas “que prevêm objetivos a serem alcançados por meio de políticas públicas (como a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades regionais e sociais, constantes do art. 3º) e comandos que explicitam valores a serem perseguidos pelo legislador infraconstitucional, juízes e administradores públicos.” COUTINHO, Diogo. *O direito nas políticas públicas*. In: MARQUES, Eduardo e FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (eds.). *Política Pública como campo disciplinar*. São Paulo, Ed. Unesp, 2013, p. 13. Disponível em <http://www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca_virtual/item_766/14_05_12_16O_direito_nas_políticas_publicas_FINAL.pdf>. Acesso em 21 jul 2015.

¹¹ Por exemplo, no caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 indica os objetivos que orientam todo o funcionamento do Estado e a organização da sociedade no artigo 3º; as finalidades relacionadas à previdência social no artigo 201 e as de assistência no artigo 203.

¹² *Ibid.*, p. 45.

Sobre direitos fundamentais: “a celebrada gramática dos direitos fundamentais corresponde à linguagem particular empregada para a proteção estatal de grupos marginalizados, envolvendo um projeto de emancipação e inclusão a partir de certos direitos morais que o sistema jurídico converteu em direitos legais, tais como dignidade humana, igualdade, liberdade de expressão e privacidade”. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *O Judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais: entre fraquezas e possibilidades*. Revista da Faculdade de Direito – RFD-UERJ. Rio de Janeiro, n. 29, jun 2016, p. 128.

¹³ Nesse sentido, André Schmidt Neto anotou que: “O Estado normatiza tudo o que pode, desde a educação dos filhos, passando pela linguagem que deve ser usada (como no caso de preconceito racial, quando o Estado dita quais expressões podem ou não ser usadas, por exemplo, afrodescendente e não negro, face ao tom pejorativo), até situações íntimas e de natureza individual, como a homossexualidade, ao permitir ou não a consagração da união civil. Isso tudo se dá no intuito de exercer uma ação pedagógica para o bem comum. Busca-se induzir a sociabilidade, aproximando os indivíduos do Estado para convertê-los em cidadãos.” SCHMIDT NETO, André Perin. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Revista da Faculdade de Direito Uniritter, v. 10, pp. 83-86, 2011, p. 93. Disponível em: <<http://seer.uniritter.edu.br/index.php/direito/article/viewFile/252/168>>. Acesso em 04 maio 2016.

¹⁴ “[...] exatamente em razão do enorme aumento dos encargos da intervenção legislativa, verificou-se o fenômeno de obstrução (*overload*) da função legislativa, e este *overload*, que representa tema central da ciência política atual, tornou-se típica característica, na verdade típica ‘praga’ dos estados modernos, pelo menos daqueles com regime não autoritário e pluralístico-liberal.” [...] “Paradoxalmente, os parlamentos atribuíram tarefas tão numerosas e diversas que, para evitar a paralisia, encontraram-se ante a necessidade de transferir a outrem grande parte da sua

passou a decidir sobre novas matérias, além de reavaliar as antigas normas infraconstitucionais agora sob a égide da nova Carta. Os magistrados, pouco a pouco, começaram a desempenhar atribuições que não seriam tipicamente suas segundo a doutrina clássica da separação dos poderes, especialmente quando os litígios envolviam políticas públicas.¹⁵ Mauro Cappelletti observava que a expansão do direito legislativo, “estendida a muitíssimos domínios antes ignorados pela lei, acarretou e ainda está acarretando consigo a paralela expansão do direito judiciário”.¹⁶ E os debates acerca da jurisdição constitucional são guiados pelo prisma da distribuição de competências entre legislador democrático e justiça, ou seja, em torno da separação de poderes.¹⁷

Este fenômeno é perceptível no Brasil em todas as instâncias judiciais e em todos os tribunais, sejam eles de justiça, trabalhistas, eleitorais, federais. Mas para delimitar o objeto de estudo, ainda que se trate dos temas do ativismo judicial e da judicialização de políticas públicas em geral, o presente trabalho se ocupou essencialmente da jurisdição constitucional do STF. Isso porque ele é a instância máxima do Judiciário Brasileiro, se auto-intitula o último guardião da Constituição Federal, e suas decisões repercutem em todos os outros órgãos (hoje mais do que nunca, em razão das mudanças no processo civil, como as súmulas vinculantes e com a criação de precedentes nos julgamentos de recursos com repercussão geral reconhecida).

Além disso, foram escolhidos para o estudo de caso os julgamentos sobre o benefício de prestação continuada – BPC, tema que o Relatório da *Justiça em números 2015* apresentou como o sexto mais demandado na Justiça Federal, acumulando 201.074 novos processos naquele ano.¹⁸ Este assunto foi escolhido por sua importância quantitativa e também por ilustrar

atividade, de maneira que suas ambições terminaram em abdicação. E esses outros a quem a atividade foi transferida são, principalmente, o executivo e os seus órgãos e derivados, com toda uma série de entidades e agências, a quem foram confiadas tarefas normativas e administrativas”. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2ª ed., 1999, p. 43.

¹⁵ ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Roque. *O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário – Algumas Considerações*, p. 5. Disponível em <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2054152.PDF>>. Acesso em 15/07/2015.

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2ª ed., 1999, p. 20.

¹⁷ “A crítica à jurisdição constitucional é conduzida quase sempre em relação à distribuição de competências entre legislador democrático e justiça; e, nesta medida, ela é sempre uma disputa pelo princípio da divisão dos poderes.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 298.

¹⁸ Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2015: ano-base 2014*. Brasília: CNJ, 2015, p. 293. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em 19 set 2016.

a atuação do STF com o debordamento dos limites dogmáticos,¹⁹ seja pela falta de deferência aos outros Poderes, seja por extrapolação da sua capacidade institucional ou pelo risco de efeitos sistêmicos não considerados no momento da decisão judicial.

Trata-se, ainda, de uma situação singular, porque a mesma norma foi declarada constitucional no julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade (controle abstrato) e, após quase 15 anos, foi considerada inconstitucional nos julgamentos de recursos extraordinários e reclamação (controle concreto).

O objetivo da dissertação é identificar quais os limites da atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas e demonstrar como eles foram extrapolados nos julgamentos sobre o critério de miserabilidade da Lei Orgânica de Assistência Social - LOAS. Antes, contudo, entendeu-se necessária a fixação dos conceitos empregados para as políticas públicas, para os fenômenos do neoconstitucionalismo, do ativismo judicial (por se tratarem de temas controvertidos) e a justificação para a adoção do paradigma pós-positivista no trabalho, por ser aquele que melhor explica a compatibilização da jurisprudência constitucional criativa com a produção legislativa realizada por atores legitimados pelo voto popular.²⁰

A metodologia empregada na pesquisa foi essencialmente a revisão bibliográfica e o estudo de caso. Para tanto, o trabalho foi dividido em três capítulos. O Capítulo 1 define o que é uma política pública e como ela se transforma em um arcabouço jurídico passível de controle pelo Poder Judiciário. Ele cuida da revisão de conceitos e aplicações dos termos como neoconstitucionalismo, ativismo judicial, políticas públicas e sua judicialização. Ele apresenta reflexões sobre as prováveis causas da discricionariedade judicial e reflete sobre o sentido (e a extensão) de ser o guardião da Constituição Federal.

Já o Capítulo 2 propõe uma lista dos limites para o controle judicial de políticas públicas como a atuação do Judiciário dentro da sua própria capacidade institucional; os limites

¹⁹ Dogmática jurídica entendida como o “momento culminante da aplicação da Ciência do Direito, quando o jurista se eleva ao plano teórico dos princípios e conceitos gerais indispensáveis à interpretação, construção e sistematização dos preceitos e institutos de que se compõe o ordenamento jurídico”. REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 325.

²⁰ Os primeiros capítulos são importantes para apresentar o problema com mais clareza, porquanto, como Conrado Mendes anotou, “subjacente ao conflito entre parlamentos e cortes há, pelo menos, uma articulação das tensões entre dois ideais políticos (democracia e constitucionalismo), dois tipos de decisão (direitos e políticas públicas) e duas demandas de legitimidade (procedimentais e substantivas)”. MENDES, Conrado Hübner. *Direito fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutorado em Ciência Política. Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2008, p. 47 e 48. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf>. Acesso em 4 out 2016.

substanciais e as exigências do sistema jurídico; a vinculação aos precedentes e a necessidade de argumentação das decisões; e a difícil equação entre os princípios da reserva do possível e do mínimo existencial.

A última parte do trabalho (Capítulo 3) ocupa-se do estudo das decisões do STF sobre a constitucionalidade do critério de miserabilidade para o recebimento do benefício de prestação continuada previsto no artigo 203, V, da Constituição Federal de 1988. Esta norma constitucional pretende garantir um benefício individual, não vitalício e intransferível que assegura o recebimento de um salário mínimo mensal ao idoso (com 65 anos ou mais) e à pessoa com deficiência (com qualquer idade) com impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial que a incapacite para a vida independente e para o trabalho. Em ambos os casos, deve-se comprovar que os beneficiários não possuem meios de garantir o próprio sustento, nem tê-lo provido por sua família, e que a renda mensal familiar (bruta) *per capita* seja inferior a um quarto de salário mínimo vigente.²¹

A regulamentação do artigo 203 da Constituição foi feita pela Lei Orgânica da Assistência Social, Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 (LOAS), que também define os objetivos da política social no Brasil, como a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, o amparo às crianças e adolescentes carentes, a promoção da integração no mercado de trabalho, a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária. Ela regulamentou o benefício de prestação continuada (BPC)²², que integra a Proteção Social Básica no âmbito do Sistema Único de Assistência Social – SUAS, e o seu arranjo jurídico foi usado como modelo para outras políticas públicas.

²¹ O Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Pobreza (MDS) estimou que em 2014 havia mais de 4 milhões de beneficiários do BPC em todo o Brasil, sendo 2,2 milhões de pessoas com deficiência e 1,8 milhões de idosos, tendo o total de recursos pagas no ano no valor de 35 bilhões de reais. MDS. Assistência Social. Brasília, 2014. Disponível em: <www.mds.gov.br/assistenciasocial/beneficiosassistenciais/bpc>, e <<http://www.mds.gov.br/relocrys/bpc/docs/downloads/2014/DezTodos.pdf>> acesso em 22 jul 2015.

²² E também as Leis nº 12.435/2011 e nº 12.470/2011, que alteraram dispositivo da LOAS, e os Decretos nº 6.214/2007 e nº 6.564/2008.

A gestão do BPC é atualmente realizada pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) por intermédio da Secretaria Nacional de Assistência Social (SNAS), que é responsável pela implementação, coordenação, regulação, financiamento, monitoramento e avaliação do benefício. A operacionalização é realizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e os recursos para o seu custeio são provenientes da Seguridade Social, sob administração do MDS e repassado ao INSS pelo Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS). Informações do sítio do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Pobreza na internet. Ver em www.mds.gov.br/assistenciasocial/beneficiosassistenciais/bpc acesso em 26/7/2015.

A partir do momento em que a política foi formalizada em lei, ela pôde ser objeto de exame pelo Poder Judiciário, inclusive quanto à constitucionalidade. E de fato ela foi apreciada em julgamentos emblemáticos do Supremo Tribunal Federal, como na apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232/DF, que declarou a constitucionalidade do § 3º do seu artigo 20 (no ano de 1998); e nos julgamentos dos Recursos Extraordinários nºs 567.985/MT e 580.963/PR (em 2013), nos quais o mesmo dispositivo foi julgado inconstitucional sem pronúncia de nulidade.²³

Além de apresentar o histórico dos julgamentos, foram trazidos ao debate alguns temas que restaram omissos nos votos dos Ministros, como a diferença entre os conceitos de pobreza e miséria, e a impossibilidade de se comparar a política do BPC com o programa bolsa-família (cujo critério de pobreza foi utilizado como justificativa para a inconstitucionalidade superveniente do critério de miserabilidade da LOAS). Também foram apresentados alguns dos efeitos não estimados da decisão do STF e as alterações legislativas posteriores a ela.

Ao final são apresentadas as conclusões da pesquisa em tópicos agregados por capítulos.

²³ Estes acórdãos são objeto do estudo de caso no Terceiro Capítulo desta dissertação. Sobre o tema, Gilmar Mendes afirma que leis de todas as formas e conteúdos podem ser objeto de controle “uma vez que o constituinte se vinculou à forma legal”, sendo legítimo o controle de legalidade e de constitucionalidade de tais normas, não só quanto à forma, mas também em relação ao seu conteúdo. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.057.

Capítulo 1

1. A expansão da autoridade judicial

Este primeiro capítulo se dedica a apresentar as considerações terminológicas, conceituais e teóricas indispensáveis para adentrarmos propriamente no debate sobre os limites do controle judicial das políticas públicas.

Para entender como tem se dado a expansão da autoridade judicial é necessária a compreensão do fenômeno do neoconstitucionalismo e como ele abre oportunidades para a ocorrência do ativismo judicial. É preciso também diferenciar a judicialização da política do ativismo em si e determinar qual o paradigma jusfilosófico que vai orientar a análise dos embates de poder do Judiciário com o Executivo e o Legislativo, visando a compreensão da relação entre a atuação contramajoritária de um e a legitimidade democrática dos outros.

Sobre a submissão das políticas públicas ao crivo de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário, Rui Barbosa já dizia que “o efeito da interferência da justiça, muitas vezes não consiste senão em *transformar*, pelo aspecto com que se apresenta o caso, uma questão *política em questão judicial*”, envolvendo a justiça federal em questões políticas. Trata-se da expansão das atribuições eminentemente judiciais para englobar também o exercício de um poder político.²⁴

Este processo de expansão da autoridade judicial torna-se mais arguto com a adoção de constituições ambiciosas²⁵ e com uma postura de maior zelo pelo direito e não apenas pela lei, ampliando o controle jurisdicional da legalidade para a juridicidade. O constitucionalismo que

²⁴ BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. Corrigidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1933. v. 4, p. 41 e segs. De se registrar que a Constituição Brasileira de 1934 vedava o conhecimento de questões exclusivamente políticas pelo Poder Judiciário (artigo 68).

²⁵ Ambiciosa no sentido de prever uma grande quantidade de direitos e deveres, por exemplo, apresentando uma extensa lista de direitos fundamentais com a preocupação de não deixar escapar qualquer aspecto da vida da pessoa. Ela fixa parâmetros a serem cumpridos pelos Poderes Públicos sobre os principais temas das diversas frentes de atuação estatal, daí a sua extensão e complexidade. Oscar Vieira diz que: “Múltiplas são as razões para esta proeminência do STF em nosso sistema político. A primeira delas decorre da própria ambição da Constituição de 1988 que, corretamente desconfiada do legislador, sobre tudo legislou. O efeito colateral do compromisso maximizador assumido pelo texto de 1988, no entanto, foi a criação de uma enorme esfera de tensão constitucional. A equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno. Assim, qualquer movimento mais brusco gera um incidente de inconstitucionalidade e, conseqüentemente, a judicialização de uma contenda política.” Vieira, Oscar V., *Supremocracia: vícios e virtudes republicanas*. *Valor Econômico*, 6/11/2007, Opinião, p. A14. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/481469/noticia.htm?sequence=1>>. Acesso em 5 out 2016.

nasceu a partir da Segunda Guerra Mundial teve suas características definidas pelas Constituições como as da Itália (1947), Alemanha (1949), Portugal (1976) e Espanha (1978). Muitos textos constitucionais foram inspirados nelas e o constitucionalismo não permaneceu estático, mas seguiu evoluindo em muitos sentidos, tanto que o paradigma do Estado constitucional pode ser hoje chamado de (neo)constitucional.²⁶

Por isso, é importante perquirir sobre qual é o papel do Poder Judiciário no contexto do (neo)constitucionalismo,²⁷ e qual é a sua função na consolidação dos direitos previstos na Constituição. Todavia, a primeira dificuldade se apresenta na própria definição do que seria o neoconstitucionalismo.

Um dos autores estrangeiros que melhor se ocupou do tema, Miguel Carbonell, adverte que, ao se falar em neoconstitucionalismo(s), se faz referência a duas questões que devem ser estudadas separadamente: a) uma série de fenômenos evolutivos que tiveram impactos evidentes no que se chamou de paradigma do Estado constitucional; e b) teoria do Direito que dá conta de tais mudanças deste passado recente em termos bastante positivos. Não se trata de um modelo consolidado e que nem sequer pode chegar a estabilizar-se em curto prazo, porquanto contém uma série de incompatibilidades internas como o próprio ativismo judicial. As ideias neoconstitucionalistas continuarão em constante mudança num futuro próximo, como estão também as sociedades nas quais se quer aplica-las, por isso qualquer conceito de neoconstitucionalismo é instável.²⁸

²⁶ CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 9.

²⁷ Importante deixar registrada a crítica que Daniel Sarmento faz a esse fenômeno: “Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum desses se define hoje, ou já se definiu no passado, como neoconstitucionalista. Tanto dentre os referidos autores, como entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalistas, constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do Direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas. Neste quadro, não é tarefa singela definir o neoconstitucionalismo, talvez porque, [...] não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa.” SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO: Daniel (coord.). *Filosofia e teoria constitucional e contemporânea*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009, p. 114.

²⁸ CARBONELL, Miguel. Op. cit., p. 10-12.

Quanto à doutrina nacional, Alexandre Garrido²⁹ também assevera que o termo tem sido usado para se referir às importantes “transformações metodológicas, teóricas e ideológicas ocorridas no âmbito do Direito Constitucional no período histórico posterior ao término da segunda guerra mundial”, que ultrapassaram as dimensões histórico-positivas dos ordenamentos jurídicos nacionais, e repercutiram “também, sobre o estilo e os pressupostos metodológicos e filosóficos assumidos pela doutrina jurídica em suas reflexões sobre os direitos fundamentais, a democracia e a legitimação do texto constitucional”. Na tentativa de deixar o conceito mais claro, André Rufino do Valle indica quais são as bases de sustentação do neoconstitucionalismo:

a) importância dada aos princípios e valores como componentes elementares dos sistemas jurídicos constitucionalizados; b) a ponderação como método de interpretação/aplicação dos princípios e de resolução de conflitos entre valores e bens constitucionais; c) a compreensão da Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico, condicionando toda a atividade jurídica e política dos poderes do Estado e até mesmo dos particulares em suas relações privadas; d) o protagonismo dos juízes em relação ao legislador na tarefa de interpretar a Constituição; e) enfim, a aceitação de alguma conexão entre Direito e Moral.³⁰

O neoconstitucionalismo é uma tendência que exige do operador do direito novas práticas, concretizando a consciência constitucional para a formação de uma cultura democrática de proteção dos direitos e garantias fundamentais.³¹ Eduardo Cambi sistematiza as alterações mais importantes do fenômeno em três aspectos: a) histórico; b) filosófico e c) teórico. Quanto ao aspecto histórico, as transformações mais importantes se deram, a partir da 2ª Grande Guerra Mundial quando as Constituições alemã, italiana, portuguesa e espanhola criaram catálogos de direitos e garantias fundamentais, superando o paradigma da validade formal do direito e estreitando a relação entre Direito e Política. O aspecto filosófico trata da força normativa dada aos princípios,³² com o objetivo de ampliar a efetividade da Constituição.

²⁹ SILVA, Alexandre Garrido da. Neoconstitucionalismo, pós-positivismo e democracia: aproximações e tensões conceituais. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula et al. (coord.) *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro : Forense, 2009, p. 93.

³⁰ VALLE, André Rufino do. *Estrutura de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 22.

³¹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. Panóptica, v. 2, n. 2, 2007, p. 44. Disponível em <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/download/59/64>>. Acesso em 2 mai 2016.

³² Princípios aqui entendidos como espécie de norma, tendo em vista que estas se subdividem em duas categorias: regras e princípios. Conforme André Schmidt Neto explica: “As funções básicas dos princípios são interpretar o direito (Interpretativa); impedir a aplicação da regra, caso não seja compatível com o princípio (Bloqueadora); e sistematizar a aplicação do Direito (Integrativa). Assim, pode-se dizer que os princípios visam dar o norte para a aplicação das leis e flexibilizar a aplicação do Direito, na medida em que adaptam a regra ao caso concreto. Desta indeterminação surge a subjetividade. As regras, por sua vez, se caracterizam pela determinação ao estabelecer claramente, em abstrato, o que é permitido, proibido e obrigatório, visando à coordenação entre as pessoas. Por isso, o uso dos princípios não dispensa a regra. Não deve haver mais princípios ou mais regras, pois elas se complementam. O que importa é a discussão quanto à maior utilização dos princípios como flexibilizadores das

E, por fim, o aspecto teórico que caracteriza o neoconstitucionalismo pelo reconhecimento da força normativa da Constituição (reconhecimento do seu caráter jurídico imperativo), pela ampliação da jurisdição constitucional (as normas constitucionais programáticas passam a ter vinculação positiva) e pelo desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (hermenêutica jurídica ressaltando a teoria da ponderação dos princípios).³³

Nesse cenário, a judicialização de políticas públicas tem se intensificado, os tribunais se tornaram importantes cenários dos sistemas de governo e suas decisões influenciam e desestruturam processos políticos desses sistemas. Não há dúvidas de que o principal deles, no caso brasileiro, é o STF, cujos Ministros já se manifestaram sobre temas relativos a políticas governamentais,³⁴ relações entre Poderes³⁵ e direitos fundamentais.³⁶ Eles também têm tratado de causas referentes a direitos sociais, que apresentam uma complexa equação no direito brasileiro, porque, no campo normativo, a Constituição atribui ao Estado o dever de suprir as necessidades básicas dos indivíduos através da políticas públicas; e no campo social, o país apresenta um baixo índice de distribuição de renda. A demanda é crescente, no plano econômico os recursos são limitados e no plano político, nem sempre as decisões alocativas dos recursos financeiros são tomadas de maneira mais ajustada às prioridades constitucionais.³⁷

A questão que se levanta é: *pode o Judiciário intervir nas políticas públicas da maneira como tem sido feito?* Na doutrina existem respostas positivas e negativas, mas certo é que em todos os casos o STF foi provocado a se manifestar sobre as matérias levadas ao seu conhecimento e a interpretação do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988 (*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*) dá a entender que as políticas públicas podem ser objeto de análise pelo Judiciário. Ademais, não há norma

regras.” SCHMIDT NETO, André Perin. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Revista da Faculdade de Direito Uniritter, v. 10, pp. 83-86, 2011, p. 84. Disponível em: <<http://seer.uniritter.edu.br/index.php/direito/article/viewFile/252/168>>. Acesso em 04 maio 2016.

³³ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. Panóptica, v. 2, n. 2, 2007, p. 3-6. Disponível em <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/download/59/64>>. Acesso em 2 mai 2016.

³⁴ Como a constitucionalidade de aspectos da Reforma da Previdência, contribuição de inativos, e da Reforma do Judiciário, criação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

³⁵ Como a determinação de limites de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebras de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal.

³⁶ Como os limites à liberdade de expressão no caso de racismo (Caso Elwanger) e a possibilidade de progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista da OAB, 2008, p. 5. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/.pdf>>. Acesso em 26 jul 2015.

³⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Direitos sociais, Estado de Direito e desigualdade: reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais*. Revista Quaestio Iuris, v. 8, n. 3, p. 2080-2114, Rio de Janeiro, 2015, p. 2082.

expressamente impeditiva da manifestação judicial sobre políticas públicas, especialmente quando há alegação de violação a direito fundamental, mas importa saber se ele o fez dentro dos limites.

Em suma, as razões da expansão da autoridade do Poder Judiciário são os fenômenos do constitucionalismo e do neoconstitucionalismo, a intensificação da judicialização e a ausência de uma expressa proibição constitucional ao controle judicial de políticas públicas. Apesar de não vedar a intervenção judicial na política, a Constituição fornece limites para essa atuação, que serão abordados no próximo capítulo. Antes, contudo, é necessária a compreensão de conceitos importantes relacionados ao tema, como se verá a seguir.

1.1. Os diversos conceitos de ativismo judicial

O debate sobre os limites da jurisdição leva necessariamente à discussão sobre o ativismo judicial, mas a definição do que seja o ativismo ainda não encontrou unanimidade na doutrina. Ela diverge não só sobre o conceito, como também sobre a extensão e qualidade (boa ou má) conferida à expressão. Cada autor que se debruça sobre o tema parece formular seu próprio conceito e raramente são fixados parâmetros adequados para avaliação do fenômeno.³⁸ Flávia Lima e Glauco Leite ressaltam que há uma grande dissensão sobre o significado da expressão *ativismo judicial*, “o que pode levar à construção de percepções bem distintas sobre o papel da jurisdição constitucional nas democracias contemporâneas e sobre a própria compatibilidade do protagonismo judicial em um sistema constitucional democrático”.

Seguindo este raciocínio, os autores formularam as seguintes perguntas que causam grandes debates jurídicos e que ainda não foram suficientemente esclarecidas pela doutrina: a) ativismo judicial representa uma invasão na autonomia dos demais poderes do Estado?; b) significa que o magistrado decidiu com base no que ele entende como *justo*, ainda que isso implique afastar-se do direito positivo?; c) ou seria uma forma de apontar para erros na decisão judicial?; d) o juiz ativista é aquele que demonstra um engajamento político e social na realização dos valores constitucionais?; e) práticas ativistas têm o objetivo de ocupar eventuais

³⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 105.

*vácuos de poder?*³⁹ São muitas as questões que envolvem o tema, por isso é interessante começar o estudo nas suas origens.

A nomenclatura do ativismo judicial foi utilizada nos Estados Unidos pela primeira vez em 1947 pelo jurista Arthur Schlesinger Jr. ao redigir um artigo para a revista não-especializada “Fortune”,⁴⁰ numa tentativa de explicar para o público leigo a polarização dos membros da Corte Constitucional Americana, chamando uns juízes de “ativistas” em contraposição aos outros que se “autocontêm”.⁴¹

A expressão nasceu marcada pela superficialidade, apesar de ostentar uma feição positiva, uma vez que se prestava a caracterizar os juízes que pretendiam promover a justiça social e contribuir para o desenvolvimento da sociedade.⁴² Entretanto, ela foi tão repetida na seara jurídica que acabou ganhando contornos diversos. Paulo Gustavo Branco destaca que “tanto os que criticam, como os que enaltecem o ativismo parecem ter pressuposta a intuição de que a ação considerada revela um afastamento do juiz do âmbito do que seria o esperado nas suas funções corriqueiras”. Aqueles que o rejeitam falam “em quebra do princípio da separação dos poderes, em detrimento do Estado democrático de direito e os que o aclamam, atribuem-lhe virtudes saneadoras de desvios do modelo de repartição de poderes”.⁴³

Assim, a expressão ganhou diferentes compreensões. Ronald Dworkin, filósofo do direito norte-americano, chama o ativismo de “uma forma virulenta de pragmatismo jurídico”, porquanto um juiz ativista tende a ignorar o texto constitucional, o contexto histórico da sua promulgação, a cultura política, a jurisprudência da Corte Suprema, “para impor a outros

³⁹ LIMA, Flávia Santiago; e LEITE, Glauco Salomão. Ativismo judicial ou autocontenção? A decisão vinculante no controle difuso de constitucionalidade e suas repercussões institucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jur. – RIHJ*. Belo Horizonte, ano 12, n. 16, p. 93-113, jul./dez. 2014, p. 95.

⁴⁰ Mas, “como o próprio Schlesinger reconheceu, o ativismo judicial diz com disputas mais antigas sobre os limites da atuação da Suprema Corte norte-americana do que pode supor a sua origem terminológica”. “Decisões da Corte podem ser identificadas como ativistas desde os primórdios da prática da *judicial review* e algumas são tão relevantes que transformam não só o perfil da Suprema Corte, mas também a sociedade norte-americana.” CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 49.

⁴¹ “Schlesinger apresentou o termo ‘ativismo judicial’ exatamente como oposto à ‘autocontenção judicial’. Para o autor, os juízes ativistas substituem a vontade do legislador pela própria porque acreditam que devem atuar ativamente na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos, ‘mesmo se para tanto, chegassem próximo à correção judicial dos erros do legislador’. Ao contrário, os juízes ‘campeões da autorrestrrição judicial’ têm visão muito diferente a respeito das responsabilidades da Corte e da natureza da função judicial: a Suprema Corte não deve intervir no campo da política, e sim agir com ‘deferência à vontade do legislador’.” CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.44.

⁴² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidivo – ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes, et al. (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 389.

⁴³ *Ibid.*, p. 388

poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige”. Por isso que “o direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima”.⁴⁴

No Brasil, a discussão sobre o ativismo se intensificou na primeira década deste século, quando vários trabalhos acadêmicos passaram a abordar o tema. Desde então, inúmeros artigos, livros, monografias, dissertações de mestrado e teses de doutorado têm se ocupado dele; mas não só juristas manifestaram interesse pelo fenômeno. A mídia entrou no debate e passou a criticar o *vácuo* deixado pelos outros Poderes e a sociedade também se interessou pelo Judiciário em franca ascensão institucional, principalmente por causa da ampliação do acesso à justiça e do “aperfeiçoamento de instrumentos processuais de defesa dos cidadãos, tais como a ação civil pública, a ação popular e a ação de improbidade administrativa”, o que fez do Poder Judiciário um protagonista no controle de poderes políticos. Mesmo nas primeiras instâncias judiciais, verificam-se decisões que interferem diretamente em políticas públicas e sociais, tanto em ações civis públicas como em litígios individuais.⁴⁵

O Supremo Tribunal Federal é um importante ator deste novo cenário de ativismo judicial e nos últimos anos ele adquiriu uma relevante participação na vida pública, transformando-se em peça central do sistema de governo brasileiro. Carlos Alexandre Campos afirma que a mudança de paradigma da Corte foi gradual e teve início quando os antigos juízes, nomeados pelo Regime Militar, se aposentaram e novos ministros como Marco Aurélio de Mello, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence foram nomeados para o STF, na segunda metade da década de noventa. Ele apresenta como marcos subjetivos de mais impacto para essa mudança a aposentadoria do Ministro Moreira Alves em 2003 (considerado como o líder intelectual da jurisprudência conservadora do Supremo e de suas práticas de autorrestrrição judicial); a simultânea ascensão argumentativa de Gilmar Mendes (considerado o maior defensor de práticas interpretativas e processuais ativistas); e as sucessivas nomeações de ministros envolvidos com reflexões do paradigma neoconstitucional entre 2003 e 2006.⁴⁶

Ives Gandra Martins complementa dizendo que a rápida mudança na composição de Ministros “e a introdução da TV Justiça, que permitiu o acesso de círculos não jurídicos às

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. de Jefferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 451.

⁴⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 210.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 272.

discussões nos tribunais, tornaram o STF um protagonista além de suas próprias fronteiras, passando de legislador negativo para positivo” e que isso “resulta em insegurança jurídica e, ao invés de ser, como era no passado, uma corte que garantia a estabilidade das instituições, por mais que sua intenção seja essa, termina por trazer um nível de instabilidade maior”.⁴⁷

Há doutrinadores que creem que o Supremo, como os outros tribunais e juízes, tem ultrapassado as linhas demarcatórias da função jurisdicional em detrimento das funções legislativa, administrativa e de governo, o que suscitaria “uma descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.”⁴⁸ Elival Ramos denomina esta prática de *ativismo judicial* e a define como o exercício da função jurisdicional “para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).”⁴⁹ Ele não está restrito às políticas públicas, nem a qualquer tema específico, mas pode ocorrer em qualquer das instâncias da Justiça e sem vinculação a um assunto específico.

Este é o conceito adotado no presente trabalho, o que não significa que outros autores não tenham sido consistentes nas suas respectivas definições, mas somente que eles apresentaram conceitos que divergem substancialmente uns dos outros. Portanto, para a problematização apresentada na dissertação, foi necessária a escolha de um conceito para o termo *ativismo* que fosse coerente com a ideia de “um engajamento” em desarmonia com o paradigma pós-positivista e, portanto, mais perto de uma extrapolação dos parâmetros de atuação do Judiciário. Daí se falar na existência de limites, tema que será desenvolvido no próximo capítulo. Mas, antes de entrar no novo tema, é importante que ainda se apresentem as diversas posições da doutrina nacional sobre a definição de *ativismo*.

Há juristas que também criticam a atuação judicial fora dos limites do sistema normativo, mas dão contornos diferentes ao ativismo, como Luís Carlos Alves Jr. que o define como: a imputação constitucional do Judiciário de “viabilizar o exercício de direitos

⁴⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O papel do Supremo Tribunal Federal*. Jornal Folha de S. Paulo, Caderno de Opinião, Tendências/debates, 12 jul 2016. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2016/07/1790732-o-papel-do-supremo-tribunal-federal.shtml>>. Acesso em 16 ago 2016.

⁴⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 119.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 131.

constitucionalmente assegurados, mas que estejam sendo inviabilizados por injustificadas omissões inconstitucionais normativas ou governamentais” dos outros Poderes.⁵⁰

Então, se o ativismo estivesse limitado aos casos de omissão legislativa, para os preceitos normativos constitucionais de eficácia limitada, os casos de “decisões substitutivas das opções político-normativas dos Poderes Legislativo e Executivo seriam incompatíveis com a Constituição, por violarem os princípios da soberania popular e da separação dos Poderes”. Nesses casos, “não se estaria diante de ativismo judicial – nem de altivez judicial –, mas de arbítrio judicial, de verdadeira ditadura togada”.⁵¹

Já Ayres Britto condena o ativismo judicial, diferenciando-o da sua prima virtuosa, a proatividade interpretativa⁵² (conceito que se confunde com a definição de ativismo elaborada por outros autores neoconstitucionalistas), uma vez que a própria Constituição prevê as regras de contenção do Poder Judiciário na sua função de julgar, “não de legislar, nem de se substituir ao Poder Executivo”. Ele chama de *antídotos* os limites instituídos para “salvar os magistrados de si mesmos”, “de seu eventual impulso para o voluntarismo, prepotência, arrogância, pose, espírito de corpo, subserviência, nepotismo, desatualização cognitiva, morosidade, inassiduidade e, no limite, venalidade”. E continua:

Antídotos ou anteparos que, se bem ministrados, ainda ajudam à conscientização dos próprios julgadores de que eles não podem incidir no que se tem chamado de ativismo judicial. Que se traduz em antijurídica investidura do julgador na função de fonte das próprias leis. Rendido à tentação de vê-las como servientes do seu querer subjetivo, e não como veículos de normas que se dotam de vontade própria. Que é uma vontade objetiva delas, e não uma vontade subjetiva deles.⁵³

⁵⁰ ALVES JR., Luis Carlos Martins. O ativismo judicial da “República Togada” e o princípio da legalidade na “Democracia Parlamentar”. In: *Revista Colombiana de Derecho Internacional de Bogotá* (Colombia), nº 27: 167-198, julho-diciembre de 2015, p. 172.

⁵¹ ALVES JR., Luis Carlos Martins. O ativismo judicial da “República Togada” e o princípio da legalidade na “Democracia Parlamentar”. *Revista Colombiana de Derecho Internacional de Bogotá* (Colombia), nº 27: 167-198, julho-diciembre de 2015, p. 183.

⁵² A proatividade interpretativa seria o “dever de desentranhar dos dispositivos jurídicos, isoladamente e também imersos no sistema de que eles façam parte, todas as respectivas angulações ou propriedades normativas”. Em BRITTO, Carlos Ayres. Poder Judiciário: ativismo versus proatividade. *Jornal O Estado de São Paulo*, 24 de maio de 2015. Disponível em <<http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,poder-judiciario-ativismo-versus-proatividade-imp-,1693122>>. Acessado em 6 jan 2016.

⁵³ BRITTO, Carlos Ayres. Poder Judiciário: ativismo versus proatividade. *Jornal O Estado de São Paulo*, 24 de maio de 2015. Disponível em <<http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,poder-judiciario-ativismo-versus-proatividade-imp-,1693122>>. Acessado em 6 jan 2016. Contudo, Ayres Britto participou de julgamentos de casos emblemáticos no STF que foram qualificados como de cunho ativista, nos quais ele entendeu que o Tribunal se limitou a cumprir o seu papel constitucional; como a ADI nº 3.510/DF (liberação da utilização de células embrionárias para estudo científico), a ADPF nº 132/RJ (união homoafetiva), ADPF 54-8/DF (aborto de feto anencéfalo). Para o Ministro, não havia alternativa senão a de se pronunciar sobre o mérito das ações, quando preenchidos os requisitos de cabimento e, nesses casos, não se poderia imputar ao Colegiado do STF a ambição

Flávia Lima e Glauco Leite acreditam ser possível “identificar elementos capazes de conduzir a uma concepção neutra, institucional e pluridimensional de ativismo judicial” e o caracterizam como sendo um comportamento que “tende a expandir os poderes judiciais em detrimento de outras autoridades estatais.”⁵⁴ Eles ressaltam que o ativismo judicial não está ligado ao conteúdo da decisão, nem vinculado a alguma bandeira ideológica,⁵⁵ e que também não é sinônimo de abuso, excesso ou arbítrio. Nas suas palavras:

Ativismo, então, aponta para um alargamento dos poderes político-normativos do Tribunal, em detrimento do raio de atuação de outros órgãos estatais, ao passo que a política do *self-restraint* configura um retraimento judicial, abrindo, como consequência, espaços decisórios para outros atores. Ademais, cuida-se de autoalargamento e de autorretração, pois postos em prática por obra do próprio Tribunal. Outrossim, considera-se o ativismo judicial como um fenômeno complexo e multifacetado. Daí ter-se destacado que existem aspectos ou dimensões ativistas de uma específica decisão judicial. Dessa premissa decorrem duas possibilidades. Em primeiro lugar, é possível que uma decisão seja considerada ativista em mais de uma dimensão. Em segundo lugar, uma mesma decisão pode apresentar aspectos ativistas e, ao mesmo tempo, traços de autocontenção, o que não configura um problema para a perspectiva institucional, haja vista que o que se pretende realçar é justamente o lado que denota uma expansão dos poderes judiciais e seus impactos na relação com os outros órgãos estatais.⁵⁶

Com semelhante cautela no momento de dar uma definição ao temo, Carlos Alexandre Campos conceitua o ativismo judicial como:

O exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.⁵⁷

de criar um modelo juriscêntrico. Como a ADI nº 3510/DF (liberação da utilização de células embrionárias para estudo científico), a ADPF nº 132/RJ (união homoafetiva), ADPF nº 54-8/DF (aborto de feto anencéfalo).

⁵⁴ LIMA, Flávia Santiago; e LEITE, Glauco Salomão. Ativismo judicial ou autocontenção? A decisão vinculante no controle difuso de constitucionalidade e suas repercussões institucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jur. – RIHJ*. Belo Horizonte, ano 12, n. 16, p. 93-113, jul./dez. 2014, p. 102.

⁵⁵ Luís Roberto Barroso observa que o ativismo judicial serviu para a Suprema Corte Norteamericana manter a segregação racial: “foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontram amparo para a segregação racial”. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista da OAB*, p. 7. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 26 jul 2015.

⁵⁶ LIMA, Flávia Santiago; e LEITE, Glauco Salomão. Ativismo judicial ou autocontenção? A decisão vinculante no controle difuso de constitucionalidade e suas repercussões institucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jur. – RIHJ*. Belo Horizonte, ano 12, n. 16, p. 93-113, jul./dez. 2014, p. 111.

⁵⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 37. O autor sustenta que: “Ativismo judicial não é sinônimo de ilegitimidade, e essa correlação simplesmente não pode ser feita de modo apriorístico e em nível puramente conceitual. Pensar de modo diverso

Ou seja, o momento ativista que o STF vem passando está vinculado ao contexto histórico brasileiro e às transformações políticas, institucionais, sociais e jurídicas que se seguiram. E a dilatação dos poderes político-normativos em face dos outros Poderes se dá pelas interpretações expansivas dos enunciados constitucionais, pela correção das leis com alteração de seus significados para conformação à Constituição, a ampliação de sua própria competência processual, a falta de deferência às capacidades legal e cognitiva dos outros Poderes, bem como a interferência na formulação e na execução de políticas públicas. Por isso, o fenômeno só poderia ser avaliado a partir de parâmetros dinâmicos e as decisões ativistas não seriam suscetíveis de identificação por critérios singulares, mas pela pluralidade de dimensões que apresentam.⁵⁸

O autor apresenta as dez dimensões que, segundo ele, foram reveladas a partir da observação das diferentes experiências ativistas de cortes constitucionais e supremas: a) interpretação ampliativa das normas e princípios constitucionais; b) criação judicial do direito; c) falta de deferência à autoridade política, legal e empírica dos outros poderes e instituições; d) institucionalização de questões morais e políticas envolvendo direitos fundamentais; e) controle de política públicas, chegando a defini-las no lugar dos Poderes Legislativo e Executivo; f) expansão do papel institucional pela ampliação jurisprudencial do acesso à jurisdição, do espaço de atuação e dos poderes de decisão; g) não restrição dos juízes por precedentes quando pretendem avançar nas agendas e propósitos identificados nas constituições; h) decisões com formulações teóricas extensas e profundas, que vão além do caso concreto (maximalismo); i) decisões fundadas em razões político-partidárias; j) a corte se coloca como único titular da *última palavra* sobre a interpretação constitucional.

A classificação é útil na análise de decisões judiciais, ainda que outro conceito de ativismo seja adotado, porquanto ele realmente pode se manifestar de diversas maneiras. Os dez tópicos fornecem um organizado e claro roteiro para reflexão sobre até que ponto uma decisão é ativista em uma dimensão e não o é em relação a outras. Interessante que o autor não qualifica ativismo como “bom” ou “ruim”, mas sustenta que ele pode ser legítimo ou ilegítimo a depender do caso.

daria razão àqueles que afirmam a absoluta inutilidade do termo: bastaria então substituí-lo por ilegitimidade”; p. 158.

⁵⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 162-164.

Além da doutrina que condena o ativismo e da que tenta se manter neutra, existem os autores que percebem o ativismo judicial como a própria pro-atividade dos magistrados, conferindo um caráter positivo ao termo, como Saul Tourinho Leal que o caracteriza pela “consolidação de uma cultura constitucional benéfica à democracia”.⁵⁹ No mesmo sentido, Celso de Mello já se manifestou dizendo que “o chamado ativismo judicial é uma resposta do Supremo a provocações formais da sociedade a partir de mecanismos criados pela Constituição para neutralizar o caráter lesivo das omissões do Congresso o do Executivo” e que nesses casos “não há interferência indevida do Supremo: o Tribunal está apenas cumprindo sua função”.⁶⁰

Inocência Coelho, por sua vez, afirma que o ativismo judicial “não passa de uma expressão nova com a qual se pretende rebatizar, acriticamente, a velha criação judicial do direito”.⁶¹ Ele entende como legítima e natural a atuação do Supremo Tribunal Federal (e da magistratura como um todo) no exercício de criatividade interpretativa diante das circunstâncias apresentadas pelas situações de fato.⁶²

Os defensores do ativismo judicial entendem que, se estão em jogo direitos constitucionais, “é função do Judiciário interferir para garantir o seu cumprimento sempre que o Executivo e o Legislativo deixarem de cumprir suas obrigações, isto é, quando eles se abstiverem ou se omitirem” e que “uma atitude passiva dos tribunais poderia equivaler, enfim, a uma verdadeira abdicação de sua principal missão constitucional”.⁶³

Não são estes conceitos de ativismo que foram adotados na pesquisa, porque não se acredita que o Judiciário possa ter a automática referência aos valores éticos fundadores da sociedade, apesar dele ter um papel protagonista na defesa da democracia e dos direitos fundamentais. Mas entende-se que ele pode atuar de forma paralela e complementar dos agentes públicos eleitos, respeitando seus limites em deferência aos outros poderes.

⁵⁹ LEAL, Saul Tourinho. A nova face da jurisdição constitucional brasileira. In: FELLETT, André Luiz Fernandes, et al. (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 432.

⁶⁰ MELLO, Celso de. *Revista Anuário da Justiça*. Consultor Jurídico, 2010, p. 77. Disponível em <https://issuu.com/conjur/docs/brasil_2010_web>. Acesso em 23 jun 2016.

⁶¹ COELHO, Inocência Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? In: FELLETT, André Luiz Fernandes, et al. (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 498.

⁶² Não discordamos da importância da hermenêutica jurídica na atividade da magistratura e concordamos que ela é exercida dentro de um espaço de variações e nuances do texto legislativo; contudo, defendemos a existência de limites que parecem mais estreitos do que aqueles apresentados pelo o nobre doutrinador.

⁶³ COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: Eduardo Marques e Carlos Aurélio Pimenta de Faria (eds.) *Política Pública como Campo Disciplinar*, São Paulo, Ed. Unesp, 2013, p. 16. Disponível em <http://www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca_virtual/item_766/14_05_12_16O_direito_nas_politicas_publicas_FINAL.pdf>. Acesso em 21 jul 2015.

Por fim, de se registrar que há quem equipare o ativismo judicial com o fenômeno da judicialização da política, como José Herval Sampaio, para quem:

[...] as críticas aduzidas a uma possível intromissão do Judiciário, a qual se convencionou chamar de ativismo judicial, judicialização da política, dentre outras expressões, não podem ser aceitas, pois na realidade deve-se compreender de forma bem natural, já que com o surgimento das Constituições escritas e a necessidade de respeito às mesmas em países eminentemente democráticos – como o nosso – a ampliação da função jurisdicional nada mais é do que um corolário dessa conjuntura e não uma indevida cumulação de funções.⁶⁴

Contudo, entendemos que, em uma abordagem mais técnica, o fenômeno do ativismo judicial não se confunde com a judicialização de políticas públicas, apesar de estarem estreitamente relacionados. Isso porque pode haver a judicialização de uma política sem que a decisão tenha caráter ativista, quando ela for proferida dentro dos limites de atuação do magistrado.

1.2. A judicialização de políticas públicas em tempos de neoconstitucionalismo

Inicialmente, é importante definir o que são *políticas públicas* e fazer a diferenciação entre os termos *política (policy)* e *políticas públicas (politics)*. Na maioria das línguas, como no Português, uma só palavra (*política*) é usada para os dois termos, fato que reflete a dificuldade de distinção entre eles, pois “*these closely interact, often overlap, and in part cannot be separated even analytically*”.⁶⁵

De fato, a palavra *política* é associada a vários fenômenos, ações e intenções na literatura de língua portuguesa. Ela pode se referir a uma política de empresa privada, a uma política desenvolvida no âmbito público, ou pode designar algo relacionado ao embate de diferentes grupos sociais. De maneira diversa, na língua inglesa existem termos específicos para cada dimensão que a língua portuguesa denomina simplesmente de *política: polity, politics e policy*.⁶⁶

⁶⁴ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Ativismo judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais? In: FELLET, André Luiz Fernandes, et al. (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 406.

⁶⁵ DROR, Yehezkel. *Training for policy makers*. The Oxford Handbook of Public Policy. MORAN, Michael, MARTIN, Rein, and GOODIN, Robert E. (editores), New York: Oxford University Press, 2006. p. 81 e 82.

⁶⁶ CAVALCANTI, Paula Arcoverde. *Sistematizando e comparando os enfoques de avaliação e de análise de políticas públicas: uma contribuição para a área educacional*, 2007. Tese (Doutorado em Educação). Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), Campinas, SP: 2007, p. 14.

Desse modo, o termo *polity* seria empregado para se referir ao arranjo político de um grupo, governo ou sociedade organizada, enquanto *politics* designaria um “conjunto de procedimentos formais e informais que expressam relações de poder e que se destinam à resolução dos conflitos quanto aos bens públicos”. Já a expressão *políticas públicas* (*policy public, policies*) são “*outputs*, da atividade política (*politics*) e compreendem o conjunto de decisões e ações relativas à alocação imperativa de valores”.⁶⁷ Para Paula Cavalcanti, política pública é um “curso de ação ou inação, escolhido por autoridades públicas para focalizar um problema, que é expressado no corpo das leis, regulamentos, decisões e ações de governo”, ela estaria relacionada com as intenções que motivam as ações e decisões de um governo, com a implementação de programas para alcançar metas, com a luta de interesses entre governo e sociedade e com atividades desenvolvidas por agentes públicos ou privados que tem influência na vida dos cidadãos.

A definição de política (*policy*) para Ronald Dworkin é “aquela espécie de padrão de conduta (*standard*) que assinala uma meta a alcançar, geralmente uma melhoria em alguma característica econômica, política ou social da comunidade, ainda que certas metas sejam negativas, pelo fato de implicarem que determinada característica deve ser protegida contra uma mudança hostil”.⁶⁸ Já Maria Graça Rua diferencia a política (*politics*), que seria o “conjunto de procedimentos formais e informais que expressam relações de poder e que se destinam à resolução pacífica dos conflitos quanto a bens públicos”; das políticas públicas (*policies*), “conjunto das decisões e ações relativas à alocação imperativa de valores”, que requerem estratégias para implementar as decisões já tomadas.⁶⁹ E Felipe Fonte se refere a políticas públicas como “o conjunto de atos e fatos jurídicos que têm por finalidade a concretização de objetivos estatais pela Administração Pública”, elas têm natureza procedimental e dizem respeito à performance do Estado sobre a ordem social e econômica.⁷⁰

⁶⁷ CAVALCANTI, Paula Arcoverde. *Sistematizando e comparando os enfoques de avaliação e de análise de políticas públicas: uma contribuição para a área educacional*, 2007. Tese (Doutorado em Educação). Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), Campinas, SP: 2007. P. 18 19.

⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 134.

⁶⁹ RUA, Maria das Graças. *Análise de Políticas Públicas: Conceitos básicos*, p. 2. Disponível em <<http://portal.mda.gov.br/o/1635738>>. Acesso em 2 jul 2015.

⁷⁰ “As políticas públicas não estão intrinsecamente ligadas ao constitucionalismo ou aos direitos fundamentais, como se costuma afirmar na doutrina, mas dizem respeito à necessidade de atuação do Estado sobre a ordem social e econômica”. FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais – Elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 334.

Por seu turno, Maria Paula Dallari Bucci define política pública como programa de ação governamental, uma vez que o seu núcleo de sentido é o “movimento que se dá à máquina pública, conjugando competências, objetivos e meios estatais a partir do impulso do governo”⁷¹. Ela se materializa no plano exterior como um arranjo institucional formado por iniciativas e medidas articulados por suportes jurídicos, “visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”⁷².

Esta é a definição que será adotada para o presente trabalho, que traz a ideia de política como atividade, ou seja, como conjunto organizado de normas e atos para a realização de um objetivo específico, é o cerne da atual noção de serviço público. Por isso, o juízo de validade da uma política não se confunde com o juízo de validade das normas e dos atos que a compõem. Uma lei ou um ato pode ser inconstitucional sem que a própria política pública seja eivada do mesmo mal; ou uma política pode ser inconstitucional em razão da sua finalidade, apesar as suas normas ou atos.⁷³ Assim, podem ser submetidos ao crivo do Poder Judiciário não só as leis que formam o arranjo jurídico necessário para a implementação de uma Política Pública, como também a própria política e seus objetivo, que podem ser avaliados independentemente das normas infraconstitucionais que lhe dão suporte.

Muitos sujeitos estão envolvidos nos processos relativos às políticas públicas e são chamados de “atores políticos”⁷⁴. Eles podem ser atores públicos, como os burocratas e políticos; ou privados. Os atores políticos são aqueles que possuem mandatos eletivos e que têm sua atuação condicionada por fatores como o pertencimento a partidos políticos e interesses do eleitorado representado. São chamados de burocratas os atores que ocupam cargos que requerem conhecimento especializado dentro de uma carreira pública.

Já os atores privados, podem ser os empresários, que possuem grande capacidade de influência sobre as políticas públicas, especialmente aquelas que influenciam a economia do

⁷¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 39.

⁷² Id., Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. *Fórum Administrativo* – Direito Público – FADM, Belo Horizonte, n. 103, ano 9, set. 2009, p. 07. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=62501>. Acesso em 15 jul 2015.

⁷³ COMPARATO, Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Brasília a. 35 n. 138, abr/jun 1998, p. 45.

⁷⁴ RUA, Maria das Graças. *Análise de Políticas Públicas: Conceitos básicos*, p. 4. Disponível em <<http://portal.mda.gov.br/o/1635738>>. Acesso em 2 jul 2015.

país; os trabalhadores, os sindicatos, as organizações não-governamentais (ONGs), as igrejas etc. A mídia também pode ser considerada um ator privado, uma vez que influencia a opinião popular e mobiliza diversos atores.

Ainda existem os atores internacionais, como as Nações Unidas, o Fundo Monetário Internacional (FMI), a Anistia Internacional, o Banco Mundial; e outras nações ou comunidades internacionais com as quais o Brasil mantenha relações diplomáticas e comerciais, como os Estados Unidos, os países Mercosul e da Comunidade Europeia. Grandes empresas globais, especialmente as que atuam no mercado de energia e de comunicações, ainda podem formar uma outra classe, a dos atores transnacionais.⁷⁵

Todos eles atuam nas diversas fases do ciclo das políticas públicas, que, na classificação de Diogo Moreira Neto,⁷⁶ são cinco: formulação, planejamento, orçamentação, programação e controle de resultados. Há tantas classificações quanto existem autores que cuidam do tema, mas independentemente da quantidade de fases que o ciclo possua, certo é que ele se *auto alimenta* e se mantém em constante movimento. Os seus vários estágios ajudam a organizar a discussão e analisar o problema, são estágios que obedecem uma ordem lógica e cronológica, mas isso não impede que o ciclo da política pública possa ser abortado em qualquer das suas fases.

Ele geralmente começa com a percepção do problema, sua definição e inclusão na agenda governamental, o que permite a formulação de objetivos e programas. Essas já não são etapas simples, pois a inclusão de itens na agenda é limitada e há competição entre diferentes grupos interessados que suas demandas sejam elegidas para figurar na lista. A formulação e a legitimação de metas e programas também são atividades complexas, porquanto há inúmeras alternativas possíveis a serem analisadas e comparadas; passando pela fase de negociações e tomada de decisões (planejamento).⁷⁷

⁷⁵ RUA, Maria das Graças. *Análise de Políticas Públicas: Conceitos básicos*, p. 6. Disponível em <<http://portal.mda.gov.br/o/1635738>>. Acesso em 2 jul 2015.

⁷⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas*. Exposição apresentada ao V Congresso do Instituto Mineiro de Direito Administrativo, em 2007. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/estatico/docs/revista-juridica/03/artigos/artigo1.doc>>. Acesso em 21 jul 2015. Essa não é a única classificação possível, porquanto existem algumas variações na doutrina. Felipe Fonte, por exemplo, diz que o ciclo de políticas públicas é composto por quatro fases: inclusão do problema na agenda constitucional; formulação; concretização e avaliação. FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais – Elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 334-335.

⁷⁷ RIPLEY, Randall B., Policy analysis in political Science. In: McCOOL, Daniel C., *Public policy theories, models, and concepts – An anthology*. New Jersey: Prentice Hall, 1995, p. 159-160.

Em seguida vem a fase de prever o orçamento e, depois, o desenho jurídico é formado, incluindo as metas e programas (comumente em forma de lei). A partir daí a política pública é implementada e está sujeita à constante avaliação de sua performance. Dados devem ser coletados e análises sobre o seu impacto devem ser feitas para municiar as decisões sobre o futuro da política e de seu programa, o que vai dar início a um novo ciclo.⁷⁸

Depois de formalizar uma decisão política sob a forma de um programa de ação, o direito transforma a intenção ou recomendação, agregando-lhe traços cogentes, revestindo-o de formalidade. São as normas jurídicas que “estruturam o seu funcionamento, regulam seus procedimentos e se encarregam de viabilizar a articulação entre atores direta e indiretamente ligados a tais políticas”⁷⁹, a qualidade do arcabouço jurídico vai estruturar a integração dos programas, estimular a conjugação de esforços públicos e privados para se atingir as metas de desenho institucional da política pública, e partilhar responsabilidades entre atores públicos e privados. Por isso as atividades do Poder Executivo e do Poder Legislativo são tão relevantes neste tema, porque são eles quem planejam, estruturam, normatizam, implementam e avaliam as políticas. E só a partir da normatização, geralmente realizada pelo Legislativo, as políticas públicas são passíveis de controle de legalidade e constitucionalidade. Por interessante, segue uma pequena passagem de Konder Comparato tratando do tema:

A primeira distinção a ser feita, no que diz respeito à política como programa de ação, é de ordem negativa. Ela não é uma norma nem um ato, ou seja, ela se distingue nitidamente dos elementos da realidade jurídica, sobre os quais os juristas desenvolveram a maior parte de suas reflexões, desde os primórdios da *iurisprudencia* romana. Esse ponto inicial é de suma importância para os desenvolvimentos a serem feitos a seguir, pois, tradicionalmente, o juízo de constitucionalidade tem por objeto, como sabido, apenas normas e atos.⁸⁰

A política pública passa a estar sujeita ao controle de constitucionalidade quando é formado o arcabouço institucional necessário para sua aplicação, pois ela aparece primeiramente como uma *atividade*, como um conjunto organizado de normas e atos para a realização de um objetivo.⁸¹ Mas isso não significa que elas não devam passar pelos crivos de legalidade e constitucionalidade desde o início do ciclo, pelo contrário, “as políticas públicas

⁷⁸ RIPLEY, Randall B., Policy analysis in political Science. In: McCOOL, Daniel C., *Public policy theories, models, and concepts – An anthology*. New Jersey: Prentice Hall, 1995, p. 158.

⁷⁹ COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas sociais brasileiras: um estudo sobre o Programa Bolsa Família. In: SHAPIRO, Mario G. (org), TRUBEK, David M. (org), *Direito e Desenvolvimento – Um diálogo entre os Brics*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 115.

⁸⁰ COMPARATO, Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*, Brasília a. 35 n. 138, abr/jun 1998, p. 44.

⁸¹ *Ibid.*, p 45.

passam, *a priori* e/ou *a posteriori* pelos crivos de constitucionalidade e de legalidade, que as situam como válidas ou não em relação ao conjunto normativo mais amplo”.⁸²

Contudo, o controle judicial será realizado após a sua formalização, o que frequentemente ocorre nas fases de implementação e execução das políticas. As decisões judiciais sobre políticas públicas tendem a ser desestruturantes pois determinam obrigações fora da previsão orçamentária e fora do escopo das políticas, ampliam direitos, restringem condicionantes... o que gera impactos imprevisíveis na execução do programa político e altera as projeções, resultados esperados, e, conseqüentemente, desvirtua a análise de dados para a avaliação da política e início do novo ciclo.⁸³

A intervenção judicial também pode trazer danos à harmonia do ordenamento jurídico, por ser desestruturante do próprio arcabouço normativo que dá sustentação à política. A melhor opção para a análise dessas questões encontra resposta na Legística⁸⁴ porque ela se ocupa do processo legislativo como um todo e atua na otimização do círculo de comunicação entre os seus interlocutores,⁸⁵ além de fornecer princípios para melhor compreensão e acesso aos textos legais. Um bom trabalho em Legística amplia o diálogo institucional, age na reorganização do sistema, cuida para manter a sua consistência e a sua coerência, além de otimizar estratégias para o incremento do conhecimento sobre o Direito. Ela propõe uma atuação bem diferente

⁸² COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: Eduardo Marques e Carlos Aurélio Pimenta de Faria (eds.) *Política Pública como Campo Disciplinar*, São Paulo, Ed. Unesp, 2013, pp. 19 e 20. Disponível em <http://www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca_virtual/item_766/14_05_12_16O_direito_nas_politicas_publicas_FINAL.pdf>. Acesso em 21 jul 2015.

⁸³ RIPLEY, Randall B., Policy analysis in political Science. In: McCOOL, Daniel C., *Public policy theories, models, and concepts – An anthology*. New Jersey: Prentice Hall, 1995, p. 161.

⁸⁴ Trata-se do saber jurídico que se propõe a estudar os meios para que a legislação se torne mais eficaz e “compatibilizar o Direito codificado com os reclames da sociedade, o questionamento da lei como o instrumento exclusivo para consecução de mudanças sociais e a necessidade de democratizar o acesso aos textos legais em todos os níveis”. SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 7-34, jan/dez. 2007, p. 07.

⁸⁵ “A ampliação do círculo normativo significa também considerar as manifestações da cultura jurídica em cada fase da desejável interação entre os seus interlocutores (diálogo entre as fontes do Direito). Vale dizer, considerar na concepção do ato normativo a jurisprudência, a aplicação efetuada pela Administração Pública, que, por sua vez, expressa uma dada interpretação, o sentido sistemático extraído do ordenamento jurídico no plano de incidência da futura legislação, do impacto e da situação atual objeto o impulso legislativo na realidade social. É sob o ponto de vista da percepção do ordenamento como sistema, do diálogo entre as várias fontes do Direito, da consideração da realidade no processo de interpretação e tomada de decisão, seja para solucionar o conflito ou evita-lo, que a discricionariedade do legislador deve ser pensada de modo a ensejar críticas e propostas direcionadas a uma atividade legislativa responsável, em termos jurídicos.” SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 7-34, jan/dez. 2007, p. 10.

daquela da magistratura porquanto, além de reforçar a produção do direito consensual, antecipa os efeitos das normas sobre os destinatários na busca do que seria uma boa legislação.⁸⁶

É preciso compreender que muitas das reflexões sobre a efetividade das normas não pertencem à dogmática jurídica, mas à Legística. A racionalidade do direito é baseada na lógica jurídica, enquanto a Legística se preocupa com os resultados e sua racionalidade é gerencial e o seu critério é o da eficácia. Só por isso já se vê que a racionalidade meramente jurídica não dá conta do processo legislativo. O funcionamento da Legística é sistemático, visando a criação e a aplicação das normas em constante interação com a realidade social; enquanto o funcionamento do Direito é linear e se mantém isolado.⁸⁷

Assim, a atividade legislativa possui duas tensões que definem o caráter teórico-aplicado do Direito, que são a experiência e a racionalidade. Ela possui uma racionalidade própria, com uma cadeia de ações particulares. E quando se fala em Legística, além do trabalho realizado pelo Legislativo, também se inclui a atividade legislativa do Executivo que densifica atos normativos.⁸⁸

As consequências da baixa qualidade da legislação são graves como “o ativismo judicial intenso, a falta de confiança na eficácia das leis (o que responde em parte pela fuga de investimentos do Brasil), a descrença nas instituições, o sentimento de injustiça”, e repercutem até no PIB do país.⁸⁹ Isso mostra que o Brasil precisa de uma cultura de planejamento legislativo para restaurar a confiança na efetividade das leis e na consolidação da democracia.

E o que ocorre quando os juízes começam a interferir nas leis e nos processos políticos? Ocorre uma desestruturação de ciclos, uma interferência sem conhecimento dos efeitos que causarão nos sistemas jurídico e político, uma troca da racionalidade gerencial sistemática (característica da Legística) pela racionalidade lógica linear (do juiz).

⁸⁶ SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 7-34, jan/dez. 2007, p. 10-13.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 13.

⁸⁸ “No caso brasileiro, a utilização da reconstrução da cadeia de fontes assume singular importância ao considerarmos a grande atividade legislativa do Executivo (notadamente o federal), que densifica atos normativos legais ou decorre do exercício de sua competência legislativa. Como percebemos, o fator da legislação planejada é peça importante na condição de programas, políticas e ações governamentais que ambicionem um salto de qualidade na satisfação de demandas sociais e no incremento do desenvolvimento econômico”. *Ibid.*, p. 26.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 29.

Este fenômeno está relacionado com a questão da judicialização da política, que ocorre quando os próprios poderes políticos e a sociedade transferem o momento decisório fundamental sobre grandes questões políticas e sociais para o campo judicial.⁹⁰ Fato que gera oportunidades para que as cortes alarguem seu poder político-normativo, ou seja, que pratiquem ativismo judicial. Por isso, apesar de terem conceitos diferentes, o ativismo judicial e a judicialização da política são intensa e circularmente conectados. E, se a judicialização das questões políticas e sociais exige soluções para essas questões dentro da arena judicial, “o ativismo é a escolha comportamental do juiz ou Tribunal em aceitar essa demanda e ditar as respostas, certas ou erradas, para as questões levantadas”.⁹¹

A judicialização da política é propulsionada pelo o ativismo judicial, porque dele ganha fôlego e renovo. Mas as suas origens vêm do modelo institucional adotado no Brasil, da *redemocratização*, que fortaleceu o Poder Judiciário e aumentou a demanda da sociedade por justiça; da *constitucionalização abrangente*⁹², que incorporou ao texto constitucional matérias políticas, econômicas e sociais permitindo a análise de constitucionalidade das políticas públicas; *do uso de cláusulas e de conceitos jurídicos indeterminados* para afirmar fins e bens protegidos, transferindo para o Judiciário a consignação de seus conteúdos diante de conflitos concretos; e *do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*, que adotou os controles difuso e incidental em qualquer instância judicial, permitiu o ajuizamento de ações diretamente na Suprema Corte dando o direito de propositura a inúmeros legitimados.⁹³

⁹⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Supremo Tribunal Federal, política e democracia*. 2015, p. 11. Disponível em <https://www.academia.edu/12901984/Supremo_Tribunal_Federal_Pol%C3%ADtica_e_Democracia?auto=download>, acesso em 10 ago 2016.

⁹¹ Id., *Dimensões do ativismo judicial no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 240-241.

⁹² Inspirada nas Constituições Alemã (1949), Portuguesa (1976) e Espanhola (1978).

⁹³ “Como conclusão, pode-se afirmar que muitos são os motivos da judicialização das relações no Brasil, o que tem levado milhões de demandas ao Judiciário. Basicamente, a forma de Constituição Federal altamente analítica (conta com 250 artigos) e o aprofundamento dos assuntos administrativos e tributários; a falha do legislativo e das instituições que deveriam regular suas respectivas áreas (Agências Reguladoras); a excessiva intervenção do Judiciário que, ao declarar inconstitucional determinada norma, receoso de um vazio legislativo, dita normas extrapolando sua competência, quando não faz mais: embora não entenda absolutamente inconstitucional, assim o declara por entender que há uma forma melhor de regular aquela situação, isto é, assumindo a função de otimizador das leis (temas do primeiro texto); e, por fim, a judicialização das relações sociais pela complexidade do mundo moderno e sua sociedade de massa, bem como o amplo acesso ao sistema de justiça, têm levado praticamente todas as questões ao Poder Judiciário, que se vê sobrecarregado, assumindo as funções dos outros Poderes, enquanto busca a pacificação social, sua função tradicional.” SCHMIDT NETO, André Perin. A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito Uniritter*, v. 10, pp. 83-86, 2011, p. 95. Disponível em: <<http://seer.uniritter.edu.br/index.php/direito/article/viewFile/252/168>>. Acesso em 04 maio 2016.

Especialmente porque o Poder Legislativo tem sido omissivo em questões importantes para a sociedade, os Tribunais têm recebido a tarefa de decidir quando há um vácuo legislativo. Nestes casos o Supremo Tribunal Federal tem adotado “interpretações conforme a Constituição que, por vezes, extrapolam os limites de sua competência, o que implica, na prática, abrir a possibilidade de que o Judiciário esteja a legislar”. Mas uma das consequências desta postura é “a aniquilação do chamado controle heterogêneo, isto é, quem faz as leis é o mesmo que as aplica, configurando um verdadeiro atentado ao princípio da separação dos poderes”.⁹⁴ Assim, o Supremo tem incorporado a função de um “órgão superior da administração pública, uma espécie de conselho fiscal que fica ditando o que está certo e errado na conduta da gestão do Estado,”⁹⁵ situação decorrente da realidade política do país.

Luís Roberto Barroso também faz a distinção entre *ativismo* e *judicialização da política* dizendo que esta ocorre quando “algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais”, que seriam o Congresso Nacional e o Poder Executivo, em cuja esfera se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral.⁹⁶ Desse modo, há transferência de poder para os juízes e tribunais, alterando o modelo tradicional de discussão de questões políticas, sociais e econômicas e de participação da sociedade.

Para o autor não está caracterizado o excesso por parte do STF em se imiscuir em matérias políticas quando ele for provocado a se manifestar enquanto os outros poderes restam inertes. De fato, observa-se que o Governo Federal, por enfrentar dificuldades políticas dentro do Congresso Nacional e até dentro de seu próprio partido, “tem capitalizado em deixar, para o Supremo, decisões sobre questões muito controvertidas, envolvidas em desacordos razoáveis e de alto custo político”.⁹⁷ Sustentando este ponto de vista, a doutrina neoconstitucionalista acredita que os outros órgãos do Poder Judiciário também estão autorizados a apreciar e julgar

⁹⁴ SCHMIDT NETO, André Perin. A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito Uniritter*, v. 10, pp. 83-86, 2011, p. 86. Disponível em: <<http://seer.uniritter.edu.br/index.php/direito/article/viewFile/252/168>>. Acesso em 04 maio 2016.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 92.

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista da OAB*, 2008, p. 3. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 26 jul 2015. De se registrar, ainda, que em entrevista ao Jornal Folha de São Paulo, ele disse que o STF tem o dever de “empurrar a história”. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/2013/12/1388727-entrevista-com-luis-roberto-barroso.shtml>. Acesso em 1 dez 2016.

⁹⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 268. Exemplos de temas politicamente controversos: temas como aborto e união homoafetiva.

casos que envolvam decisões relacionadas às políticas públicas sempre que os litígios lhes forem submetidos.

Já o *ativismo judicial* diz respeito a uma participação intensa do Poder Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, o que acaba por interferir no espaço de atuação dos outros poderes. A postura ativista se manifesta pela aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas no texto e independentemente de manifestação legislativa; pela declaração de inconstitucionalidade de atos emanados do legislador com base em critérios menos rígidos; pela imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, especialmente quando aprecia políticas públicas.

Fato é que o Judiciário vem exercendo um papel cada vez mais ativo (ou ativista, como alguns doutrinadores preferem) na implementação de direitos sociais e normas programáticas através da revisão de políticas públicas em diferentes tipos de ações. O próprio STF tem afirmado a sua competência para apreciar políticas públicas e determinar a sua implementação. Por exemplo, o Ministro Joaquim Barbosa já se manifestou dizendo que “não ofende o princípio da separação de poderes a determinação, pelo Poder Judiciário, em situações excepcionais, de realização de políticas públicas indispensáveis para a garantia de relevantes direitos constitucionais,”⁹⁸ a Ministra Carmem Lúcia também já entendeu possível a “intervenção excepcional do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas”⁹⁹ e o Ministro Dias Toffoli entende que o magistrado, “em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes”.¹⁰⁰

Alguns temas são bem ilustrativos da atuação da magistratura com impacto direto ou indireto nas políticas públicas federais, estaduais e municipais são: a) a mudança de critérios legais para recebimento de benefícios previdenciários, b) o fornecimento de medicamentos e procedimentos médicos não disponíveis pelo Sistema Único de Saúde,¹⁰¹ c) a garantia de

⁹⁸ STF, 2ª Turma, RE nº 634.643 – RJ, Relator o Ministro Joaquim Barbosa. Julgamento em 26.6.2012. Divulg. 10.8.2012. DJe n. 158, 13/8/2012.

⁹⁹ STF, 2ª Turma, ARE nº 679.616 – RS, Relatora a Ministra Carmen Lúcia. Julgamento em 19.11.2013. Divulg. 25.11.2013, DJe n. 232, 26/11/2013.

¹⁰⁰ STF, 1ª Turma, ARE nº 654.823 – RS. Relator o Ministro Dias Toffoli. Julgamento em 12.11.2013. Divulg. 4.12.2013. DJe n. 239, 5/12/2013.

¹⁰¹ Em 28 de julho de 2016, o Ministro Ricardo Lewandowski, na presidência do STF, proferiu decisão que pode representar uma mudança na jurisprudência sobre o fornecimento de medicamentos. Na Suspensão de Liminar nº 1.022-DF, ele deferiu o pedido liminar requerido pelo Distrito Federal “a fim de determinar que os pacientes

matrícula em escolas e creches públicas (mesmo quando não há vagas), d) o reajuste de preços e tarifas de energia elétrica, e) controle do gasto e determinação de contenção orçamentária, entre outros.

Logo, independentemente da definição de ativismo que se adote, a confusão que se faz entre ele e o fenômeno da judicialização de políticas públicas é compreensível na medida em que: o ativismo judicial frequentemente se manifesta na apreciação de questões políticas; e ambos envolvem o problema da separação dos poderes e da legitimidade das decisões judiciais.

A esse respeito, a doutrina pró-ativismo sustenta que os instrumentos clássicos da democracia representativa não podem ser considerados como os únicos mecanismos de aferição da vontade popular, porquanto está ocorrendo um fenômeno de grande descrença dos Poderes Legislativo e Executivo nos últimos anos fazendo com que a sociedade recorra ao Judiciário na busca de soluções para as demandas que não puderam ser satisfeitas pelo Parlamento e pelo Governo. Exemplo de como a agenda do país deslocou-se do Legislativo para o Judiciário foram as audiências públicas e o julgamento sobre as pesquisas com células-tronco embrionárias pelo STF, “que tiveram muito mais visibilidade e debate público do que o processo legislativo que resultou na elaboração da lei.”¹⁰²

Eduardo Appio¹⁰³ diz que o controle judicial de políticas públicas é um instrumento de consolidação da democracia brasileira. Ele entende que as demandas de natureza social e econômica podem ser problematizadas pelo Poder Judiciário a partir de discursos ancorados na Constituição, e que as ações civis públicas e de controle de constitucionalidade das leis permitem uma ampliação do espaço tradicionalmente destinado aos atores não

hemofílicos recebam tratamento conforme o Protocolo do Ministério da Saúde”. No caso, várias decisões judiciais determinavam que o DF fornecesse o Fator IX recombinante no tratamento de hemofilia B (baseados na prescrição de um médico), mas tal tratamento estava fora do padrão do Ministério da Saúde. Assim, foi respeitada a política pública de fornecimento dos medicamentos, porque “não caberia ao Poder Judiciário respaldar a prática de uma medicina não baseada em evidências”. Extrai-se, ainda da decisão o seguinte trecho: “Nesse contexto, afirmo que as políticas do Sistema Único de Saúde são elaboradas com fundamentação na Medicina Baseada em Evidências Científicas e, por isso, deveria o Poder Judiciário utilizar os seus critérios para decidir demandas relacionadas às prestações de assistência à saúde, em especial quando se tratar de tratamentos não respaldados pelos órgãos e entidades responsáveis pelo fomento e pela fiscalização dos serviços de saúde no País”. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SL%24%2ESCLA%2E+E+1022%2ENUME%2E%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/jznenvj>>. Acesso em 19 set 2016. Ademais, estão sob apreciação da Corte os Recursos Extraordinários n°s 566.471 e 657.718 que tratam do fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) e de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista da OAB*, 2008, p. 9 e 10. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 26 jul 2015.

¹⁰³ APPIO, Eduardo. Controle Judicial das Políticas Públicas. 1ª ed (ano 2005). Curitiba: Juruá, 2012, p. 247.

institucionalizados, possibilitando a amplificação de pretensões políticas de grupos que estavam à margem do debate. Na verdade, a proteção jurídica dos direitos fundamentais depende da existência de “um sistema de construção e aplicação das normas permeado pelo pluralismo e sensível às demandas por inclusão”.¹⁰⁴

Assim, a separação de poderes no Estado brasileiro contemporâneo tende a admitir um grau de interpenetração das funções bem maior do que aquele indicado pela visão clássica, o que revelaria o aumento do papel criativo dos tribunais. Por isso, de acordo com Paulo Gustavo Gonet Branco, não se trata obrigatoriamente de ativismo judicial qualquer interferência do Judiciário na execução de políticas públicas, superando decisões dos canais político-representativos, ou a supressão de omissões dos poderes públicos que ofendem direitos fundamentais, ou ainda, o exercício da jurisdição constitucional no exercício da função de legislador negativo. Para ele, “ao prestigiar as soluções impostas pelos direitos fundamentais, mesmo em contrariedade à vontade de uma momentânea maioria política, a jurisdição presta culto à maioria de maior status, àquela que elaborou a Constituição”.¹⁰⁵ Ou seja, a vontade da maioria governante não pode se sobrepor à maioria constituinte.

Tratando especificamente do Supremo Tribunal Federal, Oscar Vilhena Vieira lembra que apesar de não haver consenso sobre como melhor interpretar a Constituição, essa tarefa deve ser perpetrada da forma mais racional e controlável possível, e que as dificuldades vão além dos problemas estritamente hermenêuticos porque envolvem a própria dimensão da autoridade a ser exercida pelo Tribunal dentro de um regime democrático. Se por um lado a Corte tem liberdade para decidir matérias tão importantes é porque a instituição adquiriu amplo poder nas duas últimas décadas, “contribuindo para o fortalecimento do Estado de Direito e do próprio constitucionalismo, por outro, é sintoma da fragilidade do sistema representativo em responder as expectativas sobre ele colocadas”.¹⁰⁶

Com entendimento mais restritivo quanto à atuação do STF, Fabrício Resende afirma que as suas peculiaridades institucionais provocam dúvidas quanto à sua competência para determinar a execução propriamente dita de direitos fundamentais, especialmente os direitos

¹⁰⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O Judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais: entre fraquezas e possibilidades. *Revista da Faculdade de Direito – RFD-UERJ*. Rio de Janeiro, n. 29, jun 2016, p. 140.

¹⁰⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes, et al. (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 398.

¹⁰⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito da Fundação Getúlio Vargas*. Jul-Dez 2008, pp. 441-466, São Paulo, p. 457. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em 24 ago 2015.

sociais, pois a intervenção “demanda, por um lado, a adoção de parâmetros dogmáticos adequados e, por outro lado, a compreensão das limitações estruturais do Judiciário para lidar com questões de justiça distributiva”.¹⁰⁷

Diogo Coutinho critica a categoria de juízes tipicamente ativista, que considera parte do papel institucional da magistratura a possibilidade de “alterar, remodelar, interromper ou mesmo criar uma política pública”, e defende uma postura mais contida dos juízes em políticas públicas. Ele ressalta o fato de que “o Judiciário tem características estruturais e institucionais que restringem significativamente sua capacidade de promover mudanças sociais abrangentes e de corrigir adequadamente o rumo de políticas públicas desde uma ótica substantiva ou distributiva”.¹⁰⁸

Isso porque as políticas públicas requerem atos legislativos e ações administrativas que combinam tanto a ação política quanto a especialização técnica que faltam ao Judiciário. Ademais, “medidas como essas dependem diretamente da arrecadação e alocação de volumes de recursos significativos e de decisões alocativas baseadas numa visão alargada do universo das políticas públicas, que o Judiciário não possui”. O autor alerta que existe a real possibilidade de o Judiciário alterar para pior programas que, apesar de não serem perfeitos, foram arquitetados e implementados por experts. E, como as demandas que são apresentadas ao Judiciário são geralmente ações individuais, as decisões proferidas nesses casos (microjustiça) podem causar um efeito perverso, pois o ativismo gerará impactos distributivos que não poderão ser mensurados ou antecipados. Os juízes voluntaristas estariam privilegiando, assim, os indivíduos que têm recursos para pagar um advogado e aguardar a decisão judicial para receberem benefícios das políticas públicas conduzidas pelo Executivo.¹⁰⁹

Quando o Judiciário reduz a sua interferência nas políticas públicas, a sua conduta também é chamada de *autocontenção ou autorrestricção judicial*, que é o oposto do ativismo, e revela “deferência em favor dos outros poderes e a prudência como mecanismo de preservação

¹⁰⁷ Ele propõe que a não realização de um direito social pelos órgãos políticos seja sempre justificada e só não caso de não o ser, o Judiciário teria legitimidade para intervir. RESENDE, Fabrício Contato Lopes. O papel do Poder Judiciário no controle da implementação de políticas públicas no Brasil: a política assistencial do artigo 20 da Lei nº 8.742/93. São Paulo: F.C. L. Resende, 2010.

¹⁰⁸ COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: Eduardo Marques e Carlos Aurélio Pimenta de Faria (eds.) *Política Pública como Campo Disciplinar*, São Paulo, Ed. Unesp, 2013, p. 16. Disponível em http://www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca_virtual/item_766/14_05_12_16O_direito_nas_politicas_publicas_FINAL.pdf, acessado em 21/7/2015.

¹⁰⁹ Ibid., p. 16 e p. 17.

da própria autoridade judicial”.¹¹⁰ Os juízes que seguem esta linha tendem a não aplicar diretamente a Constituição a casos que não estejam expressamente no seu âmbito de incidência, procuram aguardar que o Poder Legislativo se pronuncie, e empregam critérios mais rígidos para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos.¹¹¹

Os juízes que se autocontêm creem que a análise judicial de políticas públicas deve se limitar ao controle formal (e não substantivo) dos atos praticados pelo Executivo, nesse caso “ao invés de rever o mérito da política pública, o juiz atribui a si o papel de assegurar que os procedimentos que direta ou indiretamente a regulam sejam respeitados”.¹¹² Ou a autocontenção pode ser adotada quando simplesmente não for superada a chamada reserva de consistência, isto é, quando o magistrado não tiver argumentos jurídicos consistentes o suficiente para justificar a sua interferência na atividade política.¹¹³ E este é outro critério para justicialidade das políticas públicas que apresenta um padrão verificável pela fundamentação da decisão, o que fortalece a exigência de uma robusta argumentação pelo juiz.

É importante registrar, contudo, que não se está condenando a discricionariedade judicial (pois ela não se confunde com o ativismo em si mesmo), mas ressaltando a sua legitimidade quando exercida dentro dos limites do sistema normativo, uma vez que a liberdade de criação normativa e a implementação de políticas públicas foram conferidas em maior medida ao Poder Legislativo¹¹⁴. Como observou o jurista espanhol Andrés Ollero:

El Poder Legislativo dicta normas generales, en ejercicio de su cometido constitucional. Su vinculación a la soberanía popular lo dota de una legitimación preferente, que justificará incluso la particular autoinhibición del Tribunal Constitucional, plasmada en el principio de conservación de tales normas. En uso de sus prerrogativas, el Legislativo tiene libertad para modificar sus normas, dentro siempre del marco constitucional; no sólo par dar cauce a las diversas alternativas fruto de la modificación de las mayorías parlamentarias, sino también para intentar

¹¹⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 176-177. Importante anotar que os termos *autocontenção* ou *autorrestrrição judicial* sofrem “dos mesmos males de indefinição e polissemia do primeiro [ativismo], com repercussões negativas para o uso acadêmico e crítico”.

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista da OAB*, 2008. Disponível em < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> > acessado em 26/7/2015, p. 7.

¹¹² Coutinho cita exemplos como a necessidade que um certo número de interessados seja ouvido, que prazos e cronogramas nela previstos sejam cumpridos, que os recursos financeiros com que conta sejam gastos corretamente e que os atos administrativos que a põem em curso sejam devidamente motivados e praticados por quem tem competência para tanto.

¹¹³ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Panóptica, v. 2, n. 2, 2007, p. 13-15. Disponível em <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/download/59/64>>. Acesso em 2 mai 2016.

¹¹⁴ Kelsen sobre a discricionariedade legislativa e a discricionariedade judicial: “De certo que existe uma diferença entre estes dois casos, mas é uma diferença somente quantitativa, não qualitativa...” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª edição brasileira. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 249.

assumir la historicidad que caracteriza al dinamismo de la realidad social y jurídica.¹¹⁵

Por seu turno, as decisões judiciais são, e devem ser, “inovadoras, não apenas porque geram a denominada norma de decisão, mas principalmente, porque esta não se limita a reproduzir o que está nos textos paramétricos”¹¹⁶ que são interpretados e enriquecidos para disciplinarem a situação fática que provocou a atuação do Judiciário. O que elas não podem é subverter os limites da criatividade da jurisprudência afetando as demais funções estatais, o que configuraria uma violação ao princípio da separação dos Poderes.¹¹⁷

Sem tirar o mérito da judicialização de políticas sociais no avanço da efetivação da Constituição, Cláudio Souza Neto alerta que “alguns excessos vêm sendo praticados, em prejuízo, muitas vezes, das finalidades sociais que a própria Constituição prescreve”. Se é certo que o Judiciário deve continuar atuando no sentido do progresso social, também é de se notar que ele não pode “furtar ao Legislativo e ao Executivo seus espaços próprios de deliberação majoritária, e sem aprofundar algumas das mais graves disfunções da Administração Pública brasileira”.¹¹⁸

Susana Costa anota que do mesmo modo como “é inevitável a politização do Poder Judiciário e a restrição da margem de discricionariedade do poder público e da liberdade do administrador diante do caso concreto, a intervenção jurisdicional também não pode ser indiscriminada”, porquanto ela tem suas próprias limitações decorrentes da sua natureza e do modelo processual civil vigente. Desse modo, “a intervenção jurisdicional deve ocorrer em casos excepcionais, ou seja, naqueles em que restar comprovada ilegalidade ou desvio de finalidade/poder na atuação do administrador público”.¹¹⁹

¹¹⁵ OLLERO, Andrés. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 76-77. Tradução livre: “O Legislativo dita regras gerais, no exercício do seu papel constitucional. Sua ligação com a soberania popular lhe dá uma legitimidade preferencial, que justifica mesmo a auto-contenção do Tribunal Constitucional, plasmada no princípio da conservação de tais normas. Usando as suas prerrogativas, o legislador é livre de alterar as suas regras, sempre dentro do quadro constitucional; não só para dar causa às várias alternativas de mudança de maiorias parlamentares, mas também para tentar assumir a historicidade que caracteriza a dinâmica da realidade social e jurídica”.

¹¹⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 122.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 123

¹¹⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel (orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 546.

¹¹⁹ COSTA, Susana Henriques da. *Controle judicial de políticas públicas: relatório nacional*. Civil Procedure Review, v. 4, 2013. Disponível em <http://www.civilprocedurereview.com/index.php?option=com_content&view=article&id=317%3Acontrole-

Antes, porém, de adentrar na seara da discricionariedade judiciária propriamente dita, é importante anotar algumas considerações sobre a discricionariedade administrativa. Arruda Alvim destaca que ela ocorre quando a norma oferece ao administrador duas ou mais soluções possíveis para realizar o ato administrativo, demandando interpretação para que seja identificada a solução viável no caso concreto, elegendo-se um dos caminhos permitidos pela norma em detrimento dos outros. É certo que o exercício deste poder exige delicada avaliação da situação de fato e da conveniência e oportunidade da Administração, pois, tanto os critérios objetivos quanto os subjetivos devem ser entendidos dentro da moldura da regra jurídica.¹²⁰ O autor ainda esclarece que:

A adequação do caminho, ou a solução escolhida como a correta são da exclusiva competência do administrador. Ainda que pudesse o Judiciário entender que a melhor solução não haja sido a eleita, ainda assim, isto representará, apenas, um juízo de valor diferente quanto à conveniência e oportunidade da solução. É área, todavia, em que não é lícito ao Judiciário adentrar, pois refoge isto da esfera de poder do Judiciário. Este somente examina a solução para verificar se ela era possível, diante do quadro normativo posto. Só poderá alterar se impossível a solução, porque ilegal ou estribada em abuso de poder, cujo tema, agora, se assenta na esfera da legalidade.

[...]

O que se diz é que, em face da discricionariedade verdadeira existe uma prerrogativa, e mercê do *espaço destinado ao aplicador da norma*, e, em virtude do poder para preencher esse espaço, o administrador dirá o Direito sem exorbitância desse intervalo, onde o agir só a ele foi adjudicado.

O que incumbe ao Judiciário, ao rever um ato administrativo, que tenha por supedâneo uma norma discricionária, é, exclusivamente, verificar da legalidade da motivação, ou seja, de sua aceitabilidade, em face de desígnios do Legislador, tais como gizados em a norma, mas não pretender ocupar aquele espaço, superpondo sua atividade à do aplicador “originário” da regra, de cuja atividade, o Judiciário não é o destinatário.¹²¹

Assim, a discricionariedade ensejadora de dualidade ou pluralidade de soluções válidas em face da lei, dependentes apenas da motivação ensejadora da escolha do administrador, não pode ser confundida com as hipóteses em que existe apenas uma maior ou menor intensidade de valoração por parte do juiz, o que tem se chamado de “discricionariedade judicial”. São situações diferentes e no caso de a lei permitir duas ou mais soluções possíveis, cabe ao administrador eleger a mais conveniente e oportuna.¹²²

judicial-de-politicas-publicas-relatorio-nacional-brasil1&catid=73%3Apdf-national-reports-to-i-congress&Itemid=102&lang=en>. Acesso em 14 jun 2016.

¹²⁰ ALVIM, Arruda. *A arguição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: Editora RT, 1988, p. 17.

¹²¹ *Ibid.*, p. 16.

¹²² *Ibid.*, p. 16.

1.3. As prováveis causas da discricionariedade judicial

Sadok Belaid, em obra publicada na década de 1970, pretendia infirmar os fundamentos da teoria positivista clássica francesa que, segundo o autor, colocavam o Poder Judiciário em posição de inferioridade em relação aos outros poderes. Ele também queria provocar a reflexão sobre o problema do lugar do juiz no ordenamento jurídico (e da sua função criativa e normativa) frente às novas necessidades da vida da coletividade.

Para o autor, a crise das fontes do Direito e as polêmicas que ela suscitava residiam na pretensão da doutrina clássica de reservar o monopólio quase absoluto da criação do Direito ao legislador. Sob a crença na separação dos poderes, essa doutrina pretendia reduzir o juiz a um simples papel de agente aplicador do direito cuja função jurisdicional deveria ser mantida nos estreitos limites de uma “simples máquina de silogismos”.¹²³

A ideia proposta por Sadok Belaid é a de que o Direito deve evoluir junto com a sociedade para que continue garantindo a estabilidade e a continuidade da ordem jurídica instaurada e, ao mesmo tempo, possuindo a vitalidade e o dinamismo para se adaptar às condições em constante mudança da vida social. Após esta constatação, ele se pergunta qual(is) seria(m) o(s) órgão(s) responsável(is) por tais mudanças, e responde: “Comme il s’agit d’une fonction éminement créative et ordonnatrice, il semble logique et naturel qu’elle doive être assumée em tout premier lieu par le Povoir législatif”. Mas, essa função não pode ser exclusiva do Poder Legislativo porque a prática jurisdicional adapta o Direito aos fatos, contribuindo para o progresso jurídico.¹²⁴

O autor critica a escola positivista clássica que entende que somente o Poder Legislativo tem poder de inovar na seara jurídica, que o juiz deve se limitar a ser um agente de aplicação da lei e que deve respeitar rigorosamente os seus termos. Lembra, ainda, que, se o direito escrito ficar estagnado, não poderá exercer sua função reguladora de uma maneira adequada.¹²⁵

¹²³ BELAID, Sadok. *Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge*. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1974, p. 5.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 313-317. Tradução livre: “Como esta é uma função altamente criativa e ordenadora, parece lógico e natural que ela deve ser assumida em primeiro lugar pelo Poder Legislativo”.

¹²⁵ “[...] si le Droit écrit est ainsi condamné à rester figé, il ne peut remplir sa fonction régulatrice d’une manière adéquate”, e “la transformation perpétuelle de la vie sociale doit se répercuter sur le Droit que prétend la réglementer.” *Ibid.*, p. 318. Tradução livre: “[...] se o Direito escrito é ainda condenado a ficar congelado, ele não

Ele sustenta que o juiz é o responsável por receber todos os elementos externos e elaborar mudanças a serem projetadas no seu próprio campo de atividade, mantendo o Direito em harmonia com as condições mutáveis da vida social. Função esta que deve ser considerada legítima, porque as leis, uma vez redigidas, “demeurent telles que’elles agissent toujours et, ce mouvement que ne s’arrête pas et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit à chaque instant quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau”.¹²⁶ Assim, muitas questões são necessariamente deixadas ao arbítrio do juiz.

Nesse sentido, Inocêncio Coelho diz que a gênese da norma e o seu modo de existir envolvem uma constante regeneração vinculada às alterações “no prisma histórico-social em que ela deve realizar-se”, porquanto norma alguma será cumprida se no momento de sua interpretação os fatos e valores que lhe deram origem forem abstraídos, “assim como os fatos e valores supervenientes, cujo desprezo comprometeria a sua normatividade, porque essa normatividade há de ser apurada no presente”¹²⁷. E continua afirmando que:

Disso tudo resulta, por outro lado, que ao intérprete/aplicador cabe a responsabilidade pela preservação da força normativa dos enunciados jurídicos, tarefa sobremaneira espinhosa se nós levarmos em conta que o seu *modus faciendi*, ou seja, a interpretação como atividade, consiste em atribuir significados atuais a textos pretéritos – antigos ou recentes, mas sempre pretéritos –, tarefa que esse operador do direito só conseguirá realizar fundindo os horizontes de produção e de aplicação dos enunciados jurídicos com que opera. Ato contínuo – a rigor, concomitante –, guiado pela sua pré-compreensão do que seja correto e justo na concreta situação hermenêutica em que se encontra, todo intérprete/aplicador, antes da escolha final, balançará os olhos entre leituras distintas, mas igualmente plausíveis, do texto que está à sua frente, um ir-e-vir que só é possível porque os enunciados normativos são fraseados de textura aberta, fórmulas dotadas de mais de um significado ou, se preferirmos, de incontáveis significados excedentes, situados uns na zona central, zona de certeza ou domínio nuclear da representação, outros em seu círculo de incerteza, zona de penumbra ou domínio marginal, sem limites ou contornos definidos, pois qualquer vocábulo tanto pode adquirir novos sentidos quanto migrar da zona de certeza para a zona de penumbra e vice-versa, a depender do seu uso em cada jogo de linguagem.¹²⁸

Difícil é saber até onde vai a atribuição de significado legítima e quando o magistrado a extrapola, porque “todos os que pensam o direito, nalguma medida, sempre se preocuparam

pode cumprir sua função reguladora de uma maneira adequada” e “a transformação perpétua da vida social deve repercutir sobre o Direito que pretende regulamentá-la”.

¹²⁶ BELAID, Sadok. *Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge*. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1974, p. 319.

¹²⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. Indeterminação do direito e segurança jurídica. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC* | Belo Horizonte, ano 9, n. 31, p. 867-892, jan./abr. 2015, p. 868.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 870.

em reduzir os efeitos, digamos perversos, dessa indeterminação, em nome da segurança jurídica”.¹²⁹

O que se verifica no Brasil, é que o Poder Judiciário tem se afastado da linha de autocontenção e se aproximado do ativismo judicial, como fica claro em alguns julgados do STF em que a Carta foi aplicada diretamente a situações que não estavam contidas no seu texto e que não tinham sido apreciadas pelo Legislativo,¹³⁰ como no caso da fidelidade partidária (em que foi criada uma nova hipótese de perda de mandato), da vedação do nepotismo aos Poderes Executivo e Legislativo (em que foi criada uma regra limitadora de direitos por meio da jurisprudência), da declaração de inconstitucionalidade da Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS) com base em critérios menos rígidos (na qual foi declarada a inconstitucionalidade sem redução do texto da lei sem fixar novos parâmetros para a concessão do benefício de prestação continuada).

Carlos Alexandre Campos afirma que o Tribunal “tem resolvido muitos desses casos por meio de um conjunto variado de práticas interpretativas e decisórias que são todas, igualmente, expansivas de seu novo espaço institucional”.¹³¹ O STF não se limita a suprir lacunas na lei, porém expande o alcance de normas constitucionais indeterminadas, afirma direitos e interesses substantivos que são apenas vagamente descritos na Constituição, altera o sentido de normas infraconstitucionais para conformá-los à nova interpretação constitucional, interfere na formulação e execução de políticas públicas, dentre outros.

Mas o espaço alcançado pelo Poder Judiciário,¹³² em especial pelo Supremo Tribunal Federal, fragiliza o sistema representativo quando ultrapassa a tênue linha demarcatória entre a legitimidade da função judicante e a usurpação das decisões políticas concebidas em processo legítimo nos outros Poderes.¹³³ A crescente intervenção judicial traz riscos para a legitimidade democrática, gerando uma maior politização da justiça e estimulando a magistratura a decidir fora das suas capacidades institucionais quando aprecia questões técnicas de competência decisória do Executivo ou do Legislativo. Como os membros do Poder Judiciário não são eleitos

¹²⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. Indeterminação do direito e segurança jurídica. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*. Belo Horizonte, ano 9, n. 31, p. 867-892, jan./abr. 2015, p. 880.

¹³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista da OAB*, 2008, p. 7. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 26 jul 2015.

¹³¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 29.

¹³² Se sobrepondo às instâncias majoritárias.

¹³³ Temas que serão tratados no capítulo referente aos limites para o controle jurisdicional de políticos públicas.

pelo povo, não teriam o aval constitucional para deliberar e até invalidar atos dos outros Poderes, o que a doutrina constitucionalista chama de força contramajoritária de órgãos não eletivos, tema que será melhor abordado nos tópicos seguintes.

Se por um lado, o próprio texto constitucional atribui poderes para que o Judiciário aplique as normas da Constituição e das leis, conforme deliberado pela Assembleia Constituinte e pelo Congresso Nacional, respectivamente; por outro, o magistrado tem que muitas vezes interpretar e definir expressões indeterminadas do texto, como a “dignidade humana”, a “boa fé”, a “miserabilidade”, entre outras.¹³⁴ De acordo com Mauro Cappelletti “quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos de direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais”, e esta seria a “poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes”.¹³⁵

Como Arruda Alvim já dizia em 1988, através dos conceitos jurídicos indeterminados, “dos conceitos discricionários, das cláusulas gerais e dos conceitos normativos, deliberadamente, se abre margem a uma interpretação afeiçoada às peculiaridades do caso concreto, e, pois, à individualização de todas as hipóteses à luz da *ratio legis*”.¹³⁶

A indeterminação linguística é consequência do conteúdo intencionalmente aberto dos sistemas jurídicos atuais que possibilitam o desenvolvimento da Constituição de diferentes modos em função das concepções ideológicas. No caso brasileiro, a Constituição foi gerada a partir de negociações entre os diferentes partidos com ideologias diversas que formavam a Assembleia Constituinte, e que resultou em um texto aberto que realmente pode ser interpretado sob vários enfoques. Essa é uma das quatro causas da discricionariedade judicial, que, conforme

¹³⁴ Roberto Barroso trata da historicidade dos conceitos jurídicos indeterminados: “A técnica de legislar por via de cláusulas gerais não constitui, a rigor, uma novidade do Direito contemporâneo, embora o seu uso tenha se expandido ao longo da segunda metade do século XX. O recurso a essa forma de enunciação das normas jurídicas não é privativo do direito constitucional, encontrando-se disseminado pelos diferentes ramos jurídicos. A característica essencial das cláusulas gerais é o emprego de linguagem intencionalmente aberta e vaga, de modo a transferir para o intérprete o papel de completar o sentido da norma, à vista dos elementos do caso concreto. Na categoria ampla das cláusulas gerais situam-se os conceitos jurídicos indeterminados e os princípios. Estes últimos se singularizam, dentre outros fatores, por sua carga axiológica e pela possibilidade de colisão.” BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 312.

¹³⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2. ed., 1999, p. 42.

¹³⁶ ALVIM, Arruda. *A arguição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: Editora RT, 1988, p. 14.

Segura Ortega, são: a indeterminação linguística (acima citada), a indeterminação de conteúdo; a indeterminação intencional, e a indeterminação como consequência de defeitos do sistema.¹³⁷

A indeterminação de conteúdo se refere ao novo papel que os juízes desempenham em lidar com o pluralismo de valores contidos nos atuais textos constitucionais, que têm conferido maior protagonismo ao Poder Judiciário devido à maior liberdade frente à lei, de modo que “*es decir, del juez que se ve obligado a tomar partido y cuya función respecto de la legislación es mucho más activa em el sentido de possibilitar una auténtica creación jurídica.*”¹³⁸ E essa mudança de posição tem ocorrido sem qualquer alteração na Carta Magna, somente com novas interpretações sobre o mesmo o texto constitucional.

Já a indeterminação intencional aparece nas normas teleológicas, nas quais o criador da norma prevê a consecução de um determinado objetivo, mas não diz quais são os meios que devem ser utilizados para sua obtenção, permitindo várias possibilidades ao sujeito que vai decidir. Assim, o juiz tem maior liberdade para adotar diferentes decisões cujos conteúdos concretos não estão predeterminados pela norma, a legitimidade e oportunidade de sua atuação se valoram em razão da consecução do fim previsto, uma vez que os meios têm importância secundária.¹³⁹

A última causa da discricionariedade judicial seria a indeterminação como consequência de defeitos do sistema. Ela se refere às lacunas e antinomias existentes no direito que se originam da crescente complexidade dos sistemas jurídicos e pela carga axiológica presente nos atuais ordenamentos.

Seguindo uma lógica semelhante, Paolo Comanducci também elencou as suas razões para a excessiva discricionariedade do juiz:

- 1) porque uno de los rasgos más comunes de las normas que están configuradas como principios es su mayor vaguedad frente a las normas, y por lo tanto este rasgo incrementa em vez de disminuir la indeterminación ex ante;
- 2) porque, y por consiguiente, la promulgación de principios, en ausencia de una moral común, aumenta la discrecionalidad de los jueces, que pueden decidir los casos haciendo referencia a sus propias, y subjetivas, concepciones de la justicia, y esto también, por supuesto, acrecienta la indeterminación ex ante;

¹³⁷ SEGURA ORTEGA, Manuel. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial universitaria Ramón Areces, 2006, p. 23 e 28.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 27. Tradução livre: “isto é, o juiz que se vê obrigado a tomar partido e cujo papel sobre a legislação é muito mais ativo no sentido de possibilitar uma criação legal autêntica”.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 36-37.

3) porque la peculiar manera de aplicar las normas configuradas como principios, es decir la ponderación de los principios caso por caso, em ausencia de uma jerarquia estable y general entre los principios, aumenta, ella también, la discrecionalidad de los jueces y la indeterminación ex ante del derecho.¹⁴⁰

Acrescente-se, ainda, a seguinte observação de Andrés Ollero sobre a atuação do magistrado na interpretação da lei:

El juez no debe depender de nadie, ni reconocerse sometido sino al texto legal. El problema surge cuando se hace evidente que no hay tal aplicación técnica sin previa interpretación valorativa; en ésta los juicios se encadenan inevitablemente con prejuicios, que marcan una peculiar dependencia del juez: de sí mismo y de todo lo que compone su horizonte interpretativo, personal y difícilmente transferible. Esta dependencia del juez de su propio entorno, junto al carácter más o menos abierto pero siempre histórico del sentido del texto legal, explica la pluralidad interpretativa que los diversos órganos acaban produciendo.¹⁴¹

A vista de tão diversas causas de discricionariiedade jurídica, Inocêncio Coelho conclui que o “Direito é um complicador em si mesmo” e que deve ser aceita a sua indeterminação como um fenômeno inerente à própria experiência jurídica.¹⁴² Ele também registra que, apesar de ninguém negar que o juiz cria direito quando decide, o mais importante não é “sabermos se ele pode ou deve assumir papel ativo e autônomo na elaboração do direito, mas determinarmos de que maneira e em que limites se dará essa inevitável e necessária colaboração, até porque, via de regra, toda lei precisa de consistência judicial”. Ou seja, para que a lei seja tida como efetiva e definitivamente em vigor, ela precisa de uma espécie de juízo de validação do Judiciário, “sendo certo, ademais, que a participação dos juízes na criação do direito varia,

¹⁴⁰ COMANDUCCI, Paolo. Principios jurídicos e indeterminación del Derecho. *Doxa*, nº 21, volume II, 1998, pp. 103/104. Disponível em <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10350/1/doxa21-2_07.pdf>. Acesso em 23 jun 2016. Tradução livre:

“1) porque uma das características mais comuns das regras que estão configuradas como princípios é sua maior indeterminação frente a outras regras e, portanto, esta característica aumenta em vez de diminuir a indeterminação ex ante;

2) porque, e, portanto, a promulgação de princípios, na ausência de uma comum moral, aumenta a discricionariiedade dos juízes, que podem decidir casos conforme as suas próprias e concepções subjetivas de justiça, e isso também, é claro, aumenta a indeterminação ex ante;

3) porque a maneira peculiar de aplicar as regras configuradas como princípios, ou seja, a ponderação dos princípios caso a caso na ausência de uma hierarquia estável e global entre os princípios, aumenta, ela também, a discricionariiedade dos juízes e a indeterminação ex ante do direito.”

¹⁴¹ OLLERO, Andrés. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p.83. Tradução livre: “O juiz não deve depender de ninguém, nem se sentir vinculado senão ao texto legal. O problema surge quando se torna claro que não há aplicação técnica sem interpretação valorativa prévia; nesta os juízos se encadeiam inevitavelmente com preconceitos, que marcam uma peculiar dependência do juiz: de si mesmo e de tudo o que compõe sua seu horizonte interpretativo, pessoal e difícilmente transferível. Esta dependência do juiz de seu próprio entorno, junto com o carácter mais ou menos aberto, mas sempre histórico do sentido do texto legal, explicam a pluralidade interpretativa que os diversos órgãos acabam produzindo”.

¹⁴² COELHO, Inocêncio Mártires. Indeterminação do direito e segurança jurídica. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*. Belo Horizonte, ano 9, n. 31, p. 867-892, jan./abr. 2015, p. 889.

significativamente, conforme o tipo de norma que se trata de interpretar; aplicar e desenvolver”.¹⁴³

Em síntese, os magistrados sempre tiveram certa discricionariedade em decidir e, hoje, eles parecem ter alargado as fronteiras de sua atuação. Além disso, mais órgãos têm competência para criar normas, o que gera uma certa dispersão legislativa e impede uma coordenação mínima entre os diferentes sujeitos que criam o Direito¹⁴⁴. Então, deve ser dada cada vez mais atenção aos critérios para a consignação de qual dos poderes está mais habilitado a decidir determinada matéria e quais os limites de atuação.

1.4. O pós-positivismo como paradigma jusfilosófico adequado para o estudo de caso

Este tópico visa responder à seguinte questão: diante da realidade neoconstitucional e com o aumento da atuação judicial fora dos limites clássicos da divisão de poderes, qual o paradigma jusfilosófico capaz de explicar as novas relações entre a jurisprudência criativa (intervenção do Poder Judiciário na política) e a legitimidade democrática dos outros Poderes para a produção legislativa?

Esclarece-se desde logo que o pós-positivismo (ou positivismo renovado) foi adotado como paradigma para esta pesquisa, contudo, antes de se compreender os seus pressupostos, é necessária uma breve introdução sobre o positivismo clássico.

O positivismo clássico parte da “premissa metodológica de que o direito deve ser estudado como fato social” sem considerações axiológicas.¹⁴⁵ Assim, para os positivistas, as normas vigentes em certa época e em determinado lugar são importantes, independentemente se tais normas correspondem ou não ao ideal de justiça dos seus aplicadores. Mas a objetividade metodológica do positivismo não pode ser confundida com a aceitação passiva do direito posto,

¹⁴³ Id., *Ativismo judicial ou criação judicial do direito?*. In: FELLETT, André Luiz Fernandes, *et al.* (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 478.

¹⁴⁴ SEGURA ORTEGA, Manuel. *Sentido y limites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial universitária Ramón Areces, 2006, p. 45.

¹⁴⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 39.

pois os seus defensores “sabem que as normas jurídicas prescrevem condutas e, portanto, intrinsecamente são juízos de valor (dever ser)”.¹⁴⁶

De vertente liberal, ele defende ideais de limitação da atuação governamental e respeito aos direitos individuais (que são direitos naturais positivados, irrevogáveis pelo legislador ordinário). A inclusão dos direitos individuais nas constituições elevou-as à categoria de Lei Suprema. Nesse contexto, a jurisdição constitucional tem o papel de garantir a supremacia dos direitos do homem sobre a vontade de uma maneira eventual. Como o positivismo foi o paradigma que mais marcou essa doutrina, a interpretação constitucional era tida como subsuntiva, sem a intenção de haver a participação criativa do intérprete. A Constituição é concebida como norma jurídica, não há grande problemas em se aceitar a legitimidade da jurisdição constitucional dentro do sistema de separação dos poderes.¹⁴⁷

De se registrar que os positivistas clássicos podem ser classificados em exegéticos e normativistas. Os primeiros entendiam que os juízes devem aplicar a lei sem inovação, procedendo à sua subsunção ao fato concreto e não permitindo qualquer discricionariedade na sua aplicação. Criticavam, inclusive, o poder discricionário dos juízes na aplicação de textos legais de conteúdo impreciso, porque eles poderiam criar uma nova norma possivelmente desconectado da tradição autêntica do direito.

Já os normativistas, como Hans Kelsen e Herbert Hart, são aqueles para quem os textos jurídicos podem ter vários significados, o que permitiria ao juiz ter uma certa discricionariedade ao analisar o caso concreto e usar o método dedutivo. Kelsen, por ser um positivista normativista, defendia a discricionariedade judicial. Ele diferenciava a interpretação dos órgãos judiciais (ato de vontade) da interpretação do cientista do direito (ato de conhecimento), mas “incapaz de apresentar uma solução para a harmonização da teoria e da prática, o positivismo jurídico aposta na discricionariedade¹⁴⁸ do julgador no momento da aplicação do direito”. A discricionariedade era, então, a “resposta do positivismo para a impossibilidade de conciliação entre teoria e prática do direito”.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Ibid., p. 40.

¹⁴⁷ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 56-58.

¹⁴⁸ Discricionariedade aqui entendida com arbítrio.

¹⁴⁹ NERY, Carmen Lígia. *Decisão judicial e Discricionariedade – A sentença determinativa no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 20-21.

Para Kelsen, o exercício da jurisdição envolve uma atividade volitiva e não só cognitiva. Ele criticou a hermenêutica tradicional quando esta afirma que apenas uma única solução correta (ajustada) poderia ser encontrada na aplicação da lei ao caso concreto e que a justeza do julgamento estaria fundado na própria lei. Para ele, o juiz também tem uma atividade criativa na aplicação da norma, desde que a sua liberdade seja exercida dentro da moldura normativa.

Sobre o controle de constitucionalidade, Kelsen defendia um tribunal independente dos três poderes, inclusive do Judiciário, para a guarda da Constituição, evitando que a Corte Suprema fosse o juiz dela mesma, mas submetendo-se a outra instituição. E ele também entendia que se a jurisdição constitucional garante um processo idôneo de elaboração legislativa, inclusive no que se refere ao conteúdo da lei, então ela exerce um relevante papel de proteção da minoria contra avanços da maioria, cuja predominância somente há de ser aceita e tolerada dentro do quadro de legalidade.¹⁵⁰

Essa doutrina constitucional clássica parte da afirmação de que os direitos do homem devem ser observados independentemente das maiorias legislativas ocasionais, uma vez que o Poder Constituinte originário subordina a vontade dos governantes (leis) à vontade do povo. E a Constituição é tida como norma superior, situada no ápice da pirâmide do ordenamento jurídico. Além de Hans Kelsen, outros autores clássicos defendem tal ideia, como John Locke e Emmanuel Sieyès.

Nesse sentido, García de Enterría mostrou que todo o problema da justiça constitucional envolve uma só questão: o reconhecimento ou não da Constituição como um sendo uma norma jurídica. Pela clareza das ideias apresentadas pelo doutrinador, transcreve-se o seguinte trecho:

Si la respuesta es negativa, ello implica una serie de consecuencias y, por de pronto, las siguientes: una Constitución será concebida como un compromiso ocasional de grupos políticos, sustituible en cualquier momento en que el equilibrio de éstos arroje un resultado diverso; lo cual se traduce en una incitación positiva al cambio constitucional, por la vía del cual cada grupo intentará mejorar sus posiciones y, si le resulta posible, eliminar a sus competidores.

En cambio, si a la Constitución se le dota de los caracteres de una norma jurídica que ha de presidir el proceso político y la vida colectiva de la comunidad de que se trate, la perspectiva cambia esencialmente. La Constitución será considerada no ya como un simple mecanismo de articulación más o menos ocasional de grupos políticos más o menos relevantes y amenazados siempre de cambio o desaparición como tales grupos (según es enseñanza elemental de la historia: ¿dónde están los grupos que inventaron el sistema canovista y edificaron en servicio del mismo la Constitución de

¹⁵⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 190 e ss.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3^a ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 72

1876?, ¿o los que construyeron la Constitución republicana de 1931?, etc.), sino como el estatuto básico de la vida común, lo cual implica, por fuerza, como hemos notado en otro lugar, una necesidad nueva, no presente en las Constituciones puramente mecanicistas, la necesidad de definir límites al poder por relación a los ciudadanos, o, en otros términos, derechos de éstos, tanto a una vida privada exenta del poder como a la dominación e instrumentación de éste, como, en fin, a las actuaciones positivas del Estado para promover la libertad efectiva y la igualdad. Resulta obvio que si a esta definición de esferas de actuación (como la paralela de los órganos políticos o de niveles territoriales del Estado) se le dota deliberadamente de la condición de norma jurídica, su eficacia debe ser asegurada jurisdiccionalmente.¹⁵¹

Entretanto, as duas formas de positivismo confiam na possibilidade de conhecimento atemporal do direito, baseado na descoberta da vontade da lei (ou do legislador), de um lado porque considera que o texto legal manifesta todo o sentido da norma, bastando que o juiz subsuma o caso concreto na vontade da lei (exegetismo), de outro lado porque na carência de clareza absoluta da lei, o juiz deve encontrar o sentido oculto da norma pela discricionariedade, para, então, subsumir o fato na vontade “descoberta” da lei ou do legislador (normativismo).

A crítica que o positivismo faz à atividade criativa do juiz é no sentido de que a raiz da discricionariedade consiste no fato de que a vontade da lei é aquilo que o intérprete diz que é. E que o direito se amarra ao que o sujeito permite que ele seja,¹⁵² fazendo com que o conhecimento do direito não possa ser atemporal.

Em resposta, sobreveio a chamada “virada ontológica de Heidegger”, cuja proposta é que a verdade só pode ser alcançada através da análise fenomenológica da essência do sujeito,

¹⁵¹ ENTERRÍA, Eduardo García de. La posición jurídica del tribunal constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 100, p. 39-131, enero-abril 2014, p. 81. Tradução livre: “Se a resposta for negativa, isto implica uma série de consequências e, de pronto, as seguintes: uma Constituição será concebida como um compromisso ocasional de grupos políticos, substituível a qualquer momento em que o equilíbrio deles produza um resultado diverso; que se traduz em um incitamento positivo para mudança constitucional, através do qual cada grupo vai tentar melhorar as suas posições e, se possível, eliminar os seus concorrentes.

No entanto, se a Constituição lhe confere o caráter de uma norma jurídica que deve reger o processo político e a vida coletiva da comunidade em questão, a perspectiva muda essencialmente. A Constituição será considerada não como um simples mecanismo de articulação mais ou menos ocasional de grupos políticos, ou mais ou menos importante e ameaçado sempre de mudança ou desaparecimento como tais grupos (como é o ensinamento fundamental da história: onde estão os grupos que inventaram o sistema canovista e construíram a seviço do mesmo a Constituição 1876?, ou aqueles que construíram a Constituição republicana de 1931?, etc.), mas como o estatuto básico de vida comum, o que significa que, pela força, como já observamos em outros lugares, uma nova necessidade, não presente nas Constituições puramente mecanicistas, a necessidade de definir limites na relação de poder sobre os cidadãos, ou, em outras palavras, os direitos destes, tanto uma vida privada isenta do poder como a dominação e sua aplicação no mais, por fim, as ações positivas do Estado para promover a liberdade e a igualdade. É óbvio que, se essa definição de esferas de ação (como instâncias políticas paralelas ou níveis territoriais de governo) é dotada deliberadamente do status de uma norma jurídica, a sua eficácia deve ser assegurada jurisdiccionalmente.”

¹⁵² NERY, Carmen Lígia. *Decisão judicial e Discricionariedade – A sentença determinativa no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 98.

trazendo à tona a importância da historicidade. Assim a relação “texto/norma” que era focada no “sujeito/objeto” fica superada pela hermenêutica circular, porque, de acordo com Hans-Georg Gadamer, não se trata de descobrir um sentido inerente ao texto, mas gerar um sentido dentro de seu contexto e historicidade. Confira-se:

Na realidade, não é a história que pertence a nós, mas nós é que a ela pertencemos. Muito antes de que nós compreendamos a nós mesmos na reflexão, já estamos nos compreendendo de uma maneira autoevidente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos. A lente da subjetividade é um espelho deformante. A autorreflexão do indivíduo não é mais que uma centelha na corrente cerrada da vida histórica. Por isso os preconceitos de um indivíduo são, muito mais que seus juízos, a realidade histórica do ser.¹⁵³

Desta maneira, a relação sujeito/objeto é substituída pelo círculo hermenêutico, justificada pela consciência de que primeiro se compreende para depois se interpretar (e não o contrário). Em suma, o intérprete não retira do texto o seu sentido, mas atribui sentido ao texto normativo.

Com Friedrich Müller o Direito ganhou um novo paradigma. Foi ele quem usou pela primeira vez o termo “pós-positivismo”, para se referir ao paradigma que evitava a cisão entre Direito e realidade e que via a norma como fruto de complexo processo de concretização (produto da linguagem) formado pela lei e pelo caso concreto.¹⁵⁴ Assim, o pós-positivismo estaria adequado com a filosofia hermenêutica e a hermenêutica filosófica, no sentido de que a norma é o resultado de uma atribuição de sentido ao texto, e nega que a decisão possa ser um ato silogístico (subsunção silogística).

Por isso, Carmen Nery afirma que “descobrir a vontade do legislador” é tarefa incompatível com o Estado Democrático de Direito porque os intérpretes não podem aceitar falas autorizadas como se existisse uma linguagem de autoridade¹⁵⁵ capaz de produzir “verdades”. A lei não tem um sentido originário absoluto.¹⁵⁶

Então, apesar de parte da doutrina brasileira ainda buscar a “vontade do legislador”, esta atitude seria incompatível com o sistema jurídico brasileiro (artigo 1º e artigo 5º, LIV, da

¹⁵³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, 4ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 451-416.

¹⁵⁴ NERY, Carmen Lígia. *Decisão judicial e Discricionariedade – A sentença determinativa no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 27.

¹⁵⁵ “A linguagem de autoridade governa sob a condição de contar com a colaboração daqueles a quem governa, ou seja, graças à assistência dos mecanismos sociais capazes e produzir tal cumplicidade, fundada por sua vez no desconhecimento, que constitui o princípio de toda e qualquer autoridade”. BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas linguísticas*. São Paulo: Edusp, 1996, p. 91.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 88-89.

Constituição Federal - CF), onde existe uma simbiose entre o Estado Democrático e o Estado de Direito a qual se dá o nome de Estado Constitucional.¹⁵⁷ O poder estatal está organizado em termos democráticos, o poder político é derivado dos cidadãos e o direito é visto como instrumento de transformação social.

Nesse cenário, a antiga supremacia da lei cede lugar à onipresença da constituição e os princípios constitucionais representam a invasão da facticidade no direito. Mas isso não significa a abertura do sistema, onde o intérprete poderia agir livremente, ele deve direcionar a interpretação pela tradição (que não é o conjunto de valores do intérprete, mas o legado da historicidade que é entregue ao sujeito) e nenhuma regra está alheia à história institucional do direito.¹⁵⁸

A interpretação do texto deve estar vinculada ao dever de fundamentação lógica e racional, que se apresenta como um limite à atuação dos magistrados, pois torna suas decisões passíveis de análise e crítica. Esse é o sentido da norma prevista no artigo 93, IX, CF, que deixa claro que o controle de decisões judiciais é questão de democracia. Carmen Nery explica que no Estado Democrático de Direito “não há espaço para que o juiz atue discricionariamente imprimindo seus valores pessoais às decisões, em espécie de ponderação acerca da regra jurídica mais apropriada para o caso que se apresenta”.¹⁵⁹

Por isso é relevante a discussão sobre a autocontenção judicial. Um dos autores que expôs com mais propriedade a questão da autocontenção judicial foi John Hart Ely, para quem a jurisdição constitucional deve cingir-se à defesa da lisura do procedimento democrático, à tutela dos direitos de livre participação política e à proteção das minorias. Ele encontra seu fundamento na justificativa procedimentalista da democracia e dos direitos fundamentais.¹⁶⁰ Nesse sentido, a adoção do paradigma pós-positivista (ou do positivismo renovado) explica

¹⁵⁷ “Claro que há limites a serem impostos à interpretação histórica. Nem mesmo o constituinte originário pode ter a pretensão de aprisionar o futuro. A patologia da interpretação histórica é o originalismo.”. BARROSO, Luís Roberto. *Intepretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 126. Texto disponível para download em <<http://docslide.com.br/download/link/barroso-luis-roberto-barroso-interpretacao-e-aplicacao-da-constituicao>> . Acesso em 4 nov 2016.

¹⁵⁸ NERY, Carmen Lígia. *Decisão judicial e Discricionariedade – A sentença determinativa no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 128 e ss.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 140.

¹⁶⁰ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3^a ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 54.

melhor a compatibilização da jurisprudência criativa com a produção legislativa produzida por atores legitimados pelo voto popular.

Já Ronald Dworkin parte do movimento de revalorização do pensamento kantiano (aproximação da ética e do Direito) para tentar explicar esse problema da compatibilidade da jurisprudência constitucional com a produção legislativa, dizendo que o Direito é um sistema de regras e princípios dotado de integralidade, o que quer dizer que ele é capaz de abarcar toda a realidade social. Por isso ele defende uma atuação judicial construtiva, que deve se pautar por argumentos racionais e verificáveis.¹⁶¹

Com nomenclatura diferente, mas partindo das ideias pós-positivistas, Elival Ramos, apresenta o que chama de “positivismo reflexivo e integral”. Este paradigma mantém um compromisso com a teoria da argumentação jurídica e também com a filosofia moral. Trata-se da ideia de positivismo sem a desvinculação completa da realidade social e das aspirações valorativas da sociedade, ele não está alheio à realidade e por isso é mais compatível com o Estado Democrático de Direito. Esse paradigma se opõe ao positivismo clássico e também ao subjetivismo que acompanha as práticas de jurisdição constitucional com inspiração em modelos moralistas.¹⁶²

Thiago Pires concorda que o pós-positivismo deva ser aplicado à realidade brasileira, mas indica quatro críticas à maneira como isso tem ocorrido. A primeira se refere à “constitucionalização de tudo”, que seria a atitude dos sujeitos em procurar diretamente na Constituição a interpretação dos seus direitos, ainda que diante de uma lei preexistente em sentido diverso. Busca-se o ajustamento da norma ao sentimento pessoal de justiça “não apenas

¹⁶¹ “A integralidade a que se refere Dworkin significa sobretudo uma atitude interpretativa do Direito que busca integrar cada decisão em um sistema coerente que atente para a legislação e para os precedentes jurisprudenciais sobre o tema, procurando discernir um princípio que os haja norteado. Ao contrário da hermenêutica tradicional, baseada fortemente no método subsuntivo, numa aplicação mecânica das regras legais identificadas pelo juiz ao caso concreto, o modelo construtivo de Dworkin propõe a inserção dos princípios, ao lado de regras, como fonte do Direito. Nos chamados casos difíceis (hard cases) – assim entendidos aqueles para os quais há dificuldade em alcançar o conteúdo jurídico que irá regê-los, seja pela ausência de regra específica, seja por força de aparente antinomia entre normas – é a interpretação construtiva dos princípios e dos direitos dele decorrentes, que fornecerá ao aplicador do Direito condições de encontrar a resposta certa, entendida como a melhor resposta possível dentro de um processo de argumentação racional”. BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 85-91.

¹⁶² Elival Ramos também afirma que “é possível desenvolver um conhecimento dogmático que não perca a capacidade de refletir sobre si próprio e, o que é fundamental no caso de uma Ciência que lida com normas prescritivas, a capacidade de avaliar a sua funcionalidade, tendo em vista que participa da conformação do direito que estuda e, portanto, deve participar da busca dos objetivos socio-regulatórios desse mesmo ordenamento jurídico”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 62 e 105.

a especial abertura das normas constitucionais e o caráter principiológico de muitas dessas disposições, mas também um renovado sentido de que aplicar o direito é fazer a justiça no caso concreto”.¹⁶³ Assim, a Constituição adquire a qualidade de poder ser interpretada e aplicada a qualquer caso concreto, independente da legislação em vigor (que se limita a ser o mero desenrolar das normas constitucionais).

A segunda crítica relaciona a expansão do Direito como que vinculado à expansão da Lei Fundamental, dado o caráter normativo-jurídico das suas disposições. O problema é que a intervenção do Estado pode ser questionável em muitos casos onde o Judiciário faz uso de artifícios retóricos e invoca normas vagas e imprecisas como o “princípio da dignidade da pessoa humana”.¹⁶⁴ A terceira crítica tem como foco a judicialização da vida, ou seja, a possibilidade de tudo passar pela intervenção do Estado (Poder Judiciário), porquanto a lei não pode excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito (artigo 5º, XXXV, da CF/88).

Por fim, a quarta crítica refere-se à ausência de limites do Judiciário, que gera o que o autor chama de “decisionismo e subjetivismo”¹⁶⁵ A metodologia de trabalho perde importância diante da justificativa da busca da justiça do caso concreto livre dos formalismos tradicionais, especialmente quando são empregados princípios para a justificação das decisões judiciais. E Thiago Magalhães Pires completa dizendo que:

Em temas mais difíceis do ponto de vista moral, às vezes é melhor deixar ao legislador a tarefa de decidir, já que cabe a ele responder diante do povo pelas escolhas que faz. Em certos casos especialmente complexos no plano técnico, convém respeitar a decisão tomada por entidade especializada na matéria, em geral capaz de avaliar melhor os pressupostos e consequências de sua atuação. A humildade é uma virtude que deve ser cultivada inclusive por juízes e tribunais.¹⁶⁶

Em suma, apesar do pós-positivismo ser o paradigma que melhor se aplica à realidade brasileira, dificuldades são encontradas no momento de colocá-lo em prática, e fronteiras devem ser levantadas para conter a expansão da autoridade judicial dentro de uma moldura democrática. Todos os quatro problemas arrolados acima estão relacionados com os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política, e revelam a importância de se traçar limites à atuação do Judiciário.

¹⁶³ PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do Direito com a Moral. In: FELLETT, André Luiz Fernandes, et al. (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 37.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 38.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 41.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 42.

1.5. O Supremo Tribunal Federal como detentor da última palavra na interpretação constitucional

Estabelecer parâmetros para que a atuação do Poder Judiciário na apreciação de litígios sobre políticas públicas não caia no ativismo deve considerar qualquer situação de concretização de normas constitucionais por seus órgãos. Elival Ramos explica que o grau de criatividade de juízes no desempenhar da jurisdição constitucional em sentido estrito (controle) “é consideravelmente mais amplo do que aquele de que desfrutam ao aplicar a Constituição a situações fáticas de caráter não normativo ou, sem sede de jurisdição comum, ao aplicarem o direito infraconstitucional”.¹⁶⁷ Por isso, antes de tratar diretamente dos limites para o controle judicial de políticas públicas, devem ser feitas algumas observações sobre o controle de constitucionalidade no Brasil e sobre o debate sobre o poder de dar a *última palavra*.

Este tópico pretende desenvolver uma argumentação capaz de responder às seguintes questões: *Quem detém o poder de proferir a última palavra na interpretação de normas constitucionais no Estado Democrático de Direito Brasileiro? Seria o STF, como afirma grande parte da doutrina? Caso seja afirmativa a resposta, isso não iria contra o Equilíbrio dos Poderes e o Princípio Democrático previstos na Constituição Federal?*

A reflexão sobre tais questões é importante para o desenvolvimento desta pesquisa, porque, se o objetivo é oferecer uma lista de limites à autoridade judicial, é necessário que se compreenda a extensão e a legitimidade do poder de controle sobre as atividades legislativas e executivas.

O controle de constitucionalidade abstrato de leis e atos normativos federais e estaduais pelo Poder Judiciário já consta do ordenamento jurídico brasileiro desde 1965 com a Emenda Constitucional nº 16, publicada após a instauração do regime militar. Naquele momento político conturbado, somente o Procurador-Geral da República tinha legitimidade para propor a ação,

¹⁶⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 202.

além de que eram raras as declarações de inconstitucionalidade em controle abstrato e elas não resolviam questões verdadeiramente importantes para a sociedade brasileira.¹⁶⁸

A partir da promulgação da nova Constituição, houve uma mudança na realidade capaz de consolidar o modelo democrático como regime político, possibilitando o fortalecimento das instituições brasileiras, especialmente pelas garantias previstas para os agentes públicos. Apesar da adoção do sistema híbrido pela Constituição, que permite os controles concentrado e difuso, houve uma certa preferência pelo controle concentrado, reforçada pela prática da jurisdição constitucional pelo STF, partindo da ideia de uniformização da compreensão e da preservação da segurança jurídica.¹⁶⁹

Aos poucos, o Poder Judiciário passou a exercer plenamente as suas funções constitucionais e o rol de legitimados para propor o controle abstrato de constitucionalidade ficou mais extenso, envolvendo até entidades não governamentais, como as entidades de classe e da Ordem dos Advogados do Brasil.¹⁷⁰ Assim, organizações, movimentos e grupos sociais que estavam de certa forma excluídos dos processos decisórios e tinham seus pleitos ignorados pelo Legislativo, “ganham nova forma de representação no Supremo e têm feito amplo uso desses instrumentos”.¹⁷¹

O caráter abrangente da Carta de 1988, que apresenta um amplo catálogo de direitos fundamentais veiculados por “enunciados normativos vagos e indeterminados (princípios)”, gerou um quadro generoso de oportunidades para a litigância de “temas com conteúdo e relevância sortidos (tribunalização da vida) e cujas soluções requerem respostas interpretativas

¹⁶⁸ LEAL, Saul Tourinho. A nova face da jurisdição constitucional brasileira. In: FELLETT, André Luiz Fernandes, et al. (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 454.

¹⁶⁹ VALLE, Vanice Regina Lírio do et al. *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 123.

¹⁷⁰ Passaram a ser legitimados, além do Procurador-Geral da República: o Presidente da República; a Mesa do Senado; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal (a última foi incluída pela Emenda Constitucional 45/2004); o Governador de Estado ou do Distrito Federal (este também incluído pela Emenda Constitucional 45/2004); o Conselho da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Vide artigo 103 da CF/88.

¹⁷¹ “Conforme estatística do próprio Supremo Tribunal Federal, com dados atualizados até julho de 2012, as entidades de representação da sociedade civil (Confederação Sindical e Entidade de Classe de âmbito nacional) são os legitimados que mais propõem as ações no âmbito do controle concentrado: 25,3% de 4.751 ADIs; 33,3% de 30 ADCs; 29,0% de 255 ADPFs.” CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 270.

criativas”, especialmente pelo STF.¹⁷² E como alguns valores políticos e morais¹⁷³ foram tomados como princípios jurídicos, a atuação do Supremo tem que ser analisada sob a perspectiva do tipo de norma constitucional que ele pretende concretizar.

Logo que a Constituição foi promulgada a Corte Suprema era tímida e adotava uma postura de autocontenção, até porque o ambiente político ainda era hostil e a nova estrutura institucional não estava consolidada. Mas, com o tempo o cenário adquiriu um clima de tolerância entre os Poderes e de respeito às decisões do STF, o que permitiu que ele passasse a exercer plenamente as suas competências. Nos últimos anos verifica-se uma maior incursão da Corte na seara política, o que Saul Leal entende ser legítimo, afirmando que “é claro que há efeitos colaterais nessa intensa judicialização, mas parece ser um preço que a democracia há de suportar”.¹⁷⁴ E continua:

No Brasil, tivemos constituições relevantes e irrelevantes. Do mesmo modo, tivemos Cortes relevantes e irrelevantes. Posso dizer, com convicção, que hoje temos o Supremo Tribunal Federal mais relevante de toda a história brasileira. Só se critica o Estado, só se questiona publicamente decisões de Ministros, só se discute temas relevantes de maneira pública num ambiente democrático. Esse é o momento de ouro pelo qual o Brasil passa. Uma marcha contínua rumo ao nosso Estado Constitucional.¹⁷⁵

Seguindo este movimento, os princípios constitucionais e as cláusulas abertas permitem a aplicação diretamente pelos juízes e “a própria Constituição passou a ser reconstruída por um poder constituinte em funcionamento permanente: a jurisdição constitucional”.¹⁷⁶ Essa expansão de competência do Judiciário tem recebido muitas críticas no Brasil, mas o debate sobre o tema é intenso em outros países também. Um exemplo são as dúvidas levantadas pelo argentino Roberto Gargarella sobre o caráter contramajoritário da atuação judicial:

Alguien puede preguntarse entonces, legítimamente, ¿cómo puede ser que, en una democracia, los jueces tengan la posibilidad de anular una ley aprobada por los representantes de la mayoría del pueblo? ¿Cómo puede ser que un minúsculo grupo de jueces, que no son elegidos directamente por la ciudadanía (como sí lo son los funcionarios políticos), y que no están sujetos a periódicas evaluaciones populares (al tener estabilidad en sus cargos, y estar libres, así, del directo escrutinio público) puedan prevalecer, en última instancia, sobre la voluntad popular? Parece claro, al

¹⁷² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 259.

¹⁷³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidivo – ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes, et al. (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 398.

¹⁷⁴ LEAL, Saul Tourinho. A Nova Face da Jurisdição Constitucional Brasileira. In: FELLET, André Luiz Fernandes, et al. (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 445

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 454.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 444.

menos, que existen problemas en el hecho de que la justicia se ocupe de todo tipo de cuestiones constitucionales, como hoy lo hace, y que resuelva tales cuestiones con la autoridad que significa poder decir «la última palabra», como hoy ocurre.¹⁷⁷

E o próprio conceito de democracia pressupõe que os indivíduos são igualmente competentes para se auto governarem por uma mediação institucional.¹⁷⁸ Essa mediação é realizada pelos seus representantes eleitos, mas também por outras instituições que deveriam participar do debate político. A democracia também pressupõe o direito de o povo errar, de aprender com os seus erros e de corrigi-los sem que uma única instituição tenha prioridade absoluta na tomada de decisão.

Foi a teoria constitucional americana que deu sustentação teórica para a consolidação do princípio do contramajoritário. Assim, o espaço de poder que o Judiciário visava abarcar com a prática do ativismo judicial se firmou como nova alternativa de desenho institucional. Desde o célebre julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, o princípio do contramajoritário ganhou relevância e foi aceito como característica da democracia, sendo entendido como método preventivo da opressão das minorias pela maioria.¹⁷⁹

Ainda há discussões doutrinárias sobre o tema, mas certo é que o juiz não tem tanta legitimidade política como os membros Parlamento, e, por isso, autores como Roberth Dahl e Hart Ely, consideram que a revisão judicial deve se limitar aos casos em que ela seja necessária para o aprimoramento do processo democrático.¹⁸⁰

¹⁷⁷ GARGARELLA, Roberto *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*; prólogo de Cass Sunstein. 1ª reimp. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011. (Pensamiento jurídico contemporáneo, 3), p. 27. Disponível em <https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/la_justicia_frente_al_gobierno.pdf>. Acesso em 17 mai 2016. Tradução livre: “Alguém pode, então, perguntar, legitimamente, como pode ser que em uma democracia, os juízes têm a possibilidade de anular uma lei aprovada pelos representantes da maioria do povo? Como pode um pequeno grupo de juízes que não são eleitos diretamente pelos cidadãos (eles são nomeados políticos), e não estão sujeitos a avaliações periódicas populares (com estabilidade em suas posições, e estar livres, do escrutínio público direto) pode prevalecer em última análise, sobre a vontade popular? Parece claro, pelo menos, que há problemas no fato de que a justiça se ocupa de todos os tipos de questões constitucionais, como hoje o faz, e que resolva essas questões com a autoridade que significa poder dizer ‘a última palavra’, como hoje ocorre.”

¹⁷⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Direito fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutorado em Ciência Política. Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2008, p. 161. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf>. Acesso em 4 out 2016.

¹⁷⁹ VALLE, Vanice Regina Lírio do et al. *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 9 e 10.

¹⁸⁰ DAHL, Robert. *Democracy and its critics*. Londres: Yale University Press, 1991, p. 52. De se anotar que Cass Sunstein adverte que é um erro afirmar que a Constituição Norte-Americana foi sendo alterada durante os anos principalmente por causa das decisões judiciais que interpretavam seus artigos. Ela, na verdade, é um produto do processo democrático ordinário, que muitas vezes não envolvem as Cortes: “Or so it is generally believed. In crucial ways, however, the tale of constitutional stability is a myth. Jefferson has had his revenge—not through formal amendments, but through social practices and interpretations that render our Constitution very different

Como se vê, o estudo do controle de constitucionalidade, e do ativismo que ele pode oportunizar, torna mais evidente o embate entre o Judiciário e os outros Poderes.¹⁸¹ E como o exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo, está cada vez mais depurado, temas “que foram esquecidos pela política partidária ganham ampla deliberação no Plenário da Corte”¹⁸²

Luiz Werneck Vianna, em estudo sobre a judicialização da política, chegou à conclusão de que a “invasão do Direito sobre o social avança na regulação dos setores mais vulneráveis, em um claro processo de substituição do Estado e dos recursos institucionais classicamente republicanos pelo judiciário”, onde o juiz torna-se o protagonista da questão social. Ele explica que “sem política, sem partidos ou uma vida social organizada, o cidadão volta-se para ele, mobilizando o arsenal de recursos criado pelo legislador a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos”. Assim, a nova arquitetura institucional “adquire seu contorno mais forte com o exercício do controle da constitucionalidade das leis e do processo eleitoral por parte do judiciário, submetendo o poder soberano às leis que ele mesmo outorgou”.¹⁸³

Parte importante da doutrina entende que Judiciário funciona como a “terceira câmara dos parlamentos”, com a atribuição de certificar as leis aprovadas pelo Poder Legislativo. Nesse sentido, Inocêncio Coelho sustenta que as leis só entram e permanecem em vigor após passarem por uma certificação judicial e que, antes disso, são apenas “preceitos expectantes, de comandos

from the founders’ Constitution. What I mean to emphasize here is that those practices and interpretations have everything to do with public judgments as they have extended through time. In other words, constitutional change has occurred through the judgments of many minds and succeeding generations, in a way that captures some of Jefferson’s hopes. In countless domains, Madison’s victory is quite illusory. There have been numerous founders, and they can be found in many generations. Ours is a constitution of many minds. [...] *The initial problem is that when Americans think of constitutional change, they focus on judicial interpretations, not on the role of their elected representatives or of citizens themselves. This is a major mistake.* It is true that in some of its decisions, the Court, not the public, has been a prime mover. In banning school prayer, protecting the right to choose abortion, and striking down affirmative action programs, the Court has gone well beyond the original meaning of the document, and its own judgments have been crucial. What is much less noticed and far more important, and what I mean to stress here, is the extent to which *changes in constitutional arrangements and understandings have been a product of ordinary democratic processes, producing adjustments in constitutional understandings over time.* Self-government, far more than judicial innovation, has been responsible for those adjustments. Sometimes the relevant changes do not involve courts at all”. SUNSTEIN, Cass. A Constitution of many minds: why the Founding Document doesn’t mean what it mean before. Princeton: Princeton University Press, 2009, p. 3. (Introdução disponível em: <<http://press.princeton.edu/chapters/i8866.pdf>>. Acesso em 25 out 2016)

¹⁸¹ DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade. In: FELLETT, André Luiz Fernandes, et al. (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 460.

¹⁸² LEAL, Saul Tourinho. A Nova Face da Jurisdição Constitucional Brasileira. In: FELLETT, André Luiz Fernandes, et al. (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 431.

¹⁸³ VIANNA, Luiz Werneck; Burgos, Marcelo Baumann e Salles, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, v. 19, n. 2, pp. 41-85, p. 41. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12547/14324>>. Acesso em 4 mai 2016.

potenciais aguardando que os intérpretes/aplicadores a tanto legitimados reconheçam/declarem [...] que ocorreu, de fato, a hipótese de incidência desses preceitos” e, a partir daí, geram consequências jurídicas.

Afinal, nunca é demais repetir, situações de fato particulares não esperam pelo juiz – ou por qualquer de nós – já separadas umas das outras e com etiquetas apostas como casos de incidência da regra geral, cuja aplicação está em causa, e tampouco essa regra geral, em si mesma, pode avançar e reclamar os seus próprios casos de aplicação. Em síntese, sem a mediação dos operadores jurídicos, as situações de fato e as regras gerais não se encaixam; os textos não arrazoam; o seu verdadeiro significado não se manifesta; e o Direito deixa de cumprir a sua função de ordenar as relações sociais.¹⁸⁴

Daniel Farias também refletiu sobre a mudança de paradigmas da atuação do STF no controle de constitucionalidade e registrou que, no atual modelo de Estado de Direito, as políticas públicas para efetivação de direitos fundamentais disciplinadas no texto constitucional poderiam ser concebidas diretamente pelo Poder Judiciário, independentemente da intermediação do Legislativo. Elas decorreriam diretamente da Constituição e o Judiciário seria o portador da última palavra sobre o caminho a ser trilhado pelo Estado a partir da premissa “de que as normas constitucionais são dotadas de imperatividade e sua inobservância há de deflagrar mecanismos de coação e cumprimento forçado de suas disposições.”¹⁸⁵

Nem o problema do contramajoritarismo se apresentaria como um obstáculo à atuação judicial para esta parte da doutrina, porque “é insofismável que os membros do Poder Judiciário não são eleitos; isto, contudo, não lhes retira missão constitucional de concretização dos direitos fundamentais” e a missão de assegurar o adequado funcionamento do processo democrático.¹⁸⁶ Assim, a dificuldade não é de se atribuir “poder para dizer, no caso concreto, se as leis ou os

¹⁸⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. Indeterminação do direito e segurança jurídica. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*. Belo Horizonte, ano 9, n. 31, p. 867-892, jan./abr. 2015, p. 883.

¹⁸⁵ FARIAS, Daniel Rocha de. *Ativismo judicial, judicialização de políticas públicas e judicial review no Brasil: Análise crítica da supremacia do judiciário e da quimera dialógica*. 2016. Dissertação (Mestrado), Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas, Centro universitário de Brasília, 2016.

¹⁸⁶ Fundamento pelo qual se defende a legitimidade democrática da atuação contramajoritária do STF, pois a maioria não pode deliberar extinguir a própria democracia ou criar mecanismos eleitorais que frustrem a efetiva representatividade pelo voto popular.

atos normativos são constitucionais, mas instituir mecanismos de controle para assegurar que a escolha, a opção e a decisão obtida sejam aquelas que melhor concretizem à Constituição”.¹⁸⁷

A legitimidade do Poder Judiciário de deliberar amplamente sobre direitos fundamentais está estreitamente relacionado com a questão do mínimo existencial, ou seja, com o respeito às condições mínimas de existência humana digna. Ele é entendido como um direito de liberdade, essencial e inalienável, e a sua proteção pelo Judiciário teria um fim que abrangeria a proteção do Estado de Direito e funcionaria como uma condicionante da própria ordem jurídica.

Nesse cenário, o STF ganhou um papel de destaque e passou a exercer a jurisdição onde há omissão de outros poderes, fiscalizar as leis e emendas constitucionais, especialmente quando dizem respeito à eficácia mínima dos direitos fundamentais, e passou a desempenhar função quase-normativa como na edição de súmulas vinculantes. O Supremo é um caso especial, pois embora a Corte seja componente do “Poder Judiciário e, como este, protegida constitucionalmente contra influência política, devido a seu objeto de regulamentação e seu critério de decisão, ela se encontra muito mais perto da política do que os demais”.¹⁸⁸

Por isso, grande parte da doutrina e o próprio STF sustentam a tese de que o artigo 102 da Constituição Federal lhe conferiu a última palavra em questões de constitucionalidade, sendo ele o *árbitro definitivo da constitucionalidade das leis*.¹⁸⁹ Assim, segundo afirmou o Ministro Nelson Jobim no julgamento da Medida Cautelar na ADIN nº 2.223/DF, os Ministros do Supremo seriam os “únicos da República que podem(os) errar por último.”¹⁹⁰ No mesmo sentido, o Ministro Celso de Mello já afirmou que incumbe ao STF, “em sua condição institucional de guarda da Constituição”, “o *monopólio da última palavra* em matéria de interpretação constitucional”. Ele sustenta que a função contramajoritária deve ser desempenhada para proteger as minorias contra eventuais excessos ou omissões da maioria,

¹⁸⁷ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. Panóptica, v. 2, n. 2, 2007, p. 12. Disponível em <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/download/59/64>>. Acesso em 2 mai 2016.

¹⁸⁸ GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 15.

¹⁸⁹ Expressão que consta da ementa do acórdão proferido no julgamento do AgRg no RE 433.806/SP, STF, Primeira Turma, Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, em 8 mar 2005, DJ de 1/3/2005 - Outros julgados com a mesma frase: Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 473.019/SP, julgamento em 23/3/2004, DJ de 23.4.2004; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 404.280/SP, julgamento em 23/3/2004, DJ de 2/4/2004; ambos de relatoria do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE.

¹⁹⁰ Julgamento em 10 out 2002 pelo Tribunal Pleno

uma vez que nem mesmo os grupos majoritários podem se sobrepor à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios constitucionais.¹⁹¹

Essa posição de último fiscal da Constituição recai sobre a tese da *supremacia judicial*, quando o judiciário reivindica o poder da última palavra sem observar a aplicação do direito constitucional com base na equivalência dos poderes na interpretação constitucional, o que pode se aproximar dos perigos de uma *juristocracia*.¹⁹²

Afinal, uma democracia não pressupõe o poder de autogoverno pelo povo? Não caberia a ele o direito de *errar por último*? Por que o Judiciário teria a prerrogativa de errar e acertar enquanto os poderes representativos têm que se submeter às suas decisões?

As teorias da última palavra, seja para dizerem que o Judiciário a detém ou que o Legislativo a merece, “defendem que o circuito decisório possui um ponto final dotado de autoridade por meio de uma decisão soberana”.¹⁹³ Contudo, mais acertada é a interpretação no sentido de que, mesmo com a expansão da autoridade do juiz, o legislador (representante do povo) não perderá o papel de destaque nesse processo, porquanto os três Poderes têm papéis fundamentais na defesa da supremacia da constituição e devem respeitá-la com a mesma reverência. Todos atuam ativamente no controle de constitucionalidade dentro de suas atribuições institucionais, por exemplo, o chefe do Executivo participa do processo de elaboração das leis e também tem o direito de veto (por inconstitucionalidade e contrariedade ao interesse público). Ele pode negar aplicação e qualquer norma tida por inconstitucional

¹⁹¹ Segunda Turma, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 477.554 MG, Relator o Min. CELSO DE MELLO. Julgamento em 16/8/2011, DJe de 26/8/2011. Em outro caso o mesmo Ministro também foi explícito ao dizer que “A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de *guarda da Constituição* (CF, art. 102, *caput*) - assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.” STF, Plenário. Mandado de Segurança nº 26.603/DF, julgamento em 4/10/2007, DJe de 19/12/2008.

¹⁹² DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade. In: FELLETT, André Luiz Fernandes, *et al.* (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 467. Ademais, até a “última palavra” da Corte pode ser substituída por uma “nova” última palavra, quando há alteração na composição das turmas e a antiga jurisprudência fica superada por novos entendimentos, por exemplo.

¹⁹³ Tais teorias não rejeitam, a rigor, a possibilidade de um diálogo ou interação entre as instituições, mas afirmam a possibilidade de se ter um responsável pela última palavra. MENDES, Conrado Hübner. *Direito fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutorado em Ciência Política. Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2008, p. 14. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf>. Acesso em 4 out 2016.

independentemente de anterior manifestação pelo Judiciário.¹⁹⁴ E o poder legislativo também tem a faculdade de defesa da Constituição pela rejeição do veto (artigo 66, § 4º, da CF).

Parte da doutrina entende que estes são atos estritamente políticos, que não podem ser judicializados por não haver abuso em se vetar ou rejeitar um veto, sendo o exercício regular das atribuições dos Poderes Executivo e Legislativo. Há entendimentos divergentes, inclusive do Ministro Gilmar Mendes, no sentido de que o veto por inconstitucionalidade estaria sujeito à apreciação do Judiciário por mandado de segurança.¹⁹⁵

Esta discussão diz mais respeito à responsabilidade política do que ao controle de constitucionalidade, mas o que se pretende destacar aqui é a existência do diálogo institucional, com previsão constitucional, entre os poderes.

Ademais, “os efeitos da decisão da corte constitucional não criam obstáculos à ação posterior do Legislativo que pode, inclusive – e tem-no feito – ultrapassar a decisão do Tribunal por meio da aprovação de outros veículos legislativos”.¹⁹⁶ Ou seja, o *poder de última palavra* não existe verdadeiramente no Brasil porque o legislador não fica vinculado às declarações de inconstitucionalidade e ainda que ele se submetesse a elas, “seria sempre possível aprovar uma emenda constitucional para reverter decisões do Judiciário” e também seria possível “aprovar lei idêntica após certo prazo, na expectativa de que a mudança na composição da Corte e no contexto político modifique a orientação jurisprudencial”.¹⁹⁷

¹⁹⁴ Salvo no caso do Supremo ter apreciado a norma em sede de ação declaratória de constitucionalidade com eficácia *erga omnis*, neste caso a sua observância é obrigatória pelo Executivo (Emenda Constitucional nº 03 de 17 de março de 1993).

¹⁹⁵ “É fácil ver que o veto de um projeto de lei, sob o argumento da inconstitucionalidade, outorga ao Executivo uma faculdade de enorme significado num sistema constitucional que, como visto, privilegia o controle judicial de constitucionalidade das leis. Não são raros os autores que identificam aqui configuração de um modelo preventivo de controle de constitucionalidade. [...] Evidentemente, a vinculação de todos os órgãos públicos à Constituição não permite que o Chefe do Poder Executivo se valha do veto com fundamento na inconstitucionalidade com a mesma liberdade com que poderá utilizar o veto com base no interesse público. [...] A indagação que subsiste diz respeito à possibilidade de que se pudesse judicializar a questão constitucional, tendo em vista a aferição da legitimidade ou não do fundamento invocado. Em um sistema de rígida vinculação à Constituição, parece plausível admitir, pelo menos, que a maioria que garantiu a aprovação da lei deveria ter a possibilidade de instaurar tal controvérsia. Quanto ao instrumento processual adequado, deve-se mencionar que o Supremo Tribunal Federal tem admitido a utilização do mandado de segurança em situações típicas de conflito entre órgãos”. MENDES, Gilmar. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. *Revista de Informação legislativa*. Brasília, a. 34, n. 134, abr./jun. 1997, p. 14. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/220>>. Acesso em 21 nov 2016.

¹⁹⁶ LEAL, Saul Tourinho. A Nova Face da Jurisdição Constitucional Brasileira. In: FELLETT, André Luiz Fernandes, et al. (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 436

¹⁹⁷ DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade. In: FELLETT, André Luiz Fernandes, et al. (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 468.

Quando o Congresso Nacional tenta contornar as decisões do STF com a aprovação de emendas constitucionais ou leis, especialmente com a intenção de assegurar efeitos jurídicos diferentes do que foi decidido, a prática é chamada de “correção legislativa da jurisprudência”.¹⁹⁸ Num primeiro momento, essa reação das Casas Legislativas parece uma afronta à autoridade do Supremo, contudo ela é responsável pela abertura do diálogo institucional.¹⁹⁹

A simples afirmação de que a Corte tem a *última palavra* retira a importância dos outros Poderes na efetivação das normas constitucionais, ignorando que eles não são meros tomadores de decisões políticas, mas que também executam papéis centrais na proteção da democracia e na obediência aos direitos fundamentais.²⁰⁰

Peter Häberle reconhece a importância do processo político na interpretação constitucional, afirmando que:

O processo político não é um processo liberto da Constituição; ele formula pontos de vistas, provoca e impulsiona desenvolvimentos que, depois, se revelam importantes da perspectiva constitucional, quando, por exemplo, o juiz constitucional reconhece que é missão do legislador, no âmbito das alternativas compatíveis com a Constituição, atuar desta ou daquela forma. O legislador cria uma parte da esfera pública (*öffentlichkeit*) e da realidade da Constituição, ele coloca acentos para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais. Ele atua como elemento precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional. Ele interpreta a Constituição, de modo a possibilitar eventual revisão, por exemplo, na concretização da vinculação social da propriedade. Mesmo as decisões em conformidade com a Constituição são constitucionalmente relevantes e suscitam, a médio e longo prazo, novos desenvolvimentos da realidade e da publicidade

¹⁹⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 261.

¹⁹⁹ Há autores que, entretanto, criticam a corrente doutrinária que preconiza a substituição da supremacia judicial (ou parlamentar) por teorias dialógicas, dizendo que elas são excessivamente otimistas por pressuporem cooperação entre os Poderes. Jane Reis explica que “É certo, porém, que a tese dos diálogos tem a virtude de desmistificar o papel do Judiciário, eliminando a fantasia de sua preeminência sobre os outros Poderes. Ela destaca que as soluções constitucionais são construídas, e não verdades absolutas de que os juízes seriam porta-vozes. E ela também coloca em evidência que a autoridade do Judiciário não é ilimitada, que o respeito às suas decisões depende de um equilíbrio de forças por vezes alcançado após sucessivos atritos e rearranjos.” E complementa: “A metáfora dos diálogos, contudo, tem que ser conciliada com a noção de que, em determinados cenários, alguém terá que ter a responsabilidade de dar a última palavra, ainda que como solução de curto ou médio prazo. Há contextos em que se estabelece um conflito entre a necessidade de uma solução ótima e a de uma solução rápida dotada de definitividade.” REIS, Jane. *O Supremo não é oráculo*. Entrevista concedida ao site Os Constitucionalistas em mai/2013. Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/jane-reis-o-supremo-nao-e-oraculo>>. Acesso em 4 out 2016.

²⁰⁰ MENDES, Conrado Hübner. *Direito fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutorado em Ciência Política. Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2008, p. 10-11. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf>. Acesso em 4 out 2016.

(Öffentlichkeit) da Constituição. Muitas vezes, essas concretizações passam a integrar o próprio conteúdo da Constituição.²⁰¹

O papel do Judiciário não deve ser idealizado, como vem ocorrendo em boa parte da doutrina, porque ele não tem “a responsabilidade de salvar a democracia dos perigos da política”. Muito pelo contrário, ele deve ser igualmente vigiado para que não atue fora das suas capacidades institucionais, pois vale para todos os Poderes a afirmação de que: “aquele que atua além dos limites constitucionalmente estabelecidos contraria a Constituição e abandona o papel de seu guardião”.²⁰²

Quanto mais aberto o diálogo constitucional, mais integrado ele será da realidade e mais legítima será a interpretação dada à Constituição. Ademais, a história mostra que todo o poder de fiscalizar a aplicação do Direito não deve recair sobre um único órgão, e que é preferível a coexistência de vários fiscais da Constituição, com controles recíprocos.²⁰³ Essa interlocução entre as instituições tem o potencial de enriquecer a qualidade argumentativa da democracia.²⁰⁴

Resta, portanto, uma grande preocupação com os limites de atuação do Judiciário,²⁰⁵ porquanto a declaração de inconstitucionalidade tem características de ativismo judicial quando proferidas com base em preceitos constitucionais ou em princípios não-escritos; e aplicação

²⁰¹ HÄERBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 27.

²⁰² DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes, et al. (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 462.

²⁰³ A ideia do diálogo ataca a imagem de único guardião da Constituição. “Uma decisão de controle de constitucionalidade, portanto, não impede que uma comunidade democrática continue a se mover e reforme decisões que não a agradem.[...] a interação é um fato, não uma escolha ou possibilidade. Não decorre da manifestação de vontade de um poder ou de algum dispositivo institucional específico, mas é consequência necessária da separação de poderes. [...] Uma teoria do diálogo precisa combinar a abordagem da separação dos poderes com alguma teoria sobre a decisão, tanto para cortes quanto para parlamentos. Diálogo nasce da conjugação de um desenho institucional e de uma cultura política. O desenho institucional cria incentivos para tipos diferentes de interação”. MENDES, Conrado Hübner. *Direito fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutorado em Ciência Política. Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2008, p. 157-158. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf>. Acesso em 4 out 2016.

²⁰⁴ É a posição defendida pelas teorias do diálogo institucional, que Conrado Mendes expôs de maneira bem clara no seguinte trecho: “Basicamente, essas teorias defendem que não deve haver competição ou conflito pela última palavra, mas um diálogo permanente e cooperativo entre instituições que, por meio de suas singulares expertises e contextos decisórios, são parceiros na busca do melhor significado constitucional. Assim, não haveria prioridade, hierarquia ou verticalidade entre instituições lutando pelo monopólio decisório sobre direitos fundamentais. Haveria, ao contrário, uma cadeia de contribuições horizontais que ajudariam a refinar, com a passagem do tempo, boas respostas para questões coletivas. Separação de poderes, nesse sentido, envolveria circularidade e complementaridade infinitas.” Ibid., p. 15.

²⁰⁵ DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gasparetto. Op. cit., p. 466.

direta de preceitos constitucionais com baixíssima densidade.²⁰⁶ Como exemplo, pode-se arrolar os julgamentos dos casos de vedação ao nepotismo e do casamento homoafetivo, e também as decisões judiciais envolvendo a concessão de benefício de prestação continuada fora dos parâmetros legais, sem preocupação com o financiamento do sistema de seguridade social, que gerou uma seletividade judicial de beneficiários de políticas públicas.

Nesse sentido, nasceu a corrente doutrinária que defende a autocontenção moderada do Poder Judiciário, tentando conciliar a imprescindibilidade da justiça constitucional com alguma forma de limitar e racionalizar a sua atuação. Ela adota uma concepção do papel do Judiciário que restringe a sua intervenção em matérias politicamente controvertidas para que os derrotados não o tomem como palco de suas discussões políticas.

Essa nos parece a postura mais acertada para o Judiciário, tendo por certo que a autocontenção, com observância de limites para a atuação judicial, não é o mesmo que adotar uma postura “passivista”, mas trata-se da opção moderada entre os extremos do ativismo e do passivismo.²⁰⁷

Feitas as anotações terminológicas, conceituais e as considerações teóricas indispensáveis para se propor um debate sobre limites ao controle de políticas públicas pelo Poder judiciário, podemos avançar para a segunda parte da pesquisa, que se propõe a sugerir uma lista de limites a serem observados pelos magistrados na apreciação de ações sobre políticas públicas.

²⁰⁶ FARIAS, Daniel Rocha de. *Ativismo judicial, judicialização de políticas públicas e judicial review no Brasil: Análise crítica da supremacia do judiciário e da quimera dialógica*. Brasília:, UniCEUB, 2016. Dissertação (Mestrado), Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas, Centro universitário de Brasília, Brasília, 2016.

²⁰⁷ DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade*. In: FELLETT, André Luiz Fernandes, et al. (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 469.

Capítulo 2

2. Os limites para o controle judicial de políticas públicas

Mauro Cappelletti diz que a obra “Juízes, legisladores?” pode ser lida como uma “defesa da expansão da criatividade judiciária nas sociedades modernas”, e complementa dizendo que “defesa” deve ser entendida como “a investigação e a análise objetiva das razões que justificam na nossa época, e na verdade impõem, este grande movimento de acentuação do papel dos juízes”. Conforme o autor, muitas questões devem ser sopesadas na análise do dinamismo judiciário antes de se afirmar que os magistrados estão lançando “o próprio peso sobre o prato da balança”.²⁰⁸

Mas se ele entende que certo grau de criatividade é inerente à toda atividade de interpretação, isso não se confunde com “a afirmação de total liberdade do intérprete”. Portanto, Cappelletti propõe algumas balizas à atividade do juiz, quais sejam: os limites substanciais, os limites processuais e as limitações presumidas. Os primeiros seriam variáveis dentro de cada realidade social, cultural e política, como “precedentes judiciários, opiniões de juriconsultos, ordenanças de monarcas, decisões de assembleias, leis de parlamentos, códigos, etc. etc.”.²⁰⁹ Interpretar, assim como traduzir, não se limita apenas a símbolos linguísticos, mas também envolve a percepção da cultura:

[...] o significado não se encontra para sempre depositado no texto à espera de que um leitor adequado o decifre de maneira correta. O significado de um texto somente se delinea, e se cria, a partir de um ato de interpretação, sempre provisória e temporariamente, com base na ideologia, nos padrões estéticos, éticos e morais, nas circunstâncias históricas e na psicologia que constituem a comunidade sociocultural [...] em que é lido.²¹⁰

Já os limites processuais são as características essenciais que diferenciam o processo jurisdicional daqueles de natureza política ou administrativa e que constituem a sua própria natureza, como os princípios do contraditório e da ampla defesa, da independência do juiz, a regra de que o juiz não age de ofício, dentre outras. E as limitações presumidas seriam as “debilidades ou enfermidades práticas” da criação judiciária: a) a natureza casuística e

²⁰⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2ª ed., 1999, p. 112 e 113.

²⁰⁹ Ibid., p. 23 e 24.

²¹⁰ CARVALHO, Evandro Menezes de. Diplomacia e multilinguismo no direito internacional. *Revista Brasileira de Política Internacional*, nº 49, p. 178-195, 2006.

descontínua do direito judiciário, que permite uma certa flexibilidade na interpretação do caso concreto e na aplicação dos precedentes; b) o fato de normalmente se atribuir eficácia retroativa às decisões judiciais, mesmo que criativas, ou seja, a aplicação de um novo entendimento a fatos ocorridos anteriormente;²¹¹ c) limite institucional da magistratura para legislar, até por não contar com os instrumentos necessários para obter conhecimentos que vão muito além da seara jurídica;²¹² d) o caráter não-majoritário (antidemocrático) da criatividade jurisdicional.

Assim, a atividade jurisdicional deve se pautar por parâmetros para que não seja ilegítima ou abusiva. Pensando no fenômeno do ativismo judicial, há alguns limites que visam contê-lo, como a própria capacidade institucional do Judiciário; o equilíbrio entre o atendimento do mínimo existencial e a reserva do possível; a vinculação aos precedentes; o ônus argumentativo e os limites impostos pelo sistema jurídico. Esta lista (não exaustiva) será tratada a seguir e ao final do capítulo constam algumas ponderações sobre a abertura do Poder Judiciário à participação colaborativa da sociedade como forma de legitimar decisões de grande conteúdo moral e com grau de inovação na seara jurídica.

2.1. A observância da capacidade institucional do Poder Judiciário

Este subcapítulo cuida da apresentação do primeiro limite a ser observado pelo Poder Judiciário no controle de políticas públicas, que diz respeito a sua capacidade institucional. Conforme observou Roberto Barroso ao analisar a intervenção em políticas de saúde:

²¹¹ “A criatividade jurisprudencial tendo, portanto, efeito retroativo, fica em conflito com os valores da certeza e da previsibilidade; e enquanto tal, é também iníqua, pois colhe a parte de surpresa. Também a esse propósito, no entanto, são muito fortes os argumentos que o juiz criativo pode aduzir em sua defesa. Embora exista aqui um déficit no plano da certeza e da previsibilidade, existe por sua vez no direito jurisprudencial um benefício potencial, justamente pela possibilidade de se dar maior peso à equidade e à justiça do caso concreto”. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2ª ed., 1999, p. 85.

²¹² “Ao que se compreende como uma virada institucional, o problema da legitimidade constitucional não se resume mais e apenas à dimensão normativo-interpretativa, pautada em critérios de teorias sobre interpretação, deliberação e decisão de uma Corte Constitucional. É preciso, hoje, conceber que o desempenho da atividade institucional, como um todo, representa a possibilidade de configuração e de realização de um sistema de eficácia de direitos fundamentais e, conseqüentemente, garantir um novo patamar para a compreensão da legitimidade constitucional”. ALMEIDA, Maira. RANGEL, Henrique. *Os efeitos sistêmicos na teoria institucional*. Artigo produzido no âmbito do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições (LETACI), vinculado à Faculdade Nacional e ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=540393ae7f8b7a7f>>. Acesso em 3 out 2016.

Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui.²¹³

A interpretação legal pela magistratura tem que ser pensada à luz das capacidades institucionais e dos efeitos sistêmicos das suas decisões. Sunstein e Vermeule advertem que há um sério problema com as visões contemporâneas sobre a interpretação no Direito. Geralmente as questões são discutidas em um alto nível de abstração, perguntando-se sobre a natureza da interpretação ou fazendo longos discursos sobre democracia, legitimidade, autoridade e constitucionalismo; mas sem enfrentar os papéis institucionais dos vários atores envolvidos. Por exemplo, as agências reguladoras possuem maior capacidade para prever se uma decisão vai desestabilizar o setor regulado de maneira danosa do que um magistrado, por isso elas teriam uma maior flexibilidade na interpretação das normas sobre o tema.²¹⁴

Ou seja, saber quem deve decidir não é uma questão de hermenêutica constitucional, mas de desenho institucional; “boas técnicas de interpretação constitucional não resolvem qualquer objeção democrática a qualquer instituição, não indicam quem deve decidir”.²¹⁵

²¹³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista da OAB*, 2008, p. 16. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 26 jul 2015.

²¹⁴ “In many ways the question of constitutional law is harder, simply because people disagree so sharply about what constitutes a good outcome. Ironically, however, constitutional law has already witnessed a significant if partial institutional turn: Many people emphasize that any approach to the Constitution must take account of the institutional strengths and weaknesses of the judiciary. Even here, however, we have seen that influential voices in constitutional law argue in favor of interpretive strategies in a way that is inadequately attuned to the issue of institutional capacities. Those who emphasize philosophical arguments, or the idea of holistic or intratextual interpretations, seem to us to have given far too little attention to institutional questions. Here as elsewhere, our minimal submission is that a claim about appropriate interpretation is incomplete if it does not pay attention to considerations of administrability, judicial capacities, and systemic effects in addition to the usual imposing claims about legitimacy and constitutional authority.” SUNSTEIN, Cass R. VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. John M. Olin Program in Law na Economics Working Paper n° 156, 2002, p. 2. Disponível em <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1279&context=law_and_economics>. Acesso em 3 out 2016. Exemplo: o INSS também está em melhor posição para avaliar os impactos da mudança da interpretação de normas sobre os benefícios previdenciários e sobre o benefício de prestação continuada do que as cortes judiciais, porque ele possui expertise para prever consequências desestruturantes do ciclo da política pública. Por isso, serão apresentadas algumas considerações sobre a importância do diálogo institucional a seguir.

²¹⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Direito fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutorado em Ciência Política. Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2008, p. 6. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf>. Acesso em 4 out 2016.

Quando a lei é interpretada com foco institucional ela aproxima o plano jurídico-normativo do plano da realidade social, permitindo uma visão mais satisfatória do caso.²¹⁶

A questão é que, da mesma forma que não pode haver arbítrio no exercício de competências administrativas e legislativas em um Estado de Direito, o Judiciário também tem que ter alguns parâmetros de atuação. E se não ocorrer a autolimitação da magistratura na apreciação de demandas sobre políticas, as decisões “extravagantes” continuarão a gerar efeitos danosos em diversos segmentos da sociedade, mesmo que elas sejam tomadas em processos individuais, impactando a prestação de serviços públicos e gerando prejuízo à organização da Administração.

Neste ponto, é relevante a observação que Carlos Alexandre Campos faz sobre a *deferência* que o Judiciário deve ter em relação aos outros poderes enquanto um “valor político de um governo democrático e de poderes separados”. É a ideia de autorrestrição como “exigência da própria ideia de estrutura de divisão de poderes constitucionalmente estabelecida”, que deve ser adotada quando os tribunais têm motivos para acreditar que outros atores estão mais preparados para decidir sobre determinado tema.²¹⁷

A capacidade institucional diz com a prioridade para a opção técnica da administração, ou seja, “as opções técnicas do administrador e do legislador devem ter prioridade em relação à proposta pelo demandante”. Se, por exemplo, “o Estado oferece procedimento médico para determinada patologia, não há, em regra, como o Judiciário determinar que arque com os custos de outro procedimento desenvolvido para a mesma patologia, por ter sido o prescrito pelo médico privado”. Deve-se dar prioridade para a solução técnica apresentada pela Administração Pública, pois, “nada obstante o Judiciário tenha meios para qualificar tecnicamente suas decisões, a Administração dispõe *de capacidades institucionais* mais apropriadas.”²¹⁸

²¹⁶ Sunstein e Vermeule criticam as teorias da interpretação de autores clássicos como Bentham, Blackstone, H.L.A. Hart, Henry Hart e Albert Sacks, Dworking, Eskridge, Manning e Richard Posner, dizendo que elas são incompletas porque tendem a proceder como se a única questão importante diante da norma fosse *como devo interpretar o texto? Ou como um bom magistrado interpretaria o texto?*. E quando eles tratam de papéis institucionais, trabalham com uma imagem idealizada das capacidades judiciais. Assim, tais teorias têm negligenciado os discursos sobre questões institucionais, que lhes daria uma visão bem mais ampla sobre os problemas da interpretação.

²¹⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 180 -182.

²¹⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel (orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 541.

Ela também é um meio de proteger a integridade do Tribunal quando evita-se tomar decisões que favoreçam o avanço de litigância a ponto de não permitir que as cortes funcionem dentro de padrões normais de efetividade. Nesta seara, a proposta do *minimalismo judicial* é de que as decisões sejam restritas e resolvam um caso de cada vez, sem generalizações, para que possam preservar a flexibilidade decisória e o espaço de deliberação democrática sobre o mérito das causas, reduzindo, assim, o risco de erros judiciais.²¹⁹ Os juízes que possuem tendências minimalistas são menos ambiciosos em suas decisões, eles tentam limitar sua fundamentação naquilo que é estreitamente necessário, sem correr o risco de firmar entendimentos prematuros sobre questões controversas, e procuram não se aprofundar nos debates teóricos mais do que o necessário, evitando a argumentação de cunho político.²²⁰

Prevalece na corrente minimalista a ideia de que não é papel do juiz a efetivação de direitos sociais, porque a sua implementação gera custos financeiros e repercutem na organização global das políticas públicas. O instrumento de decisão mais apropriado para a alocação dos recursos limitados seria o orçamento, como ato parlamentar realizado por representantes eleitos pelo povo. Assim, “a atuação do Judiciário nessa seara só poderia ser realizada em situações limite, especialmente quando estivesse em questão a garantia do mínimo existencial”.²²¹

Assim, o minimalismo decisório torna mais fácil a decisão colegiada em casos polêmicos porque pode deixar questões mais difíceis em aberto (decidindo somente aquilo que é imprescindível para resolver o caso concreto). A decisão mais circunscrita à lide diminui os riscos de se adentrar em debates e questões políticas, econômicas ou sociais com efeitos sistêmicos imprevisíveis.²²²

Mas, ao mesmo tempo que tais decisões evitam adentrar em questões políticas, elas podem resolver as lides concedendo direitos sem ter uma visão do impacto que várias ações individuais podem ter. Se vários magistrados concedem pedidos liminares de concessão do BPC

²¹⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 180,189-190.

²²⁰ SUNSTEIN, Cass. *Testing minimalism: a reply*. Michigan Law Review, v. 104, n. 1, 2005, p. 123.

²²¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos sociais, Estado de Direito e desigualdade: reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. *Revista Quaestio Iuris*, v. 8, n. 3, p. 2080-2114, Rio de Janeiro, 2015, P. 2101.

²²² SILVA, Alexandre Garrido da. *O Supremo Tribunal Federal e a leitura política da Constituição: entre o perfeccionismo e o minimalismo*. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/alexandre_garrido_da_silva.pdf>. Acesso em 5 out 2016.

a pessoas fora dos limites protetivos da lei (que não atendam ao critério de miserabilidade), ainda que não adentrem nas discussões teóricas sobre o tema, as suas decisões causarão um impacto desestruturante no ciclo da política pública. Decisões casuísticas que deferem benefícios sem considerar o impacto macro, decorrentes da microjustiça são tão danosos ao sistema quanto as decisões que se propõem a discutir os fundamentos das políticas públicas.

No Brasil, a atuação do Poder Judiciário tem cada vez mais se afastado da proposta minimalista. Com a evolução das funções do Estado para a garantia do bem-estar dos cidadãos²²³, os magistrados, além de averiguarem a regularidade formal das políticas públicas, em algumas oportunidades examinam também a sua conveniência e oportunidade, julgando o próprio mérito da alocação dos recursos públicos. Nesse contexto, o Judiciário passou a atuar seguindo preceitos da Constituição e incluindo análises constitucionais em suas decisões sobre matérias administrativas, verificando a compatibilidade das decisões políticas com os fins constitucionais.

Nos casos que envolvem direitos prestacionais, como o BPC, a atuação dos juízes com tendências maximalistas também tem sido problemática em razão de dois fatores: a) a ausência de critérios para a solução de problemas envolvendo direitos sociais prestacionais; e b) a pouca interlocução e cooperação entre os órgãos do Judiciário e os gestores das políticas públicas. No campo doutrinário existe um movimento em direção a uma leitura mais restritiva da exigibilidade dos direitos sociais que se apoiam em oposições à judicialização de tais direitos (especialmente em matéria de saúde e fornecimento de medicamentos).²²⁴

A doutrina problematiza estas questões com base na qualificação dos direitos como sendo fundamentais e na capacidade do Poder Judiciário de determinar sua implementação com base na Constituição. Ela diferencia a atuação nos casos de descumprimento de política pública já formulada (cuja intervenção judicial apenas determinaria a sua efetivação); dos casos em que

²²³ “Ressalte-se que, nos últimos anos, está em curso uma redefinição do papel do Estado, a qual pretende reduzir significativamente sua atuação direta como promotor de serviços em favor de uma atuação regulatória. De forma geral, pode-se dizer que a transição do Estado de Bem-Estar para o denominado Estado Regulador não invalida as considerações acima expendidas. Afinal, no Brasil, os direitos sociais, decorrentes do modelo de bem-estar e da incorporação do conceito de justiça no Direito, continuam figurando como paradigmas, inclusive constitucionais, da atuação estatal. Ou seja, embora haja tendências de atuação regulatória – essencialmente procedimental – a existência dos já referidos direitos constitucionalmente positivados acaba por impelir a prestações típicas de um modelo intervencionista.” ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Roque. *O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário: Algumas Considerações*. Disponível em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2054152.PDF> acesso em 15/07/2015, p. 5.

²²⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos sociais, Estado de Direito e desigualdade: reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. *Revista Quaestio Iuris*, v. 8, n. 3, p. 2080-2114, Rio de Janeiro, 2015, p. 2085.

há omissão das instâncias majoritárias na formulação de políticas públicas (cuja judicialização sofre maiores críticas). E, no caso de omissão dos outros Poderes, ainda pode haver distinção entre: a) a política pública que assegura o núcleo rígido dos direitos fundamentais ou o mínimo existencial; e b) a política pública que concretiza direitos sociais para além do mínimo, que depende de escolhas alocativas e de deliberação das instâncias majoritárias.

Nesse sentido, cabe ao Legislativo votar a lei, observando valores e fins constitucionais, e os magistrados, por sua vez, devem respeitar as deliberações das Casas Legislativas, não decidindo conforme suas preferências. Eles “só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição”²²⁵ e em causas que necessitem de conhecimentos técnicos, devem ser prestigiadas as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade.²²⁶

Muitos juristas nacionais reconhecem a falta de capacidade institucional, formação e suporte técnico dos operadores do Direito e do Judiciário para lidar com demandas versando sobre políticas públicas, como Susana Costa para quem:

[...] a formação jurídica nas faculdades e universidades brasileiras não ensina os bacharéis a tratarem de demandas complexas e que trazem ponderações que vão muito além da simples subsunção do fato à norma. E são os advogados, promotores e juízes formados por esses currículos tradicionais que acabam sendo incumbidos de trazer à apreciação e decidir causas que dependem de formação diferenciada e interdisciplinar. Por esses motivos, muitas vezes questões importantes, como a universalização dos direitos sociais (medicamentos, vagas em escola, transporte etc.), são esquecidas diante de uma demanda individual formulada nos moldes liberais de “Caio X Tício”. É difícil para os operadores do Direito lidar com a ponderação própria do administrador de que, quando se trata de políticas públicas, todas as escolhas implicam consequências favoráveis a uns e desfavoráveis a outros. Ao se deslocar determinada verba pública para uma área ou indivíduo, outra certamente ficará descoberta.²²⁷

A atuação judicial fora das suas capacidades institucionais compromete a liberdade política de alocação orçamentária, afeta a previsibilidade do planejamento das despesas e reduz a liberdade de ação do Poder Executivo na gestão dos recursos financeiros. Portanto, quando

²²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista da OAB*, 2008, p. 12. Disponível em < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> >. Acesso em 26 jul 2015.

²²⁶ Exemplos: nos casos de demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, os estudos técnicos devem ser considerados e a avaliação da capacidade institucional deve ser cuidadosamente sopesada.

²²⁷ COSTA, Susana Henriques da. *Controle judicial de políticas públicas: relatório nacional*. Civil Procedure Review, v. 4, 2013. Disponível em <http://www.civilprocedurereview.com/index.php?option=com_content&view=article&id=317%3Acontrole-judicial-de-politicas-publicas-relatorio-nacional-brasil1&catid=73%3Apdf-national-reports-to-i-congress&Itemid=102&lang=en>. Acesso em 14 jun 2016.

juízes apreciam casos que podem repercutir nas políticas públicas, eles não podem se esquecer do “princípio da margem de ação do legislador, considerando a circunstância de que a administração pública implementa programas e projetos de agentes democraticamente eleitos”.²²⁸

Mesmo autores alinhados com a corrente doutrinária do neoconstitucionalismo, defendem que, apesar de o Poder Judiciário ter capacidade institucional para se manifestar contra atos dos outros Poderes que contrariem dispositivos constitucionais e legais, ele deve se limitar quando a complexidade técnica do caso exigir conhecimentos muito especializados. Nesse sentido, o Roberto Barroso comenta que:

Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico. Formalmente, os membros do Poder Judiciário sempre conservarão a sua competência para o pronunciamento definitivo. Mas em situações como as descritas, normalmente deverão eles prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade. Em questões como demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que tenha havido estudos técnicos e científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa.²²⁹

Para Eduardo Appio²³⁰, nos casos em que já exista um programa social implementado pelo governo, a partir da interpretação de um dever constitucional, ou em que já exista um programa social previsto em lei, o Poder Judiciário poderá intervir de forma positiva para assegurar a proteção da isonomia constitucional. Os magistrados não podem criar serviços sociais inexistentes, mas podem decidir sobre as formas como os direitos previstos nas leis editadas pelo Poder Legislativo devem ser interpretados a partir do texto legal.

Acreditamos que a intervenção do Judiciário para sanar uma omissão legislativa ou invalidar uma lei inconstitucional deve ser a exceção (e não a regra) para que a sua atuação seja a *favor* da democracia.

²²⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos sociais, Estado de Direito e desigualdade: reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. *Revista Quaestio Iuris*, v. 8, n. 3, p. 2080-2114, Rio de Janeiro, 2015, p. 2105.

²²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista da OAB*, 2008, p. 16. Disponível em < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> >. Acesso em 26 jul 2015.

²³⁰ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. 1ª ed (ano 2005). Curitiba: Juruá, 2012, p. 169.

No caso do BPC, por exemplo, a própria Constituição Federal diz que os critérios para concessão seriam previstos em lei, por isso a norma do parágrafo 3º do artigo 20 foi incluída na LOAS e passou anos em vigor (fixando o critério da renda *per capita* menor que ¼ de salário mínimo); tendo sido declarada constitucional no julgamento da ADI nº 1.232 em 1998. Contudo, depois de 15 anos, a Corte Suprema mudou a jurisprudência sem avaliar o impacto da decisão sobre o orçamento público e sobre outras políticas públicas, além de não abrir o diálogo com outros Poderes.

O debate ganhou mais importância porque se trata da avaliação judicial de política pública que visa “precipualemente garantir um padrão de vida adequado a toda a população”.²³¹ Por isso ela deve obedecer alguns limites relativos à própria capacidade institucional do Poder Judiciário, a observância aos precedentes jurisprudenciais, e à fundamentação adequada das decisões.

E nestes casos em que o legislador e o administrador tiverem feito ponderações e opções corretas à luz das colisões de direitos e princípios, o Judiciário deverá ser deferente às decisões dos outros Poderes.²³² Isso porque, “não há dúvida de que definir quanto se deve gastar de recursos públicos, com que finalidade, em que e como, são decisões próprias da esfera de deliberação democrática, e não do magistrado”.²³³

Ainda há outro problema na atuação política realizada por agentes não-eleitos: o fato deles não poderem ser responsabilizados politicamente por suas decisões. Thiago Pires ressalta que, “ao contrário do que ocorre com o Legislativo, os ministros do Supremo Tribunal Federal não podem ser substituídos pelo eleitorado quando interpretam mal a Constituição”.²³⁴ Por isso,

²³¹ ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Roque. *O Controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário: algumas considerações*, p. 6. Disponível em <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2054152.PDF>>. Acesso em 15/07/2015.

²³² BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, 2008, p. 12. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em 2 nov 2016.

²³³ “A própria Constituição o reconhece ao dispor sobre as competências do Executivo e do Legislativo no que diz respeito à elaboração do orçamento, a sua execução e controle. Assim, é certo, a invasão dessa seara pelo Direito poderia produzir um desequilíbrio equivocado, que sufocaria o funcionamento regular e o desenvolvimento da democracia. Nada obstante, há três outras assertivas, que também são certas, e que devem ser consideradas nesse mesmo contexto.” BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 119.

²³⁴ PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. In: FELLETT, André Luiz Fernandes, et al. (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivim, 2013, p. 47.

ao buscar suprir as lacunas deixadas pelo sistema representativo, o Judiciário apenas contribui para a ampliação da própria crise de autoridade na democracia, porquanto está legislando sem ser submetido a controles de natureza democrática.

Não há um efetivo controle das atividades do Judiciário, especialmente do STF, pois tanto a Constituição quanto a práxis jurídica visaram proteger a sua independência, tendo em vista os grandes abusos cometidos em épocas anteriores (no caso do Brasil, a Ditadura Militar). Com o olhar sobre a democracia norte-americana, John Hart Ely observou a dificuldade de se controlar a atividade da Suprema Corte e registrou que:

Os controles formais sobre a Corte sempre tiveram pouca consequência. O controle do Congresso sobre o orçamento dos tribunais federais – note-se, no entanto, que a Constituição o proíbe de reduzir os salários dos juízes – mostrou-se um instrumento grosseiro demais para ter eficácia real. O país precisa de tribunais federais funcionais e competentes, e todos sabemos disso. Apesar da exigência de dois terços, o impeachment poderia ter-se tornado um modo eficaz de controle. No entanto, também em virtude de nossa fidelidade à ideia de um Judiciário independente, isso não aconteceu, e hoje ele é interpretado como uma arma reservada para os casos mais difíceis. (Não é mais fácil impedir um juiz da Suprema Corte do que impedir um Presidente [...]).²³⁵

Ele acrescentou a afirmação de, apesar de os juízes estarem à margem do sistema governamental e não precisarem se preocupar com a permanência no cargo, “isso não lhes dá um canal de acesso especial aos valores genuínos do povo norte-americano: na verdade, pelo contrário, praticamente assegura que não terão esse acesso”.²³⁶ Eles geralmente pertencem a uma classe social (mais alta) e possuem valores que são muitas vezes diferentes da maioria do povo.

A teoria desenvolvida por Hart Ely propõe que o controle de constitucionalidade só possa ocorrer para análise de questões de representação legislativa, ou seja, sobre o próprio processo representativo, e não sobre o mérito das decisões políticas. Isso não significa que em casos teratológicos, de grande dano moral, o Judiciário fique impedido de se manifestar contra a lei.²³⁷ Mas o que se sugere é que o receio de leis hipotéticas que não seriam mais aprovadas (como foi o caso das leis durante o período nazista ou mesmo durante o período de escravatura) definam como deve funcionar o sistema jurídico atual, desvirtuando a essência da democracia.

²³⁵ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança – uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010; p. 60-61.

²³⁶ *Ibid.*, p. 137.

²³⁷ Até porque nesses casos graves, a população deve combater a atividade nociva da maneira mais eficaz que puder, com todas as suas forças.

Ademais, a própria constituição apresenta mecanismos para a troca (periódica, como nas eleições; e excepcionais, como no impeachment) de representantes do povo.²³⁸

A partir da concepção de democracia deliberativa, a intervenção judicial no processo político só é justificada na medida em que está apta a provocar o desenvolvimento da deliberação pública quando a intervenção tem por objetivo atenuar as deficiências do processo político (o que Fabrício Resende chama de pontos cegos e ônus da inércia). Mas as limitações institucionais do Judiciário recomendam que ele seja moderado nesse exercício, justificando sua intervenção na seara política; ou seja a dificuldade contramajoritária passa a ser compreendida como um permanente ônus argumentativo.²³⁹

Essa moderação poderia ser promovida pela estipulação de *standards* de judicialização e de deferência aos demais poderes pelo Judiciário. Para Luís Roberto Barroso, por exemplo, o judiciário só deve intervir quando um direito fundamental estiver sendo descumprido, especialmente quando violado o direito ao mínimo existencial do indivíduo.²⁴⁰ A maioria da doutrina e também o STF entendem que o controle judicial de políticas públicas tem a função essencial de defender os direitos fundamentais e de proteger a própria democracia.

Mas, então, o Judiciário poderia intervir em qualquer caso que envolvesse direitos fundamentais? Esse *standard* é tão elástico que poderia colocar toda e qualquer política pública sob o crivo dos tribunais. Por isso, é necessário distinguir as políticas públicas segundo a natureza dos direitos fundamentais envolvidos. Felipe Fonte organizou bem o tema na obra

²³⁸ Por isso Hart Ely diz que “Na verdade, se deixássemos que nosso direito constitucional fosse definido por leis hipotéticas que jamais serão aprovadas, ele se deformaria inevitavelmente: o direito constitucional existe para aquelas situações em que o governo representativo se torna suspeito, não para aquelas em que sabemos que ele é digno de confiança.” ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança – uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 246.

²³⁹ RESENDE, Fabrício Contato Lopes. O papel do Poder Judiciário no controle da implementação de políticas públicas no Brasil: a política assistencial do artigo 20 da Lei nº 8.742/93. São Paulo: F.C. L. Resende, 2010, p. 104. Conrado Mendes também anotou que “Democracias constitucionais clamam legitimidade com base na justificação por trás das decisões coletivas, e especialmente por trás das decisões referentes a direitos, que requerem um tipo mais elaborado de argumentação moral. Direitos ocupam um lugar decisivo na moralidade política subjacente ao modo como a legitimidade democrática é pensada.” MENDES, Conrado Hübner. *Direito fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutorado em Ciência Política. Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2008, p. 44. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf>. Acesso em 4 out 2016.

²⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista da OAB*, 2008, p. 16. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 26 jul 2015.

Políticas públicas e direitos fundamentais e sugeriu que hajam diferentes regimes de controle de acordo com a finalidade da política.²⁴¹

Primeiramente, o autor distinguiu as políticas públicas conforme a sua essencialidade: a) políticas públicas constitucionais essenciais (dizem com o adimplemento concreto do mínimo existencial, relacionadas com a área nuclear dos princípios fundamentais); b) as não essenciais. Esta segunda categoria abrange aquelas destinadas à concretização do espaço não nuclear dos princípios fundamentais, a intervenção judicial nestes casos deve ser excepcional e deve-se dar com deferência à atuação dos poderes Executivo e Legislativo cuja atuação é discricionária.²⁴²

A primeira categoria, das políticas essenciais, diz respeito à construção teórica do *mínimo existencial*, fundada na filosofia kantiana de valorização do ser humano como um fim em si mesmo. A LOAS usa o termo *mínimos sociais* no seu primeiro artigo, para se referir àquilo que o Estado deve prover para garantir o atendimento das necessidades básicas dos cidadãos.²⁴³ Tais termos se referem aos *direitos constitucionais mínimos* que também integram o conceito de cidadania e que não pode ser objeto de restrição pelo Estado. Eles exigem, pelo contrário, prestações positivas por parte dele. Trata-se do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal) que é o principal valor a ser protegido.

Este tema será novamente abordado no item seguinte, mas por enquanto importa a influência desta categoria jurídica na fixação de standards para a legitimidade do controle judicial de políticas públicas. Com este propósito, Felipe Fonte fez uma análise que distingue o que é o mínimo existencial *in abstracto* e o mínimo existencial *in concreto*. Em abstracto, ele pode se apresentar como:

²⁴¹ FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais – Elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 208.

²⁴² Também existem as políticas públicas derivadas do direito infraconstitucional. Nestes casos “a existência da lei exonera o magistrado do elevado ônus argumentativo necessário para que as prestações sejam extraídas daquela forma”, basta a aplicação da norma. FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais – Elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 230.

²⁴³ Assim prevê o artigo 1º da LOAS: “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”. E no artigo 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”. ([Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011](#))

- a) o mínimo de prestações necessárias para a manutenção da vida, que estaria ligado ao mínimo vital cientificamente auferível. Ele diz respeito, por exemplo, à alimentação²⁴⁴ e à prestação de serviços de saúde necessárias para a sobrevivência. Assim, seria possível falar que o Estado deve ter uma política pública de fornecimento de alimentos *in natura* gratuito ou subsidiado. Entretanto, quanto à saúde, já revelou-se impossível a garantia *individual* do mínimo necessário para garantia da vida, porque há casos que extrapolam gastos e o orçamento público não teria como atender todos os cidadãos;
- b) o mínimo existencial como o direito de não ser submetido a tratamento desumano ou degradante, e que compreende a integridade psicofísica do indivíduo. Entra nesta categoria o amparo aos indigentes, pois cuida de existência digna, direito à saúde, e das garantias cíveis e criminais;
- c) o direito à educação básica entra no terceiro conjunto de prestações relacionadas ao mínimo existencial. Ele se fundamenta no direito à liberdade e igualdade e se propõe a oferecer um *ponto de partida*²⁴⁵ similar todas as pessoas e à formação da sua personalidade e do conceito que o próprio indivíduo faz de si mesmo. Também garante a democracia na medida em que fornece aos cidadãos o mínimo de conhecimento para que possa refletir criticamente sobre política e cidadania. Nesta categoria estão as políticas públicas de erradicação do analfabetismo, da universalização do acesso à escola e a melhoria da qualidade do ensino;²⁴⁶
- d) o acesso à justiça (artigo 5º, XXXV e LXXIV, da CF) trata dos meios para que os indivíduos possam exigir os seus direitos prestacionais mínimos. Ele combina o esforço individual (certo nível educacional para ser capaz de reconhecer a violação a um direito) com esforços do Estado (assistência judiciária gratuita, juizados especiais, juizados itinerantes, etc.).²⁴⁷

²⁴⁴ O autor toma como parâmetro a dieta diária mínima da Organização Mundial de Saúde – OMS também encontrados no guia alimentar do Ministério da Saúde, disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2014/novembro/05/Guia-Alimentar-para-a-pop-brasiliera-Miolo-PDF-Internet.pdf>>. Acesso em 22 nov 2016.

²⁴⁵ Conceito extraído da obra de John Rawls e presente em outras concepções de justiça no sentido de que cabe à sociedade igualar os pontos de partida para que todos tenham condições equivalentes de buscar o seu conceito de felicidade (que seria o ponto de chegada). Mais sobre o tema em: RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

²⁴⁶ FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais – Elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 221.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 222.

Já o mínimo existencial em concreto possui parâmetros para o reconhecimento dos limites em seu viés prestacional, assim: a) ele deve corresponder a prestações que sejam passíveis de universalização, e aqui entra a discussão de que os direitos fundamentais não podem ser objeto de uma corrida judicial na qual os primeiros que ajuizarem ações individuais terão direito ao bem jurídico protegido (exemplo disso são as filas para conseguir o agendamento de uma cirurgia médica ou um leito em Unidades de Tratamento Intensivo); e b) ele deve ter sua extensão balizada pelo nível de tributação da sociedade, o seu conceito deve passar pela análise da tributação global da sociedade. Sem recursos, os direitos não passam de promessas, por isso devem ser razoáveis e adequados. Esta visão do mínimo existencial nega a sua exigibilidade absoluta e propõe que haja a delimitação a “patamares compatíveis com os recursos financeiros do Estado”.²⁴⁸ Nos casos objeto deste estudo (vide Capítulo 3), verifica-se que o STF não fez essa análise de compatibilidade durante os julgamentos.

A partir daí, podem ser fixados *standards* de judicialização das políticas. Para as políticas públicas constitucionais essenciais, os parâmetros seriam: a) o princípio da proibição da proteção deficitária, e b) o princípio da vedação ao retrocesso.

Quanto ao primeiro parâmetro, a proibição da proteção deficitária permite o controle da suficiência e adequação das políticas públicas essenciais. O princípio foi explicitamente reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, como no julgamento do Habeas Corpus nº 104.410, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que “os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*)”.²⁴⁹ O Ministro Celso de Mello, no julgamento dos Embargos Declaratórios no Agravo de Instrumento nº 598.212 afirmou que é possível a intervenção judicial porque “o Poder Público também desrespeita a Constituição, [...] e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental”.²⁵⁰

²⁴⁸ FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais – Elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 227.

²⁴⁹ STF, Segunda Turma, Habeas Corpus nº 104.410/RS, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ nº 62 de 7 mar 2012.

²⁵⁰ STF, Segunda Turma, Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento nº 598.212/PR, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 25 mar 2014. Confira-se o trecho completo: “É lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, se e quando se registrar situação configuradora de inescusável omissão estatal, que se qualifica como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental”.

Então, o Judiciário poderia intervir quando há omissão do Poder Executivo ou uma insuficiência na proteção dos direitos fundamentais (dever estatal primário de proteção de direitos por meio de previsões legais e ações administrativas efetivas).²⁵¹

Se pegarmos o exemplo do benefício de prestação continuada (BPC), poderíamos considerar a sua proteção deficitária? Como veremos adiante, se compararmos os parâmetros internacionais de pobreza e miséria, o critério da LOAS está dentro do padrão aceitável. Considerando a sociedade brasileira como um todo, parece que também está dentro dos limites constitucionais. Isso não quer dizer que o critério não possa (e deva!) melhorar para garantir uma renda mensal para mais pessoas em condições de miséria e pobreza.²⁵² Mas o caso não se adequa ao parâmetro de atuação do Poder Judiciário, porque a Administração implementou a política de assistência social. A alteração, neste caso, deveria ter se dado pela via do Legislativo, o que entendemos que ainda deve ser feito, uma vez que as decisões do STF não fixaram novos critérios objetivos de concessão do benefício.

Sobre o tema, é esclarecedora a seguinte observação de Felipe Fonte:

Por definição, a proibição da insuficiência exige que o Poder Judiciário defina patamares de efetividade para os direitos fundamentais, os quais servirão como paradigmas para a atuação dos demais poderes. Esta fixação, contudo, é sempre excepcional. O controle de suficiência em matéria de políticas públicas não é, em regra, uma opção judicial, e somente será possível quando se tratar das políticas essenciais. Além disso, em momento algum poderá ser olvidada a necessidade de autocontenção por parte dos juízes, exigindo-lhes que ajam com parcimônia ao cominar obrigações para a Administração Pública.²⁵³

Quanto ao segundo parâmetro, o princípio da vedação ao retrocesso, ele também tem sido utilizado pelo Supremo Tribunal Federal como medida para a intervenção em políticas públicas. No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 581.352, o Ministro Celso de Mello afirmou que:

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto na hipótese – de todo inócua na espécie – em

²⁵¹ FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais – Elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 234.

²⁵² Os conceitos de miséria e pobreza serão abordados no Capítulo 3.

²⁵³ *Ibid.*, p. 239.

que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.²⁵⁴

A proibição do retrocesso resulta do princípio da maximização da eficácia de (todas) as normas de direitos fundamentais, uma vez que a Constituição impõe “a proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra a atuação do poder de reforma constitucional, mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais”, que estariam “incumbidos de um dever permanente de desenvolvimento e concretização eficiente dos direitos fundamentais” e não podem “suprimir pura e simplesmente ou restringir de modo a invadir o núcleo essencial do direito fundamental”.²⁵⁵

Luís Roberto Barroso assevera que a vedação do retrocesso exige do Judiciário a “invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente”. Ou seja, “a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar”.²⁵⁶

Na década de 1990, quando do primeiro julgamento sobre a constitucionalidade do critério de miserabilidade do benefício de prestação continuada, os Ministros do Supremo Tribunal Federal ficaram receosos quanto à declaração de inconstitucionalidade. Entenderam que a norma constitucional carecia de regulamentação e deixá-la sem um critério objetivo faria com que o direito não pudesse ser concedido a novos beneficiários. Assim, só poderiam ser concedidos novos benefícios depois de entrar em vigor uma outra lei que fixasse novos critérios.

Mas, nos julgamentos que efetivamente declararam a inconstitucionalidade, em 2013, a nova composição da Corte Suprema entendeu que a norma poderia ser declarada inconstitucional sem redução do texto para permitir que outros critérios (subjetivos!) fossem usados na avaliação do estado de penúria do autor. Na verdade, a atuação judicial suprimiu a regra objetiva, o que seria mais próximo de uma violação ao princípio da vedação ao retrocesso do que a existência do critério anterior.

²⁵⁴ STF, Segunda Turma, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 581.352/AM, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 29 out 2013.

²⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais, uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 457.

²⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Intepretação e aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 379.

Esses foram os parâmetros propostos por Felipe Fonte para o controle das políticas públicas constitucionais essenciais. Para as outras políticas, os parâmetros de controle são relativos a três princípios: isonomia, eficiência e transparência. Todos os três estão consagrados no *caput* do artigo 37 da Constituição, que trata da Administração Pública.²⁵⁷ O princípio da isonomia é aplicado como parâmetro nas fases do efetivo gasto público pela Administração, onde pode ocorrer o favorecimento de indivíduos ou grupos em detrimento de outros. Nestes casos, o Poder Judiciário passa a ter legitimidade para averiguar se o poder discricionário foi exercido em conformidade com o princípio da isonomia.

O princípio da eficiência, corolário do dever de boa administração, também deve reger toda a atuação da Administração Pública, como observou Ana Paula Barcellos, as políticas públicas têm de cooperar com uma eficiência mínima para a concretização das metas determinadas pela Constituição; “caso contrário, não apenas se estará fraudando as disposições constitucionais, como também desperdiçando recursos públicos que, como já se sublinhou, são sempre escassos em face das necessidades existentes”.²⁵⁸

O orçamento é uma importante fonte de informações para a avaliação da eficiência da Administração, porque com os dados de planejamento poderá ser verificado o atingimento das metas e o total dos gastos públicos empreendidos.²⁵⁹ Neste exame ainda deve ser observado o subprincípio da economicidade, que determina que o resultado mais eficaz seja atingido com menos recursos ou com os recursos disponíveis.

Por último, o princípio da transparência (intimamente ligado à garantia do acesso à informação) também pode legitimar o controle judicial de políticas públicas. Além da previsão no artigo 37, *caput*, este princípio também está previsto no artigo 5º, XIV e XXXIII, da Constituição de 1988. Ele decorre do próprio conceito de um Estado Democrático de Direito,

²⁵⁷ Este é o texto do *caput* do artigo 37: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”. Mas a sua aplicação, por óbvio, não está limitada às políticas públicas não essenciais, devendo ser utilizados como parâmetro para qualquer política pública, mas naquelas de caráter essencial o controle deve ser bem mais intenso. FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais – Elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 253.

²⁵⁸ BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo* n. 240, 2005, p. 98. Disponível em <<http://docplayer.com.br/23177168-Neoconstitucionalismo-direitos-fundamentais-e-controle-das-politicas-publicas.html>>. Acesso em 22 nov 2016.

²⁵⁹ FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais – Elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 263.

permitido o acesso a informações e a participação na gestão da coisa pública.²⁶⁰ Refletindo sobre o tema Ana Paula Barcellos anota que “é correto afirmar que há determinados conteúdos mínimos inerentes à ideia de democracia que estarão presentes em qualquer concepção ou teoria acerca do assunto” e que “um desses conteúdos mínimos é, sem dúvida, a noção de controle social”.²⁶¹ E Vanice Valle aduz que:

Nesse sentido, o direito fundamental à boa administração estará a exigir, para alcançar sua plena potencialidade em favor da sociedade, uma abertura de informações, um confiança recíproca entre Estado planejador e sociedade, que se traduzirá na explicitação das políticas públicas, e na abertura intelectual para debate-las à exaustão, de molde a extrair de cada qual o máximo de aprendizado.²⁶²

Se o critério de miserabilidade para concessão do BPC previsto na LOAS fosse analisado com base nestes três princípios (isonomia, eficiência e transparência), seria aferível o tratamento isonômico por meio do emprego de parâmetros objetivos fixados em lei, também seria verificável que o INSS concedia o benefício de acordo com os requisitos legais e poderia ser estimado o valor necessário à manutenção da política pública em questão.

Depois que o STF declarou inconstitucional o critério objetivo, permitindo que os juízes analisem caso a caso o preenchimento do requisito de “miserabilidade”, sem ao menos discutir o conceito de miséria, será muito difícil se manter um atendimento *isonômico* em todo o território nacional (por conta dos entendimentos divergentes entre os tribunais sobre quais seriam os melhores parâmetros para definição da situação de penúria). A *eficiência* da política também foi colocada em risco, uma vez que a concessão judicial de benefícios pode extrapolar previsões orçamentárias e inviabilizar o cumprimento das metas fixadas para a implementação da política; e em relação à *transparência*, ficou relegada a cada juiz decidir, como lhe aprouver, sobre o preenchimento ou não dos requisitos pelos autores de ações individuais (nos casos em que o INSS negar administrativamente o BPC).

Examinando os standards propostos pela doutrina, não encontramos fundamentos que legitimem o controle judicial no caso do benefício de prestação continuada. E, por isso, se confirma que os limites da capacidade institucional foram ultrapassados pelo STF.

²⁶⁰ JÚNIOR, Wallace Paiva Martins. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 17.

²⁶¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação. *Revista de Direito do Estado-RDE*, ano 3, n. 12, Out/dez 2008. Também disponível em: <<http://www.bfbm.com.br/shared/download/artigo-um-debate-para-o-neoconstitucionalismo.pdf>>. Acesso em 22 nov 2016.

²⁶² VALLE, Vanice Lírio do. Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno. *Interesse público*, ano 10, n. 48, mar/abr 2008, Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 105.

Em conclusão, é de se registrar que a interpretação legal ou constitucional não pode se desvincular do texto base, mas deve sempre ser compatível com a amplitude de sentidos projetada pelo texto da lei. No caso da interpretação constitucional, Elival Ramos lembra que muitas das regras constitucionais aceitam que o legislador promova a sua expansão normativa mediante a veiculação de normas infraconstitucionais “que, rigorosamente, não concretizam aquelas normas superiores e sim agregam algo ao seu conteúdo, do que resulta uma relativa autonomia da regulação legislativa no tocante àquela existente em nível constitucional”.²⁶³

São os casos em que é necessária a intervenção legislativa para o desdobramento de princípios constitucionais.²⁶⁴ Cuidam-se de normas integrativas de comandos constitucionais; normas cujo conteúdo se funde com o estatuído em preceitos constitucionais para compor uma “disciplina unitária acerca da matéria regradada; e de normas de desdobramento de princípios e regras constitucionais, que expandem a disciplina por eles imposta, mantendo, contudo, certa autonomia regulatória”, ainda que haja “um vínculo entre ambos os segmentos normativos (constitucional e ordinário)”.²⁶⁵

Tais normas constitucionais são classificadas pela doutrina clássica como “normas de eficácia limitada ou *not self-executing*”, porque só incidem efetivamente sobre o objeto de sua regulamentação após a vigência de uma norma ulterior que lhes confira eficácia.²⁶⁶ O que leva à conclusão de que, na atividade judicante, o magistrado deve ter duplo cuidado ao interpretar uma lei que complemente uma norma constitucional de eficácia limitada, uma vez que, pela vontade da própria Carta Magna, a competência para regulá-la é conferida ao Poder Legislativo.²⁶⁷

²⁶³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 188.

²⁶⁴ “No que concerne ao desdobramento infraconstitucional de normas-regra os riscos de extrapolações ativistas são consideravelmente menores em face do maior grau de precisão e determinabilidade dos comandos constitucionais. Todavia, a ampla projeção sistêmica das normas princípio, mormente as de porte constitucional, pode vir a se converter em elemento de propulsão ao ativismo judiciário, que restará configurado se as normas de desdobramento resultarem de decisões judiciais e não de atos formalmente legislativos, como de rigor.” RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 190.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 185.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 185.

²⁶⁷ De se registrar que autores como Inocêncio Coelho entendem que a interpretação das leis pode ter um marcante caráter criativo por se tratar da “derradeira fase do processo legislativo” e que as instâncias judiciais funcionam “como terceira câmara dos parlamentos, não só porque as legislaturas e os tribunais são corpos criadores do direito que atuam em cooperação, mas também porque toda lei precisa de consistência judicial.” COELHO, Inocêncio Mártires. Indeterminação do direito e segurança jurídica. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*. Belo Horizonte, ano 9, n. 31, p. 867-892, jan./abr. 2015, p. 882.

2.2. A difícil equação entre o mínimo existencial e a reserva do possível

O mínimo existencial diz respeito às condições mínimas de existência humana digna e, apesar de não ter uma previsão constitucional própria, ele pode ser auferido de princípios constitucionais como o da liberdade, da igualdade, da livre iniciativa, do devido processo legal, do Estado Democrático etc. Ele abrange qualquer direito que seja considerado essencial e inalienável, de modo a garantir que tais direitos sejam *pro forma*, mas que realmente protejam os homens no mínimo necessário para que tenham uma vida digna e para que o processo democrático se mantenha.²⁶⁸

Quando se trata de direito sociais, Robert Alexy entende que há um padrão mínimo a ser garantido pelo Estado e que, apesar de que a *definição de quais direitos fundamentais compõem o mínimo* ser uma questão de sopesamento entre princípios, ele propõe um modelo geral que seria o seguinte:

Uma posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser vista como definitivamente garantida se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração.²⁶⁹

Esse modelo de sopesamento apresenta as condições necessárias para a efetivação dos direitos fundamentais mínimos, ou seja, do mínimo existencial. Esse direito garante que a pessoa tenha a possibilidade de sobrevivência e possua as condições iniciais para o exercício

²⁶⁸ No direito internacional ainda não existe um conceito claro de mínimo existencial, como observa Cançado Trindade: “É significativo que já se comece hoje a considerar o que constituiria um *núcleo fundamental* de direitos econômicos, sociais e culturais. Há os que, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, argumentam que tal núcleo seria constituído pelos direitos ao trabalho, à saúde e à educação. Em recentes reuniões internacionais de peritos também se tem referido, como possíveis componentes daquele núcleo, aos chamados “direitos de subsistência” (e.g., direito à alimentação, direito à moradia, direito aos cuidados médicos e direito à educação). Os debates apenas têm início, e certamente se prolongarão no decorrer dos próximos anos neste início do novo século”. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 493.

²⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 448-449.

da liberdade.²⁷⁰ Mesmo numa visão liberal, essas condições mínimas devem estar presentes para que o homem possa buscar o seu projeto de felicidade. É um direito inerente à pessoa humana, constitui um direito subjetivo do cidadão e é dotado de historicidade, abraçando contornos conforme a realidade.

Trata-se de um direito pré-constitucional, que possui validade *erga omnis* e funciona como uma condicionante da ordem jurídica. Em outras palavras, não há Estado de Direito sem o mínimo existencial. Ele pode surgir da intersecção de interesses fundamentais com direitos políticos, econômicos e sociais (exemplo: direito à alimentação, saúde e educação dizem respeito ao mínimo sem o qual o homem não vive dignamente) e não se trata de um princípio, mas de uma regra jurídica que coincide com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.²⁷¹

A aferição do mínimo existencial na Constituição Federal de 1988 também pode feita nas várias imunidades previstas no seu texto, como a gratuidade de certidões e de petição aos poderes públicos, a assistência judiciária gratuita e a não exigência de taxas judiciárias, imunidades para entidades filantrópicas, instituições de assistência social, etc. E também há proteções positivas decorrentes do mínimo existencial, como os auxílios em casos de calamidades públicas e os programas de assistência à população carente, como o benefício de prestação continuada (BPC).²⁷²

As discussões que serão apresentadas no próximo capítulo sobre o BPC estão no limite do mínimo existencial porque se trata de um auxílio para pessoas que não conseguem suprir suas necessidades mais elementares. Todavia, é de se registrar que o objetivo da política não é

²⁷⁰ “O mínimo existencial exibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade *erga omnes*, aproximando-se do conceito e das consequências do estado de necessidade; não se esgota no elenco do art. 5º da Constituição nem em catálogo preexistente, é dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto social.” TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo* 177, jul/set, Rio de Janeiro, 1989, p. 32-33.

²⁷¹ Há autores que estendem, e até confundem, o conceito de mínimo existencial com o princípio da dignidade da pessoa humana: “Neste contexto, cumpre registrar que o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações não se deverá restringir às hipóteses nas quais a própria vida humana estiver correndo o risco de ser sacrificada, inobstante seja este o exemplo a ser referido. O princípio da dignidade da pessoa humana assume, no que diz com este aspecto, importante função demarcatória, podendo servir de parâmetro para avaliar qual o padrão mínimo em direitos sociais (mesmo como direitos subjetivos individuais) a ser reconhecido. Negar-se o acesso ao ensino fundamental obrigatório e gratuito (ainda mais em face da norma contida no artigo 208, § 1º, da CF, de acordo com o qual se cuida de direito público subjetivo) importa igualmente em grave violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que este implica para a pessoa humana a capacidade de compreensão do mundo e a liberdade (real) de autodeterminar-se e formatar a existência, o que certamente não será possível em se mantendo a pessoa sob o véu da ignorância.” SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 312-313.

²⁷² TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo* 177, jul/set, Rio de Janeiro, 1989, p. 35-36.

eliminar a pobreza e a estratificação social do país, e sim garantir meios de sobrevivência para a pessoa idosa ou portadora de deficiência, tema de grande relevância política e social. O debate judicial foi travado sobre a inconstitucionalidade da norma que prevê o critério de miserabilidade, ou seja, sobre o critério do mínimo aceitável para a existência digna da pessoa.

Não se deve confundir o mínimo existencial com a pobreza, uma vez que esta está relacionada com as causas de redistribuição de renda e classes sociais.²⁷³ Também não é de se confundir o mínimo existencial com os direitos sociais, visto que estes dizem respeito à situação econômica do país e são dependentes da reserva do possível e da conformidade da autorização orçamentária.

O debate sobre a relação entre mínimo existencial e reserva do possível na aplicação de direitos fundamentais sociais é complexo. A doutrina diverge, mas prevalece a corrente que sustenta que a teoria da reserva do possível aplica-se somente a discussões quanto “à realização de direitos sociais que extrapolem o conceito de mínimo vital e que não estejam incorporadas por normas constitucionais atributivas de direitos públicos a seus destinatários”.²⁷⁴ Então, a dificuldade se apresenta na definição do que é o núcleo rígido dos direitos que formam o mínimo existencial e quais direitos estariam fora do conceito. Não são, por exemplo, todos os direitos sociais que compõe esse núcleo, e isso tem que ser levado em conta nas análises de casos concretos, lembrando que “o Direito e a judicialização das demandas por serviços públicos não podem, sozinhos, resolver a questão da desigualdade social e da irracionalidade dos gastos públicos”.²⁷⁵

Luís Fernando Sgarbossa afirma que o mínimo existencial desempenha um papel análogo ao desempenhado pela reserva do possível, mas em sentido oposto. Se, por um lado, a reserva do possível concebe um limite máximo ou teto para o Estado Social, excluindo “pretensões exageradas e irrazoáveis”, por outro lado, “o mínimo existencial desempenha o papel de um patamar mínimo ou piso para o Estado Social, excluindo a omissão estatal que comprometa a existência digna da pessoa”.²⁷⁶

²⁷³ Os conceitos de pobreza e miséria serão tratados com mais profundidade no próximo capítulo.

²⁷⁴ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 29.

²⁷⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos sociais, Estado de Direito e desigualdade: reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. *Revista Quaestio Iuris*, v. 8, n. 3, p. 2080-2114, Rio de Janeiro, 2015, p. 2083.

²⁷⁶ SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos: reserva do possível*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2010, p. 311-312.

A categoria argumentativa da reserva do possível foi concebida pela Corte Constitucional alemã no julgamento realizado em 18 de julho de 1972, no qual foi proferida a decisão BVerfGE 33, 303. No caso, discutia-se sobre o direito de acesso aos cursos superiores de medicina nas universidades de Hamburgo e da Baviera nos anos de 1969 e 1970, que tiveram suas admissões limitadas por insuficiência na capacidade de ensino.²⁷⁷

O Tribunal Constitucional Federal Alemão analisou a alegação de violação ao artigo 12, I, da Lei fundamental alemã que dispõe que “todos os alemães têm o direito de livremente escolher profissão, local de trabalho e de formação profissional. O exercício profissional pode ser regulamentado por lei ou com base em lei”. A Corte entendeu que o acesso poderia ser restringido sob o fundamento de que os benefícios estatais “se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade”. E acrescentou que:

Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade.²⁷⁸

Quando a “reserva do possível” é incluída na argumentação jurídica, ela revela o senso de responsabilidade que os magistrados devem ter ao apreciar causas que tragam impacto direto ou indireto no direito de outras pessoas, como nos diversos setores da sociedade. Deve ser avaliada a situação fática, política, econômica e os impactos que a decisão causará para a sociedade como um todo, pois a importância das finanças públicas no adimplemento de outros direitos não pode ser negligenciada. O Judiciário não deve proferir decisões que coloquem em risco o equilíbrio orçamentário em detrimento da garantia do atendimento de outros direitos de igual calibre, comprometendo, assim outras políticas e programas. Como escreveu Canotilho, muitos fatores devem ser levados em conta quando se interpreta uma norma:

Consideram-se pressupostos de direitos fundamentais a multiplicidade de fatores – capacidade econômica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento econômico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa – que condicionam, de forma positiva ou negativa, a existência e proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais. Estes pressupostos são pressupostos de todos os direitos fundamentais.²⁷⁹

²⁷⁷ SCHWABE, Jürgen e MARTINS, Leonardo. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, pp. 661-663. Disponível em <<http://pdfsr.com/pdf/cinquenta-anos-de-jurisprudencia-do-tribunal-constitucional-federal-alem-o>> . Acesso em 04 jan 2016.

²⁷⁸ Ibid., p. 664.

²⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 473

No Brasil, a escassez impede, por exemplo, a completa observância do artigo 7º, IV, da Constituição, segundo o qual o salário mínimo percebido pelo trabalhador deve ser suficiente para custear “*suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.*”²⁸⁰

Na jurisprudência pátria a reserva do possível é entendida como uma presunção absoluta de que não há recursos para se custear prestações individuais pelo Estado, retirando qualquer índice de eficácia desses direitos. Ela geralmente ganha dois argumentos que a classificam, respectivamente, como “reserva do possível jurídica”, que defende a legalidade orçamentária; e a “reserva do possível fática” que cuida da ausência de recursos nos cofres públicos. O primeiro argumento, tem sido resolvido com a ponderação de princípios, enquanto o segundo deve ser acolhido quando há comprovação empírica da falta de recursos.²⁸¹ Cláudio Souza Neto lembra que o STF já afirmou que “a cláusula da reserva do possível - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais”.²⁸² Mas se não há condições materiais concretas, a decisão judicial está condenada à inefetividade.

É um problema de executoriedade, pois “se a norma constitucional está inserida no âmbito da fundamentalidade, o Estado deve provar que está faticamente impossibilitado de cumpri-la” e “se a norma não está compreendida nessa esfera, sua concretização deve ocorrer de acordo com a disciplina legislativa ou administrativa, ainda que o Estado disponha de recursos suficientes para prover a prestação”. Assim, a constatação da insuficiência dos recursos públicos deve avaliar não só o caso concreto, mas também outros casos análogos. Não é só por envolver gastos governamentais que Judiciário é impedido de atuar na esfera social, e a

²⁸⁰ Ver: ADI-MC 1.458/DF, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, DJ 20.09.1996 – sobre a constitucionalidade do salário mínimo.

²⁸¹ Sobre as considerações (jurídica e fática) feitas sobre a reserva do possível, o autor anota: “ A primeira delas compreende o acolhimento do princípio da destinação da maior quantidade possível de recursos ao adimplemento de direitos fundamentais prestacionais [...] A segunda diz respeito à adoção da teoria das parcelas equitativas de Ronald Dworkin. O filósofo do direito conclui que os direitos prestacionais exigíveis do Estado devem ter a extensão que as pessoas lhe atribuiriam caso fossem chamadas, por hipótese, a celebrar um seguro capaz de cobrir aquele risco. [...] Transpondo esta teoria para o plano prático, o prêmio equivale à noção de tributo, ao passo que a cobertura do risco é exatamente aquilo que cabe ao Estado fornecer. Enunciado de forma direta, o parâmetro pode ser assim traduzido: o reconhecimento de direitos prestacionais em face do Estado deve ser equilibrado de modo razoável com aquilo que é vertido na forma de tributos.” FONTE, Felipe de Melo. Políticas públicas e direitos fundamentais – Elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 340.

²⁸² Ver: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, DJ de 4 mai 2004.

discussão não se resume à exigibilidade dos direitos sociais, mas o desafio é fixar os parâmetros adequados de sua concretização.²⁸³

Existe um limite razoável daquilo que o indivíduo pode exigir da sociedade e compete ao legislador equilibrar o interesse da coletividade com os pleitos por prestações, levando em consideração a escassez de recursos e a necessidade de autorização orçamentária. Parte da doutrina entende que o magistrado, ao apreciar demandas por prestações, deve interpretar a noção da reserva do possível e a ideia dos direitos fundamentais como normas que guardam comandos de otimização, “que exigem que o Estado os realize na melhor medida possível, considerando as condições fáticas (dadas pelas circunstâncias objetivas) e jurídicas (dadas pelo princípios antagônicos)”.²⁸⁴

O senso de responsabilidade do magistrado atua como limitador do princípio do livre convencimento judicial (art. 131/CPC), “norteados pelos padrões de justiça e pelos limites econômicos e políticos plasmados na Constituição, além de serem buscados, mediante um processo justo, com ampla participação e controle das partes”.²⁸⁵

Como exemplo, em julgamento de 2005, no qual se discutia o atendimento de crianças em creches e pré-escolas como um direito assegurado pelo texto constitucional, o STF reconheceu a excepcionalidade da atuação do Poder Judiciário na determinação de implantação de políticas públicas e afirmou que:

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.²⁸⁶

²⁸³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel (orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 526 e 527.

²⁸⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos sociais, Estado de Direito e desigualdade: reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. *Revista Quaestio Iuris*, v. 8, n. 3, p. 2080-2114, Rio de Janeiro, 2015, p. 2107. A autora aduz que: “a noção de reserva do possível, na minha percepção, é hermenêuticamente útil se compreendida como uma categoria que decorre logicamente da ideia de proporcionalidade como vedação da proteção insuficiente. Ela não pode ser compreendida como um conceito-coringa a ser invocado pelo Estado para alegar a impossibilidade de realizar um direito prestacional em qualquer circunstância, mas como um parâmetro orientado à análise daquilo que é razoável exigir do Estado” (p. 2018).

²⁸⁵ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. *Panóptica*, v. 2, n. 2, 2007, p. 12. Disponível em <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/download/59/64>>. Acesso em 2 mai 2016.

²⁸⁶ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715/SP, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, julgado em 22 de novembro de 2005.

Se a Administração investe em políticas sociais, o Judiciário deveria adotar uma postura de autocontenção, com uma intervenção mais moderada, porquanto “os governos que priorizam, no orçamento e em sua execução, a garantia de direitos sociais têm reforçada a presunção de constitucionalidade de suas opções orçamentárias.”²⁸⁷ Esse seria um padrão razoável de conduta, o que não quer dizer que a reserva do possível possa ser alegada pelo Estado em qualquer situação de demanda por prestação social e que deva implicar na manutenção da distribuição de recursos na forma dada. Significa que o magistrado deve ser cauteloso em determinar medidas alocativas de recurso porquanto pode estar desalocando de outros serviços importantes, além de desestruturar a política pública.²⁸⁸

No caso do BPC, por exemplo, a decisão do STF em declarar inconstitucional o critério de miserabilidade desestruturou a política de assistência social, pois não foi fixado um novo parâmetro para a concessão do benefício e tornou inócua a previsão orçamentária que havia sobre ele.

O princípio da reserva do possível está relacionado com o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis frente às infinitas necessidades a serem providas com a concretização de direitos, levando em conta que a sua implementação gera gastos orçamentários. Sobre as limitações orçamentárias, Ada Pellegrine Grinover sugere que:

O Judiciário, em face da insuficiência de recursos e de falta de previsão orçamentária, devidamente comprovadas, determinará ao Poder Público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública. E, como a lei orçamentária não é vinculante, permitindo a transposição de verbas, o Judiciário ainda deverá determinar, em caso do descumprimento do orçamento, a obrigação de fazer consistente na implementação de determinada política pública (a construção de uma escola ou de um hospital, por exemplo). Para tanto, o §5º do art. 461 do Código de Processo Civil servirá perfeitamente para atingir o objetivo final almejado. Desse modo, frequentemente a “reserva do possível” pode levar o Judiciário

²⁸⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel (orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 542 e 543.

²⁸⁸ “O papel do Poder Judiciário não é o de substituir o Poder Legislativo, não é o de transformar *discricionariedade legislativa* em *discricionariedade judicial*, mas o de dirimir conflitos nos termos da lei. Proferir sentenças aditivas sob o impacto da pressão dos fatos, mesmo que dos fatos sociais mais tristes, como a possibilidade da perda de uma vida ou de falta de recursos para a compra de remédios, não é papel do Judiciário. [...] Este não cria dinheiro, ele redistribui o dinheiro que possuía outras destinações estabelecidas pelo Legislativo e cumpridas pelo Executivo – é o *Limite do Orçamento* de que falam os economistas, ou a *Reserva do Possível* dos juristas. Ocorre que os recursos são escassos e as necessidades infinitas. Como o sistema financeiro é um sistema de vasos comunicantes, para se gastar de um lado precisa-se retirar dinheiro do outro. E aí será feito aquilo que no ditado popular se diz como *descobrir um santo para cobrir outro*”. SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 157.

à condenação da Administração a uma obrigação de fazer em duas etapas: primeiro, a inclusão no orçamento da verba necessária ao adimplemento da obrigação; e, em seguida à inclusão, à obrigação de aplicar a verba para o adimplemento da obrigação.²⁸⁹

Assim, parte da doutrina considera que o ativismo judicial é possível, mas “deve ser reservado à concretização das condições materiais mínimas de tutela da dignidade da pessoa humana”,²⁹⁰ que está ligada à ideia de mínimo existencial. O que traz à tona o problema da tutela dos direitos fundamentais sociais, pois eles não são propriamente direitos subjetivos (de conteúdo líquido e certo), nem ferramentas jurídicas de luta política, mas têm dado ensejo à atuação positiva do Judiciário quando tais direitos forem imprescindíveis à realização do valor constitucional da dignidade humana.²⁹¹ Sobre este tema, Eduardo Cambi ressaltou que:

Não se pode ignorar, todavia, que a tutela dos direitos sociais, diversamente dos direitos subjetivos de conteúdo líquido e certo, é limitada, de um lado, pelo que deve integrar o mínimo existencial e, de outro, pelas questões orçamentárias, rotuladas na expressão reserva do possível, que, por sua vez, como se viu, não pode ser um obstáculo intransponível à efetivação dos direitos fundamentais.²⁹²

Também é interessante o ponto de vista daqueles que entendem que a discussão sobre a falta de efetividade dos direitos fundamentais sociais é mais proveitosa quando se toma tais

²⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário: o processo – estudos e pareceres*, 3ª ed., São Paulo: DPJ Editora, 2009, p. 48.

²⁹⁰ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. Panóptica, v. 2, n. 2, 2007, p. 13. Disponível em <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/download/59/64>>. Acesso em 2 mai 2016. O STF reconheceu a impossibilidade de se opor a reserva do possível ao mínimo existencial: “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, emanção 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” (Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, ARE nº 639.337/ SP, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, DJ de 23 ago 2011)

²⁹¹ CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 13-15. Disponível em <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/download/59/64>>. Acesso em 2 mai 2016.

²⁹² Ibid., p. 13-15.

direitos como verdadeiros mandamentos de otimização, a serem realizados na maior medida possível. Havendo insuficiência de recursos, o Estado tem o dever de fundamentar porque os existentes, ainda que escassos, foram alocados em outras instâncias. O Estado tem que demonstrar a proporcionalidade de suas escolhas, caso contrário, o Poder Judiciário poderia intervir para garantir a eficácia da Constituição e exigir, no caso concreto, a prestação veiculada pelo direito fundamental social.²⁹³

Outro parâmetro para a atividade jurisdicional seria a *prioridade para a solução mais econômica*, ou seja, o Judiciário deve preferir a solução mais econômica dentre aquelas que são eficazes. Isso porque a escassez de recursos públicos cunha tal obrigação, inclusive para fins de universalização da medida. Se, por exemplo, o autor da ação solicita a entrega de medicamento fabricado por um determinado laboratório, quando há medicamento genérico, o Judiciário deve conceder a opção mais econômica. Ou, se há vaga na rede do Sistema Único de Saúde - SUS, o magistrado não deve determinar a internação de paciente em hospital privado. O administrador pode normalmente considerar outros critérios, estabelecendo padrões mais estritos e específicos de qualidade, contudo, o Judiciário deve priorizar o critério econômico.²⁹⁴

Todas as questões discutidas neste título estão relacionadas com o orçamento, por isso é importante lembrar que ele também é protegido e garantido pela Constituição Federal, especialmente no seu Título VI, que contém vinte e quatro artigos exclusivamente sobre tributação e orçamento. Deduz-se do texto constitucional que o orçamento, além da função política, também tem funções econômica e reguladora. A primeira delas, a política, é uma forma de controlar os limites de gastos do Poder Executivo (dentro da ideia de freios e contrapesos) e exige um diálogo entre os Poderes no planejamento, nas metas e diretrizes orçamentárias, bem como na contenção dos gastos públicos. Já a função econômica visa manter que o país tenha um orçamento equilibrado em relação às dívidas públicas, devendo ser objeto de análises multidisciplinares, tanto por juristas e economistas para que mantenha sua coerência com os princípios constitucionais e que mantenha certa previsibilidade dos efeitos econômicos que causará. E a função reguladora trata do equilíbrio entre a arrecadação tributária e as prestações do Estado, regulando também a relação entre os Poderes (como autorizar despesas com

²⁹³ LOPES, Davi Nogueira. Direitos sociais a uma prestação: a exigibilidade em função da proporcionalidade. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 29, n. 1: 63-100, jan./jun. 2013, p. 96.

²⁹⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel (orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 542.

prestações sociais, ao mesmo tempo de tem que aceitar a discricionariedade do Executivo na realização da atividade-fim).²⁹⁵

Orçamento é regido pelo princípio do planejamento, implicitamente previsto no artigo 165 da Constituição, onde são elencados os planejamentos orçamentários: o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual. Eles devem ser coerentes entre si e também com os demais princípios constitucionais, porquanto o orçamento regula tanto a atividade econômica, quanto as relações sociais por intermédio da atividade administrativa. Nisto estão incluídas as políticas públicas, como a Política de Assistência Social.

O planejamento orçamentário controla o Executivo no seu limite de gastos e, para que haja dinheiro em caixa, ele tem que realizar a receita prevista nos planos anuais e plurianuais. Assim, para que a Administração conceda benefícios de prestação continuada determinados pela Justiça (e fora do critério legal, portanto, fora das previsões orçamentárias), ela será obrigada a exceder os gastos estimados e desequilibrar o orçamento.

O comportamento reiterado do Judiciário em interferir nas políticas públicas afeta a consolidação de uma cultura orçamentária, que é um corolário da própria cultura constitucional. O orçamento foi constitucionalizado e a realização de despesas públicas passou a depender de autorização anual. Assim, princípios como o da anualidade, da capacidade contributiva e da boa administração passam a fazer parte do discurso constitucional e contribuem para a formação de uma cultura orçamentária. No Brasil, no entanto, ainda “não a vivenciamos com profundidade” e a atuação judicial determinando gastos excepcionais com prestações sociais contribui para o seu enfraquecimento.²⁹⁶

Tendo visto os principais limites para o controle jurisdicional de políticas públicas, resta a conclusão de que a prudência e a autocontenção devem conduzir o cumprimento dos valores escolhidos pela Assembleia Constituinte, dentre eles o princípio da soberania popular, “logo, essa atividade de criação do Direito pelos juízes deve sempre ter guarida na própria Constituição e com ciência desses limites intransponíveis”.²⁹⁷

²⁹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *O orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 43-50.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 25-28.

²⁹⁷ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Ativismo judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais? In: FELLET, André Luiz Fernandes, *et al.* (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 415.

2.3. O respeito aos limites substanciais e às exigências sistêmicas

Outros limites diretamente relacionados com o tópico anterior, são os limites substanciais e as exigências sistêmicas. Segundo Elival Ramos, os limites substanciais que devem ser observados pelos magistrados (no exercício de suas funções típicas) se referem à “atividade de interpretação e aplicação que constitui o seu cerne, a qual sempre considera o conjunto do ordenamento, seja para fixar o sentido das disposições que o integram, seja para estabelecer a adequada relação entre elas”. O texto normativo é “o ponto de partida do processo hermenêutico e o mais expressivo balizador da adequação de seus resultados”.²⁹⁸

O magistrado deve vincular a sua atividade ao texto-base para que “toda e qualquer interpretação constitucional seja compatível com a amplitude de sentidos projetada pelo texto da norma”.²⁹⁹ Em caso de textos normativos que contenham conceitos indeterminados, o limite do Poder Judiciário é fixado pelo dispositivo legal que regulamentou a norma (no caso da Constituição) ou pelo óbice da invasão na discricionariedade legislativa ou administrativa determinada no princípio da separação dos Poderes. Ou seja, se o caso abrange o cerceamento da atividade de outro Poder, haverá a interferência indevida na função correspondente à atividade cerceada, seja ela administrativa ou legislativa.

Assim, o ativismo judicial pode agredir o direito vigente sob dois prismas diversos, especialmente quando ocorrer em sede de controle de constitucionalidade: pode deformar a normatividade constitucional ou o direito infraconstitucional objeto de fiscalização. No último caso “mediante, por exemplo, a indevida declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de dispositivo legal ou de variante exegetica a partir dele construída”.³⁰⁰

Pode também ocorrer de existirem duas ou mais interpretações possíveis para um direito fundamental, todas com possibilidade de fundamentação constitucional consistente. Nestes casos, o julgador não pode fazer a opção por uma delas em detrimento daquela que foi optada

²⁹⁸RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 142 e 171.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 171.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 144-145.

pelo legislador. Nesses casos, deve ser prestigiada a capacidade conferida ao Poder Legislativo ou ao Poder Executivo, como afirma Paulo Gustavo Branco:

Quando atua dentro das fronteiras dessa margem de discricionariedade interpretativa não se abre ao julgador, por força da separação dos poderes e das exigências da democracia representativa num Estado democrático de Direito, desmerecer as opções feitas pelos poderes políticos representativos. Se o faz, a decisão pode ser materialmente comportável na Constituição, mas se desmerecerá por invadir o espaço próprio de outros poderes. Tem-se, dessa forma, um marco menos impreciso de classificação de decisões como indevidamente ativistas. Decerto que também será assim criticada a decisão que supra uma inação do Poder Legislativo que não configure uma omissão censurável, mas que responda a uma apreciação de oportunidade confiada pelo constituinte ao legislador.³⁰¹

O Poder Judiciário não pode “realizar políticas públicas, escolhendo as prioridades de governo ou, por exemplo, legislando de um modo genérico”, como afirma José Sampaio Jr., ele só pode interferir nas ações dos outros Poderes quando houver o claro desrespeito à Constituição, e “não se pode permitir ilações que conduzam ao toque meritório nas esferas de atribuições do Executivo e do Legislativo, ou seja, a oportunidade e conveniência para a confecção das leis e edição de atos normativos”.³⁰² O Judiciário não pode ser arbitrário e decidir sem qualquer parâmetro “pois a ideia de um poder absoluto e sem limites não encontra guarida em um sistema democrático como o nosso”.³⁰³

A ideia de sistema implica em duas características indissociáveis, quais sejam, a ordenação e a unidade.³⁰⁴ Como consequência, o exame das leis deve procurar a conexão orgânica entre as normas (que estão ligadas pelos princípios gerais do Direito):

³⁰¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – ativismo judicial. In: FELLETT, André Luiz Fernandes, *et al.* (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 401.

³⁰² SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Ativismo judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais? In: FELLETT, André Luiz Fernandes, *et al.* (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 413.

³⁰³ *Ibid.*, p. 414

³⁰⁴ Estas características do sistema foram apresentadas por Claus-Wilhelm Canaris, que afirma que “qualquer precisão sobre o significado da ‘ideia de sistema’ na Ciência do Direito sobre o correspondente conceito de sistema pressupõe, por isso, o esclarecimento da questão sobre se e até onde possui o Direito aquelas ordenação e unidade indispensáveis como fundamento do sistema”. Ele também aduz que: “A ordem interior e a unidade do Direito são bem mais do que pressupostos da metodologia; elas pertencem, antes, às mais fundamentais exigências ético-jurídicas e radicam, por fim, na própria ideia de Direito. Assim, a exigência de ‘ordem’ resulta diretamente do reconhecido postulado da justiça, de tratar o igual de modo igual e o diferente de modo diferente, de acordo com a medida da sua diferença: tanto o legislador como o juiz estão adstritos a retomar ‘consequentemente’ os valores encontrados, ‘pensando-os até o fim’, em todas as consequências singulares [...]”. E completa dizendo que: “A unidade garante que a ordem do Direito não se dispersa numa multiplicidade de valores singulares desconexos, antes se deixando reconduzir a critérios gerais relativamente pouco numerosos; e com isso fica também demonstrada a efetividade da segunda característica do conceito de sistema, a unidade.” CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro.

Mas, as exigências da percepção do Direito como um sistema axiologicamente orientado não importam apenas na necessidade do intérprete-aplicador atentar para a existência de normas principiológicas implícitas. Há que se ter em conta que as normas, institutos e conceitos jurídicos que os expressam não estão simplesmente justapostos no ordenamento, o que os princípios gerais e as normas-princípios já permitem entrever. Entre todas essas categorias há vínculos funcionais que a correta operação do sistema jurídico pressupõe.³⁰⁵

As exigências sistêmicas se referem ao sistema interno (fundado nos princípios implícitos e nexos funcionais das normas e institutos), estruturado de maneira dialética, que absorve as mutações históricas e funcionais da ordem jurídica.³⁰⁶ Estas mutações alteram a percepção e a própria interpretação das normas, tanto pelos magistrados, quanto pela sociedade em geral. Conceito este que se aproxima dos limites substanciais propostos por Cappelletti³⁰⁷, que se alteram de realidade para realidade, de sociedade para sociedade.

Sobre as mutações constitucionais, elas podem ser de duas espécies: a) mudanças da normatividade constitucional em face de alterações do texto constitucional (emendas constitucionais); ou b) alterações no sentido normativo da Constituição resultantes do processo de concretização constitucional. Esta última espécie de mutação pode igualmente se apresentar de duas formas distintas: mudanças decorrentes da interpretação constitucional; ou alterações

Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. Disponível em: <<http://docslide.com.br/documents/claus-wilhelm-canaris-pensamento-sistematico-e-conceito-de-sistema-na-ciencia-do-direito.html>>. Acesso em 3 dez 2016.

³⁰⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 181.

³⁰⁶ “As normas jurídicas, tal como foi continuamente referido, não estão desligadas umas das outras, mas estão numa conexão múltipla umas com as outras. Assim, por exemplo, as regras de que se compõe o Direito da compra e venda, o Direito locatício e o Direito hipotecário são partes sintonizadas de uma regulamentação a que subjazem determinados pontos de vista directivos. Por seu lado, tais regulamentações são regulamentações parciais de uma regulação mais ampla - por exemplo, do Direito dos contratos ou do Direito das garantias reais e ambas, por sua vez, do Direito privado. De acordo com isto, toda a interpretação de uma norma tem de tomar em consideração, como vimos, a cadeia de significado, o contexto e a sede sistemática da norma, a sua função no contexto da regulamentação em causa. Além disso, como vimos também, o ordenamento jurídico no seu conjunto, ou pelo menos grande parte dele, está subordinado a determinadas ideias jurídicas directivas, princípios ou pautas gerais de valoração, a alguns dos quais cabe hoje o escalão de Direito Constitucional.” LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, p. 621. Disponível em <<https://acasadospensadores.files.wordpress.com/2014/03/karl-larenz-metodologia-da-ciencia-do-direito.pdf>>. Acesso em 3 dez 2016.

³⁰⁷ “Mas também é verdade que existe, pelo menos, um baluarte extremo digamos uma fronteira do bom senso, que se impõe tanto no caso da interpretação do *case law*, quanto no do direito legislativo, ao menos porque também as palavras têm frequentemente um significado tão geralmente aceito que até o juiz mais criativo e sem preconceitos teria dificuldade de ignorá-lo. Por isso, deve ser firmemente precisado que os limites substanciais não são completamente privados de eficácia: criatividade jurisprudencial, mesmo em sua forma mais acentuada, não significa necessariamente ‘direito livre’, no sentido de direito arbitrariamente criado pelo juiz, do caso concreto. Em grau maior ou menor, esses limites substanciais vinculam o juiz, mesmo que nunca possam vinculá-lo de forma completa e absoluta.” CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2. ed., 1999, p. 25-26.

resultantes da prática política (independentemente de atividade hermenêutica) em face do texto constitucional.

Neste sentido, Carlos Alexandre Campos³⁰⁸ destaca que os tribunais padecem de falta de informação, de tempo e de expertise para identificar os comprometimentos da Constituição que devem ser interpretados para se ajustarem à realidade. E continua:

Legisladores, por outro lado, têm mais acesso às transformações da sociedade e, por isso, estão em melhor posição para avançar o entendimento de normas constitucionais de acordo com as circunstâncias sociais em mutação. A preocupação é, notadamente, com a escolha interpretativa que juízes fazem em condições de incerteza – enunciados normativos ambíguos, variáveis empíricas incertas e baixo acesso informacional. Nessas condições de incerteza, segundo Vermeule, as cortes devem adotar postura judicial modesta e sem ambição, e isso por que o legislador é a instituição mais capacitada para atualizar efeitos sistêmicos de suas decisões, as cortes devem agir com deferência aos legisladores nas hipóteses de lacunas ou ambiguidades da Constituição [...]. As cortes devem reservar atuação mais assertiva apenas para as hipóteses de aplicação das normas constitucionais claras e específicas.³⁰⁹

Relacionados às exigências sistêmicas, temos os riscos de efeitos sistêmicos³¹⁰ que são imprevisíveis e devem ser sopesados. O juiz normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso individual, todavia ele pode não dispor das informações e do conhecimento para avaliar os impactos de certas decisões sucessivas sobre determinado tema, ou mesmo de uma ação coletiva. Tais efeitos podem ter natureza jurídica, política ou administrativa, podem impactar o desempenho da própria instituição (dinâmica reflexiva) e as relações democráticas com os cidadãos (quanto às previsões legais e expectativas democráticas), além de dificultarem a realização de direitos básicos.

Os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, se atenuam na medida em que juízes e tribunais se atenam à aplicação da Constituição e das leis (representantes indiretos da vontade popular).³¹¹ E mais, ele também

³⁰⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 193.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 193.

³¹⁰ São os efeitos ou repercussões de naturezas jurídica, política ou administrativa, que impactam as próprias instituições e as relações democráticas com os cidadãos. Este conceito está contido no texto: SUNSTEIN, Cass R. VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. John M. Olin Program in Law na Economics Working Paper nº 156, 2002. Disponível em <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1279&context=law_and_economics>. Acesso em 3 out 2016.

³¹¹ Ainda que *se ater a uma Constituição* farta de termos vagos e gerais como a Brasileira possa significar uma ampla liberdade ao intérprete, entendemos que os limites dessa atuação também podem ser encontrados no seu texto. No caso do BPC, por exemplo, a CF diz que a lei regulará o modo como se dará a concessão do benefício. A LOAS cumpriu o seu papel de fixar os parâmetros da política pública, respeitando o ordenamento jurídico e

deve justificar a sua atuação contramajoritária a partir da compreensão da interação entre os poderes à luz da concepção contemporânea de Estado Democrático, que permite um maior diálogo entre as instituições.

Os diálogos institucionais diferem dos efeitos sistêmicos porque concebem uma composição formal entre as instituições com uma certa previsibilidade; enquanto estes dizem respeito a desdobramentos de ações individuais ou conjuntas, geralmente imprevisíveis, que têm reflexos nas atividades de outras instituições.³¹²

2.4. A vinculação aos precedentes e o ônus argumentativo

A busca do “sentido exato da lei” que definia a teoria da interpretação clássica foi tomando novos contornos desde a Revolução Francesa até passar a permitir a valoração pelo intérprete e a sua decisão dentre os diversos resultados interpretativos possíveis de uma mesma lei. A evolução da teoria interpretativa foi uma reação ao autoritarismo legalista e culminou na dissociação entre texto legal e norma jurídica (sendo este o resultado da interpretação), como também na incorporação dos valores morais contidos nas normas de direitos fundamentais ao raciocínio decisório ou interpretativo.

Ela resultou na distinção entre direito e lei, como também submeteu a validade da lei à Constituição, originando uma legalidade substancial. Assim, as Cortes Supremas foram postas

observando normas constitucionais. O STF, contudo, declarou inconstitucional um critério legal que está em harmonia com uma leitura sistêmica da Carta. Ou seja, o Supremo não se ateu ao texto constitucional, mas procurou argumentos em leis assistenciais de natureza diversa da LOAS para justificar sua decisão.

³¹² “As instituições promovem, dentro de suas capacidades, a interpretação da Constituição e das normas infraconstitucionais. O debate norte-americano desenvolve um entendimento de que este processo precisa considerar as chamadas questões institucionais. Estas se dividiriam em, no mínimo, como já foi apontado, capacidades institucionais e efeitos sistêmicos. Tal compreensão representa uma vertente crítica de pensamento em oposição às correntes perfeccionistas, sobretudo em relação aos juízes, que, tradicionalmente, detêm a legítima prerrogativa interpretativa. A atividade interpretativa, entretanto, não se restringe ao plano do judiciário, pois todas as instituições revestidas de atribuições normativas e funcionais numa ordem constitucional possuem um papel democrático a ser desempenhado. Um dos meios para este desempenho é justamente a atividade interpretativa destas instituições e o que acarretam como efeitos. As atividades interpretativa e deliberativa, desta maneira, devem considerar aspectos institucionais como seus próprios resultados, assim como o quanto a instituição se encontra preparada para enfrentar as demandas sociais que recebem. Estes aspectos institucionais servem como parâmetros para definir os limites de uma atividade institucional legítima.” ALMEIDA, Maíra. RANGEL, Henrique. *Os efeitos sistêmicos na teoria institucional*. Artigo produzido no âmbito do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições (LETACI), vinculado à Faculdade Nacional e ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, p. 10. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=540393ae7f8b7a7f>>. Acesso em 3 out 2016.

ao lado do Poder Legislativo na função de atribuir sentido ao direito, motivo pelo qual as suas decisões ganharam mais autoridade a assumiram a qualidade de precedentes.³¹³

Daí a importância da coerência na aplicação de critérios de justiça pelos magistrados,³¹⁴ bem como a estabilidade da jurisprudência. A falta de previsibilidade na maneira de se interpretar os direitos tem consequências práticas que envolvem as esferas individuais e sociais, além de transformar o Direito em um campo de decisões baseadas na consciência individual de cada julgador. Como bem resumiu J. Canotilho:

O indivíduo tem como direito poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses atos jurídicos deixados pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico dos poderes.³¹⁵

Por isso é muito grave a constatação de Luiz Guilherme Marinoni, no sentido de que grande parcela dos juízes de primeiro grau de jurisdição e dos Tribunais de segunda instância não respeitam os precedentes do STJ, e que eles simplesmente decidem sem argumentar sobre os motivos que os levaram a afastar a aplicação dos precedentes sobre o tema em voga.³¹⁶

Por óbvio, que o respeito às decisões judiciais anteriores não deve se dar de maneira automática sem a apreciação das peculiaridades de cada caso e nem significa dar tratamento uniforme a todos os cidadãos, sem se ponderar sobre as diferenças inerentes a cada um; mas que todos devem ser julgados segundo o mesmo conjunto de valores e princípios. Como bem resumiu Gustavo Lima em sua dissertação de mestrado: “primeiro, as pessoas em circunstâncias semelhantes devem ter tratamento igual; segundo, que a concepção de igualdade que seja

³¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 63-65.

³¹⁴ “Em qualquer interpretação aceitável, algumas cláusulas reconhecem os direitos individuais contra o Estado e a nação: liberdade de expressão, processo legal devido em ações criminais, tratamento igualitário na disposição dos recursos públicos, aí incluída a educação. A estabilidade na interpretação de cada um desses direitos, considerados um por um, tem alguma importância prática. Mas, por se tratar de questões de princípio, a substância é mais importante do que esse tipo de estabilidade. Em qualquer caso, a estabilidade crucial é a da integridade: na medida do possível, o sistema de direitos deve ser interpretado como a expressão de uma concepção coerente de justiça”. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 441.

³¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 257.

³¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes – justificativa do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 69. De se ressaltar que as turmas do próprio STJ divergem entre si em algumas matérias, porque ele ainda não perdeu a característica de revisor de decisões dos Tribunais de segunda instância, nem se impôs como uma verdadeira Corte de precedentes que define a interpretação ou a norma que deve ser usada em casos futuros, inclusive sob o seu juízo.

adotada, entre tantas as possíveis, deve ser aplicada de forma coerente e homogênea a todos os casos”.³¹⁷

Tratar casos semelhantes de maneira diversa é uma violação ao próprio direito, o que Ronald Dworkin enfatizou cuidar-se de uma questão muito séria, como se vê da seguinte transcrição:

Assim, se os direitos têm sentido, a violação de um direito relativamente importante deve ser uma questão muito séria. Significa tratar um homem como menos que um homem ou como se fosse menos digno de consideração que outros homens. A instituição de direitos baseia-se na convicção de que isso é uma grave injustiça e que vale a pena arcar com o custo adicional, em política social ou eficiência, necessário para impedir sua ocorrência.³¹⁸

Não se trata de ignorar o papel fundamental que a magistratura tem na concretização da noção de igualdade, mas de cuidar para que as regras sejam aplicadas sem favorecimentos indevidos e para que as partes no processo tenham a segurança de que o direito será corretamente aplicado.³¹⁹ O direito à igualdade vincula “tanto o legislador na feitura da lei, quanto o juiz na aplicação da lei, obrigando-lhe a julgar da mesma forma casos iguais” e impondo-lhe o dever de “não discriminar as situações iguais, aplicando precedentes, e discriminar as situações desiguais, deixando de aplicar precedentes”. A atividade do magistrado sob a observância do princípio da igualdade renova a importância da exigência de fundamentação das decisões, contida no artigo 93, IX, da Constituição. Nela, o juiz deve apresentar a *ratio decidendi* (a razão de decidir) conforme “o juízo de igualdade que conduziu sua decisão no caso, permitindo o controle da correção da sua sentença e o reconhecimento dos critérios que autorizam converter essa decisão em precedentes para os casos futuros”.³²⁰ Nesse sentido, Mauro Cappelletti afirmou que “o juiz, vinculado a precedentes ou à lei (ou a ambos),

³¹⁷ LIMA, Gustavo Augusto Freitas de. *Poder normativo das agências reguladoras e controle judicial*. Dissertação de Mestrado em Direito e Políticas Públicas. Brasília: Uniceub, p. 228-229.

³¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 304-305.

³¹⁹ “De modo especial o Judiciário se submete à regra de igualdade, tanto sob o ponto de vista processual como material. Sob o ponto de vista estritamente processual, deve o juiz assegurar igualdade de tratamento às partes (CPC, art. 125, I), oferecendo em todo o curso do processo iguais oportunidades aos litigantes. [...] Essa igualdade *intra caso* e *inter partes* não se confunde com outro dever de coerência, que transborda do caso concreto individual e requer do juiz igual tratamento em julgamentos posteriores aos casos considerados idênticos, iguais ou mesmo semelhantes”. GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e Desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 153.

³²⁰ MAUÉS, Antônio Moreira. FONSECA, Mônica Maciel Soares. RÉGO, Lorena de Paula da Silva. Súmula vinculante e direito à igualdade. *RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 1, n. 46, p. 195-210, jul/dez 2006.

tem como dever mínimo apoiar sua própria argumentação em tal direito judiciário ou legislativo, e não (apenas) na equidade ou em análogos e vagos critérios de valoração”.³²¹

Se cabe ao STF e ao STJ definir o sentido do direito constitucional e do direito federal infraconstitucional, expressando uma norma dotada de autonomia que se incorpora à ordem jurídica, o sistema judicial não poderia admitir interpretações diferentes³²², sob pena de se tornar “completamente incapaz de gerir a sua função de distribuir justiça nos casos concretos”, inviabilizando a “coerência da ordem jurídica, a igualdade perante o direito, a liberdade e a previsibilidade”.³²³

Nesse sentido, Andrés Ollero deixou registrado que:

La vinculación al precedente no impedirá que el órgano judicial cambie la interpretación de una norma, y con ello dé entrada a um nuevo proceso de normatización jurisprudencial. La sucesión de paradigmas interpretativos en aplicación de idéntico texto legal viene exigida por la historicidad de la realidad social y jurídica, constituyendo una exigencia de justicia. Para garantizar ésta y – subsidiariamente – preservar la seguridad jurídica, el juez ha de aportar una fundamentación objetiva y razonable. Deberá hacerlo em todos los casos en que cambie de criterio interpretativo diacrónicamente; a diferencia del legislador, cuyo enlace directo con la soberanía popular hace presumir legítimo cualquier cambio normativo, debiendo justificar tan sólo aquéllos que impliquen un tratamiento sincrónico desigual entre los ciudadanos.³²⁴

A busca pela justiça do caso concreto não pode se tornar uma regra a ponto de se aceitar um sistema jurídico alternativo, baseado na aplicação da equidade, ou seja, “opta-se pelo risco

³²¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2ª ed., 1999, p. 25.

³²² Vejam-se os artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil de 2015 que tratam do dever dos tribunais de uniformizar sua jurisprudência e do dever dos juizes e tribunais de observá-la, especialmente quando se trate de decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade, enunciados de súmula vinculante, acórdão em incidente de assunção de competência ou resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinários e especiais, bem como de súmulas do STF e do STJ e orientações do plenário ou órgão especial dos tribunais. Autores como Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero entendem que a codificação de tais normas tende a reforçar a aplicação dos entendimentos firmados na jurisprudência das Cortes e fortalecer a verticalidade decorrente da estrutura da Justiça Brasileira. Outros doutrinadores, como Lênio Streck, fazem críticas ao modo como o *stare decisis* (doutrina que sustenta o *common law*) tem sido precipitadamente usada pela jurisprudência pátria, por entender que esta doutrina é incompatível com a Constituição e com a tradição do *civil law*. STRECK, Lênio Luiz. Por que commonistas brasileiros querem proibir juizes de interpretar? *Revista Consultor Jurídico*, 22 set 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar>>. Acesso em 4 dez 2016.

³²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes – Justificativa do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 68 e 69. Este tema tem tamanha relevância que o legislador incluiu no Código de Processo Civil de 2015 a previsão de que no caso de alteração de súmulas, jurisprudência pacificada, ou tese adotada em casos repetitivos, deve-se observar “a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança e da isonomia”. O CPC/15 prevê, ainda, que os “tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os” (artigo 927, parágrafos 4º e 5º).

³²⁴ OLLERO, Andrés. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 77.

de não produzir a justiça em alguns casos, a fim de garantir a segurança das pessoas, que devem poder prever a incidência das normas e, com isso, pautar a sua conduta”.³²⁵ Humberto Ávila também se manifestou no sentido de que “sendo as regras instrumentos de solução previsível, eficiente e geralmente equânime de conflitos, sua superação será tanto mais flexível quanto menos imprevisibilidade ela provocar”.³²⁶

E, apesar do grau de criatividade dos magistrados ser maior nos casos de controle de constitucionalidade (em relação à aplicação da Constituição a situações fáticas de caráter não normativo ou ao aplicar o direito infraconstitucional); é certo que a investigação sobre os parâmetros para a conformação do ativismo judicial em nível constitucional não deve se preocupar somente com os casos de controle de constitucionalidade, mas com toda situação de concretização de normas constitucionais por órgãos do Poder Judiciário.³²⁷

De toda forma, em um Estado Constitucional de Direito a decisão judicial se legitima por suas razões, ou seja, “pela motivação suficiente que demonstre ser a solução adequada para o caso concreto e recorra, para tanto, às decisões democráticas plasmadas na Constituição e na lei”.³²⁸ A escolha que o magistrado faz quanto à maneira de decidir influencia a própria decisão de mérito, por isso, a metodologia a ser observada deve ser argumentativa para que possa ser submetida à crítica pública. Nesse sentido:

A garantia da proteção judicial efetiva impõe que tais decisões possam ser submetidas a um processo de controle, inclusive a eventual impugnação. Daí a necessidade de que as decisões judiciais sejam devidamente motivadas (CF, art. 93, IX). E motivar significa dar as razões pelas quais determinada decisão há de ser adotada, expor as suas justificações. A racionalidade e, dessa forma, a legitimidade da decisão perante os jurisdicionados decorrem da adequada fundamentação por meio das razões apropriadas.³²⁹

Luigi Ferrajoli também afirma que a motivação faz com que as decisões resultem “apoiadas, e, portanto, legitimadas, por asserções, enquanto tais verificáveis e falsificáveis ainda que de forma aproximada; que a validade das sentenças resulta condicionada à verdade,

³²⁵ PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. In: FELLETT, André Luiz Fernandes, *et al.* (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 63.

³²⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12 ed., ampl., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 115.

³²⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 202

³²⁸ PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. In: FELLETT, André Luiz Fernandes, *et al.* (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 44.

³²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 497.

ainda que relativa, de seus argumentos”. E que, além de assegurar o controle da legalidade e do nexo entre convencimento e provas, “a motivação carrega também o valor endoprocessual de garantia de defesa e o valor extraprocessual de garantia de publicidade”; razão pela qual ela pode ser considerada o mais importante parâmetro de legitimação interna/jurídica, como também de legitimação externa/democrática da função judiciária.³³⁰

Uma democracia não se define somente por eleições periódicas, mas pela existência de processos de decisão que envolvam a discussão (deliberação) que institucionaliza o discurso como instrumento para produção de decisões públicas. As decisões do Poder Judiciário contêm a dimensão discursiva na sua argumentação, que deve ser capaz de demonstrar publicamente os argumentos que amparam o julgamento, e que devem ser reconhecidos como bons (ou ao menos plausíveis). E Luiz Guilherme Marinoni ressalta que tais argumentos devem ser aceitos “por todas aquelas pessoas racionais que aceitam a Constituição”:

De modo que o controle da constitucionalidade da lei dá ao juiz o poder-dever de argumentar e convencer a sociedade quando surge a divergência sobre se uma decisão do legislador se choca com um direito fundamental. Note-se, porém, que se o Judiciário tem o poder de afirmar o significado dos direitos fundamentais para controlar e corrigir as leis, a decisão judicial que os afirma, por ter uma importância que transcende a toda a legislação infraconstitucional e a necessidade de identificar um discurso racional, não pode deixar de ter alcance geral obrigatório.³³¹

2.5. A participação colaborativa da sociedade na formação do convencimento do julgador como meio de atenuar as tensões sobre a judicialização de políticas públicas

A judicialização de políticas públicas recebe objeções no sentido de que ela desorganiza a Administração, porquanto ao invés de se “devotarem ao planejamento e à execução de políticas públicas, os administradores acabariam se dedicando ao atendimento de demandas

³³⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica ... [et al.]. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 497-498.

³³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A força dos precedentes – Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 246.

individuais decorrentes de decisões do Poder Judiciário, que têm se proliferado nos últimos anos”.³³²

Tais críticas acentuam a necessidade de se estreitar o *diálogo institucional*, uma vez que os magistrados devem avaliar não apenas “os elementos diretamente envolvidos no caso, mas as implicações decorrentes das decisões para o andamento regular da gestão pública”.

Em resposta ao aumento da interferência do Judiciário, juristas como Diogo Coutinho e Cláudio Souza Neto sustentam que o papel do direito nas políticas públicas deve se limitar a assegurar que elas não se esquivem dos mecanismos de participação e *accountability*, fazendo com que sejam mais democráticas pela criação de regras procedimentais que disciplinem audiências públicas e que haja publicidade dos atos administrativos, obrigando a Administração a estar aberta aos *inputs* de diferentes atores. E a *accountability horizontal* promoveria também o dever de os Poderes se justificarem uns aos outros.³³³

Isso acontece especialmente nas ações que visam a concretização de direitos sociais, pois demandam que os juízes verifiquem as consequências práticas de suas decisões, o que ainda não tem ocorrido com a frequência desejada. Claro que isso é muito mais difícil na seara da microjustiça, porque pode parecer que uma decisão isolada não vai ter grande impacto na atuação de outros Poderes. Mas o problema fica evidente quando as ações individuais começam a se multiplicar, como no caso dos pedidos de benefício de prestação continuada fora dos critérios legais de concessão. Milhares de pedidos chegam aos poucos e as decisões são proferidas em vários sentidos, até que começam a se formar jurisprudências em cada Tribunal de segunda instância. Até que o caso chegue ao STF para fixação da interpretação constitucional, o impacto (financeiro, político, econômico) já foi muito grande.

Os excessos da jurisprudência (microjustiça, ou seja, o julgamento de ações individuais) podem colocar em risco a continuidade da política pública, desorganizar a atividade administrativa e impedir a alocação racional dos escassos recursos públicos. Eles privam a

³³² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel (orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 528.

³³³ COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas sociais brasileiras: um estudo sobre o Programa Bolsa Família. In: SHAPIRO, Mario G.; TRUBEK, David M. (orgs.). *Direito e desenvolvimento: um diálogo entre os Brics*. Editora Saraiva, 2012, p. 22. Ibid., p. 528.

Administração da capacidade de se planejar e comprometem a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão.³³⁴

Para evitar este problema, a doutrina sugere a exigência de que o pleito de novas prestações não previstas pelo legislador seja veiculado por ação coletiva, em que é mais viável uma análise mais ampla do rol de beneficiários e dos impactos da concessão de determinadas prestações. Segundo essa linha de pensamento, a discussão coletiva demandaria um exame muito mais amplo do contexto geral de políticas públicas envolvidas e possibilitaria uma argumentação mais qualificada por parte das partes envolvidas, seja o Ministério Público, a Advocacia-Geral da União, a Defensoria Pública, as associações, etc., além de facilitar a juntadas de elementos aos autos, e produziria uma maior discussão sobre a validade das alocações orçamentárias (porque ficará mais clara a real necessidade de nova alocação e a quantidade de recursos disponíveis).

E depois de um debate aberto e bem fundamentado na ação coletiva, a decisão proclamada produziria efeitos *erga omnes* no limite da jurisdição do seu prolator. Com efeito, uma só decisão judicial de caráter geral deixa que o Poder Público estruture seus serviços de maneira mais organizada e competente, além de preservar a igualdade e universalidade no atendimento da população. “Do ponto de vista da defesa do Estado em ações judiciais, essa solução igualmente barateia e racionaliza o uso dos recursos humanos e físicos”.³³⁵

De fato, os magistrados não dispõem de elementos para avaliar as consequências das suas decisões, ainda mais em ações individuais, “o juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a microjustiça, ao invés da macrojustiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública”.³³⁶ Eles não conseguem antever o impacto que a Administração Pública

³³⁴ “O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos.” BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, 2008, p. 4; 26 e 31. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em 2 nov 2016.

³³⁵ BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, 2008, p. 31 e 32. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em 2 nov 2016.

³³⁶ “Ora, na esfera coletiva ou abstrata examina-se a alocação de recursos ou a definição de prioridades em caráter geral, de modo que a discussão será prévia ao eventual embate pontual entre micro e macrojustiças. Lembre-se ainda, como já se referiu, que a própria Constituição estabelece percentuais mínimos de recursos que devem ser investidos em determinadas áreas: é o que se passa com educação, saúde (CF/88, arts. 198, § 2º, e 212) e com a vinculação das receitas das contribuições sociais ao custeio da seguridade social. Nesse caso, o controle em abstrato – da alocação orçamentária de tais recursos às finalidades impostas pela Constituição – torna-se substancialmente mais simples.” BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Da falta de efetividade à judicialização*

terá de suportar, não podem calcular as dificuldades geradas para o gerenciamento dos limitados recursos públicos para o atendimento de demandas ilimitadas (macrojustiça), “ou seja, ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente considerado”.³³⁷

Só a concentração dos pedidos em ações coletivas não parece suficiente para resolver as dúvidas sobre a legitimidade do Judiciário para intervir em políticas públicas. É preciso uma abertura das Cortes para o diálogo institucional.

Muitos magistrados ainda não assumiram a postura da *accountability* por entender que os direitos fundamentais sempre terão prioridade sobre cogitações relativas à eficiência administrativa. Entretanto, as críticas que têm sido feitas à atuação judicial irresponsável “ensejará, a formulação de parâmetros importantes para legitimar a judicialização das políticas sociais, tais como a priorização das ações coletivas e a necessidade de aprofundamento do diálogo institucional”.³³⁸

Ainda pesam sobre a judicialização de políticas públicas as objeções ao argumento de que o Poder Judiciário não dispõe dos conhecimentos técnicos necessários para a adequada tomada de decisões, o que demandaria uma atuação mais contida nesta seara.³³⁹ E mesmo que o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição, seja interpretado no sentido de que qualquer assunto possa ser levado ao conhecimento judicial, isso não significa que o Judiciário tem primazia na tomada de toda decisão. Alguns “processos de alta complexidade podem exigir conhecimentos técnicos que os magistrados não possuem e que recomendam uma postura de autocontenção”.³⁴⁰

excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, 2008, p. 28. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em 2 nov 2016.

³³⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 127.

³³⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel (orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 529

³³⁹ *Ibid.*, p. 529 e 530.

³⁴⁰ PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. In: FELLETT, André Luiz Fernandes, et al. (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 60-61.

Uma maneira de se atenuarem as críticas feitas ao Judiciário seria a abertura ao diálogo institucional e à participação cooperativa da sociedade. A ideia de um constitucionalismo cooperativo está em voga na teoria constitucional contemporânea (especialmente na norte-americana) e muitos doutrinadores têm se debruçado sobre o tema da teoria do diálogo. Eles geralmente entendem que o constitucionalismo pode operar a partir de relações de cooperação, inclusive com a sociedade, principalmente para a decisão de casos que envolvam relevantes questões morais.³⁴¹

Vanice Valle diferencia o diálogo institucional (entre interlocutores das instâncias formais de poder) e o diálogo social, cujos participantes não são previamente conhecidos. Assim, além de estreitar a troca de informações entre os Poderes, os magistrados podem solicitar perícias, permitir os pronunciamentos de *amicus curiae*; promover audiências públicas, dar prioridade na apreciação de ações coletivas antes de se pronunciar em várias ações individuais sobre o mesmo tema.

A decisão que resulte de um debate aberto que tenha reunido informações multidisciplinares é capaz de se justificar publicamente com mais facilidade do que uma decisão que se limite à técnica jurídica embasada em textos legais. E “quer se trate de direitos políticos, quer se cuide de direitos sociais, as tarefas que Judiciário vêm assumindo contemporaneamente demandam do juiz outro tipo de formação”, sobretudo, que ele seja capaz de lidar com um conhecimento multidisciplinar (como interpretar dados sociológicos, econômicos e políticos) e que consiga manter um “o diálogo com a sociedade e com as demais instituições, evitando se restringir às partes formalmente legitimadas”.³⁴²

Para atenuar o problema da limitação institucional da magistratura, Mauro Cappelletti também sugere o uso “pareceres técnicos ou perícias, a intervenção de terceiros no processo – também com finalidade proeminentemente informativa, a exemplo do *amicus curiae brief* e outras formas análogas – e o emprego de experts como membros *laicos* de órgãos judicantes”.³⁴³ Até porque a interpretação constitucional não é, e não pode ser, um evento exclusivo do Estado. Como Peter Häberle propõe, o catálogo de intérpretes é extenso e vai

³⁴¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do et al. *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 12.

³⁴² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel (orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 530/531.

³⁴³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2ª ed., 1999, p. 86 e 87.

desde a Corte Constitucional, passando pelas partes do processo, até à opinião pública (representada pela mídia, pelas associações, partidos políticos, igrejas, teatros, comunidade, etc.). Ou seja, “todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma”.³⁴⁴

Além do mais, as instituições públicas em geral vêm passando por uma crise resultante da insuficiente satisfação dos interesses da sociedade, o que tem feito com que o Poder Judiciário esteja sendo cada vez mais demandado. E também por isso, ele tem grandes desafios a enfrentar dentro de sua própria estrutura. O Ministro Nelson Jobim, no seu discurso de posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal em 2004, destacou a urgência da inclusão da questão judiciária na agenda do país, ressaltando a demanda social por transparência e resultados. Naquela ocasião foi acentuado que a nação brasileira “precisa de um sistema judiciário que responda a três exigências: - acessibilidade a todos; - previsibilidade de suas decisões; - e decisões em tempo social e economicamente tolerável” e acrescentou que “o poder judiciário não é fim em si mesmo”.³⁴⁵

É evidente a necessidade de superação do modelo individualista, inacessível às “exigências de um mundo globalizado/mundializado e a conseqüente emergência de um novo modelo, atento ao paradigma do Estado Democrático de Direito e, em especial, apto a compreender a jurisdição constitucional em um ambiente de participação cidadã”.³⁴⁶ E apesar do Judiciário ainda ser o poder estatal mais “fechado” para interações com a sociedade civil, mudanças positivas já vêm ocorrendo gradualmente nos últimos anos.

Especialmente os processos de interpretação constitucional devem contar com a participação potencial de todos os órgãos estatais, potências públicas, cidadãos e grupos, porquanto a força normativa da Constituição estaria assegurada quando a esfera pública pluralista estivesse integrada no processo de sua concretização. Dessa maneira, os interesses de todos seriam levados em consideração no momento da decisão e “os procedimentos oficiais de

³⁴⁴ HÄERBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 15.

³⁴⁵ JOBIM, Nelson. *Discurso de Posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal*. 3 jun. Brasília: STF, 2004. Disponível em : <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_de_Posse_Ministro_Nelson_Jobim_na_Presidencia.pdf> . Acesso em 29 jun 2015.

³⁴⁶ MORAIS, José Luis Bolzan; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. Por uma tradução democrática do Direito: jurisdição constitucional e participação cidadã. In: COUTINHO, Jacinto Miranda. FRAGALE, Roberto. LOBÃO, Ronaldo (orgs) .*Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 198.

interpretação/aplicação jurídica apresentam-se, então, como mecanismos seletivos das diversas expectativas do público em torno do texto constitucional” e essa “seletividade teria uma função estabilizadora e congruentemente generalizante das expectativas normativas constitucionais”.³⁴⁷

Com o acesso de qualquer pessoa “leiga” aos sítios do Tribunais e das justiças federal, estaduais e especializadas, ficou mais fácil ter acesso às informações processuais e à jurisprudência das Cortes. A partir da publicação da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2001) houve uma mudança de paradigma em todo o setor público ao estabelecer que a transparência é a regra e o sigilo, a exceção.³⁴⁸

Neste espírito, em 11 de agosto de 2002 iniciaram as atividades da TV Justiça, sob responsabilidade da Secretaria de Comunicação Social do Supremo Tribunal Federal com o auxílio de um Conselho Consultivo. Trata-se de uma emissora pública que favorece o acesso do cidadão às informações por meio da transmissão ao vivo de julgamentos do Plenário do STF e também por programas que tratam de temas jurídicos com linguagem clara e de maneira didática. Já a Rádio Justiça, emissora pública também administrada pelo STF, começou suas atividades em 05 de maio de 2004 em Brasília, permitindo o acompanhamento de fatos importantes da Justiça brasileira por múltiplas fontes.

O sítio da Corte Suprema na *internet* também passou por alterações, tendo incluído um novo ambiente denominado “Acesso à Informação”, onde foram reorganizados os conteúdos relacionados às ações administrativas e finalísticas. E em maio de 2008 foi criada a Central do Cidadão, um canal de comunicação direta entre o cidadão e a Corte, que admite a interação presencial, por telefone, carta ou internet.

³⁴⁷ NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Ano 33, n. 132, out./dez. 1996, p. 323-324. Do mesmo texto, extrai-se ainda que “as relações excludentes de subintegração e sobreintegração na sociedade, especialmente no sistema jurídico, impedem a construção de uma esfera pública pluralista formada de cidadãos como indivíduos integrados igualmente, do ponto de vista jurídico, na sociedade” (p. 324).

³⁴⁸ Apesar das críticas no sentido de que o conteúdo das decisões judiciais é inacessível ao público em geral por ter uma linguagem elitista e própria do mundo jurídico, acredito que a ampla publicidade da jurisprudência das cortes já é um grande passo para a abertura do diálogo com a sociedade. Jane Reis apresenta uma crítica ao otimismo da judicialização dos direitos fundamentais que também se aplica ao caso: “O Direito promove a tradução dos discursos sociais e de uma série de visões heterogêneas da sociedade para uma linguagem elitizada e homogênea, que, apenas por isso, revela-se muitas vezes excludente”. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O Judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais: entre fraquezas e possibilidades. *Revista da Faculdade de Direito – RFD-UERJ*. Rio de Janeiro, n. 29, jun 2016, p. 140.

Com o aumento do acesso à informação, a sociedade civil pôde formular visões críticas sobre os rumos que a jurisprudência está tomando, podendo intervir nos processos como *amicus curiae* e participar das audiências. O termo *amicus curiae* significa “amigo da Corte” e a sua intervenção é possível em qualquer tipo de processo, desde que a causa seja relevante e a pessoa tenha conhecimentos úteis para contribuir no processo. O STF admite até mesmo a participação de *amicus curiae* em *habeas corpus*, conforme decisão no HC nº 82.424, julgado em 17/09/2003.

E a primeira audiência pública realizada pelo STF ocorreu no dia 20 de abril de 2007, tornando-se outro marco para a participação da sociedade civil no Poder Judiciário. Ela foi convocada pelo Ministro Carlos Ayres Britto, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 que impugnava dispositivos da Lei de Biossegurança. E recentemente, no dia 15 de junho de 2015, foi realizada uma outra audiência sobre ensino religioso em escolas públicas, convocada pelo Ministro Roberto Barroso, que deferiu a participação de 31 representantes de diversas religiões e de órgãos e entidades ligados à educação.

Dáí tomou fôlego o debate em torno das audiências públicas como forma de abertura à participação do cidadão e à transparência democrática, evidenciando a necessidade de se mudar institucionalmente o processo decisório da Corte, uma vez que o tradicional modelo de revisão judicial não se reputa autossuficiente para cuidar de questões morais controvertidas.³⁴⁹ Quanto maior a abertura à sociedade, mais legitimidade, confiabilidade e respeito são acrescentados à jurisdição constitucional. E ao mesmo tempo ela se torna “mais suscetível aos influxos e refluxos das dinâmicas e idiossincrasias sociais, sem que, com isso, se esteja supondo a possibilidade de ruptura do pacto político-constitucional em contradição com o projeto finalístico que nele se contém [...]”.³⁵⁰

Algumas críticas são levantadas pela doutrina sobre o modo como as audiências públicas têm sido conduzidas pelo Supremo. Primeiro, porque os despachos de convocação têm sido vagos e não determinam o foco da discussão, não apresentam exatamente o ponto que deve ser esclarecido sobre o tema, apesar de os Ministros destacarem o caráter

³⁴⁹ VALLE, Vanice Regina Lírio do et al. *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 12.

³⁵⁰ MORAIS, José Luis Bolzan; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. Por uma tradução democrática do Direito: jurisdição constitucional e participação cidadã. In: COUTINHO, Jacinto Miranda. FRAGALE, Roberto. LOBÃO, Ronaldo (orgs). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 198; 204.

legitimador das audiências, entendendo que elas possibilitarão o estabelecimento da *verdade moral* a ser utilizada na argumentação e na decisão do caso. E essa é uma diferença do instituto do *amicus curiae*, que ajuda precipuamente na busca da *verdade factual/objetiva*.³⁵¹

Ademais, as audiências públicas promovidas pelo Supremo têm apresentado uma dupla justificação: a) prestigiar contribuições de especialistas aos temas controvertidos; e b) entender o olhar de quem vivencia a temática em questão.³⁵² A convocação de especialistas diz respeito ao enfrentamento de questões factuais, enquanto o enfrentamento de questões morais se dá com a convocação/aceitação de interlocutores que tenham representatividade em relação ao segmento da sociedade afetado pela interpretação constitucional em debate. Daí, o segundo ponto criticado pela doutrina: a decisão sobre a delimitação dos participantes é discricionária do Ministro Relator. É ele quem defere ou não o pedido de participação e a sua decisão é irrecorrível.³⁵³

E não há também um critério claro para escolha de interlocutores que possuam o requisito de *representatividade* como justificador de participação na audiência, apesar de ser claro que a escolha dos participantes afeta o tipo de informações e de opiniões que serão colhidas, o que também influencia na representatividade das impressões externadas.³⁵⁴

Além disso, não há debate propriamente dito porquanto cada participante manifesta-se de maneira unilateral no prazo fixado para sua fala.³⁵⁵

³⁵¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do et al. *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 110.

³⁵² *Ibid.*, p. 110-115.

³⁵³ O Regimento Interno do STF, no seu art. 21, diz que dentre as atribuições do Relator está: “XVIII - decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou nos processos de sua relatoria”. Vanice Valle faz a seguinte observação sobre a irrecorribilidade: “Curioso observar uma certa contradição em termos. A própria concepção de um órgão de atuação judiciária colegiada opera, em alguma medida, com a lógica de *many minds* – não tantas como uma consulta pública, mas certamente mais do que o juiz singular. Nesse sentido, parece paradoxal que num tema dessa envergadura – pertinência ou não da ampliação do universo de participantes de uma decisão constitucional com sensíveis conotações morais – não se sensibilize às vantagens da *crença disseminada*, e reste concentrado na mão de um único agente, a saber, o Relator”. *Ibid.*, p. 111.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 115.

³⁵⁵ Do parágrafo único do artigo 154 do RISTF destaco os seguintes incisos: “III – caberá ao Ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar; IV – o depoente deverá limitar-se ao tema ou questão em debate”.

Em suma, a Emenda Regimental nº 29, que acrescentou dispositivos sobre audiências públicas ao RISTF, não contém critérios para a escolha dos participantes e não apresentou uma forma de organização do processo. Vanice Valle ressalta a importância da estruturação de um processo neutro de recolhimento dos elementos cognitivos, uma vez que ele não depende das particularidades do caso concreto, e poderia ser previamente fixado pela Corte.³⁵⁶

José Morais, Jânia Saldanha e Ângela Espíndola também reconhecem que as audiências públicas não suprem critérios de representatividade e ainda precisam de um melhor regramento, mas ponderam que:

A ideia de que a sociedade pode dar seu contributo para o esclarecimento de matérias de cunho transdisciplinar, possibilitando que o julgamento seja resultado de uma construção coletiva que enriquece a(s) regra(s) jurídica(s) em discussão, assegurando que uma segunda ou mesmo uma terceira dimensão de compreensão seja alcançada, deixa definitivamente de ser estranha e passa a ser familiar aos procedimentos da Corte Constitucional. [...] As audiências públicas não são, por óbvio, a panaceia para todos os problemas da edificação do Estado Democrático de Direito e concretização da democracia participativa, mas certamente abrem um caro espaço para a problematização da realização do direito e para um conscientização metodológica para além do positivismo e do individualismo.³⁵⁷

Assim, a melhor interpretação seria aquela resultante da interação do maior número de participantes da sociedade e do Estado (escolhidos com base em critérios de representatividade em um processo bem estruturado), porque a unidade da Constituição nasce da conjugação dos processos e das funções de diferentes intérpretes. Realmente não tem muito sentido em deixar a sociedade de fora das decisões quando é ela quem suportará os seus efeitos. As forças faticamente relevantes são tão importantes quanto a esfera pública para a interpretação constitucional. *A prática legitima a teoria e não o contrário.*³⁵⁸

E Saul Tourinho também registrou que:

A sociedade tem sido chamada a contribuir com o processo hermenêutico desempenhado pelo Tribunal por meio das audiências públicas, do *amicus curiae*, da entrega de memoriais, das sustentações orais, da participação na TV Justiça, da audiência à Rádio Justiça, da consulta ao site da Corte, da parceria feita pela Corte com o *YouTube* para hospedar as páginas oficiais do STF e, até mesmo, pelo mais

³⁵⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do et al. *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 114.

³⁵⁷ MORAIS, José Luis Bolzan; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. Por uma tradução democrática do Direito: jurisdição constitucional e participação cidadã. In: COUTINHO, Jacinto Miranda. FRAGALE, Roberto. LOBÃO, Ronaldo (orgs). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 211-215

³⁵⁸ HÄERBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 34.

recente *twitter*. Consagra-se o ideal de Peter Häberle, com a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.³⁵⁹

Em suma, “o discurso constitucional é um discurso de inclusão: todos os pontos de vista razoáveis presentes na sociedade a respeito de determinada matéria devem poder ingressar no debate, serem ouvidos e respondidos com seriedade”³⁶⁰

³⁵⁹ LEAL, Saul Tourinho. A nova face da jurisdição constitucional brasileira. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes, *et al.* (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 449

³⁶⁰ PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes, *et al.* (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 52.

Capítulo 3

3. As decisões do STF sobre a constitucionalidade do artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 (LOAS)

3.1. O histórico dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal sobre o Benefício de Prestação Continuada

A Constituição Federal contém um título da Ordem Social, no qual está inserido o capítulo da Seguridade Social que tem uma seção relativa a políticas de assistência social de caráter redistributivo e independentes de contribuições, destinadas à parcela mais pobre da população. O artigo 203, V, do texto constitucional³⁶¹ prevê que um dos seus objetivos é a garantia do benefício mensal de um salário mínimo à pessoa portadora de deficiência e ao idoso³⁶² que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme disposto em lei. Essa previsão constitucional “fortaleceu os sentidos da assistência social no Brasil, deslocando-a do âmbito de uma regulação unicamente moral para o de uma vinculação propriamente jurídica”.³⁶³

A referida norma foi regulamentada pelo Poder Legislativo que editou a Lei nº 8.742/1993 (LOAS),³⁶⁴ estabelecendo os requisitos para a concessão do benefício de prestação

³⁶¹ Artigo 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: V - a garantia de um salário mínimo 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.

³⁶² Interessante registrar que este artigo constitucional cuida da inclusão de um grupo vulnerável e não de uma minoria. “Existe certa confusão entre minorias e grupos vulneráveis. As primeiras seriam caracterizadas por ocupar uma posição de não-discriminação no país onde vivem. Os grupos vulneráveis podem constituir num grande contingente numericamente falando, como as mulheres, crianças e idosos. [portadores de deficiência física etc.] são grupos vulneráveis de poder. Outro aspecto interessante de grupos vulneráveis é que com certa frequência eles não têm sequer a noção que estão sendo vitimados de discriminação ou que seus direitos estão sendo desrespeitados: eles não sabem sequer que têm direitos.” SÉGUIN, Elida. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 12.

³⁶³ PENALVA, Janaina. DINIZ, Debora. MEDEIROS, Marcelo. O benefício de prestação continuada no Supremo Tribunal Federal. *Revista Sociedade e Estado*. Volume 25, n. 1. Brasília, Jan/Abr 2010, p. 54.

³⁶⁴ Em 8 de novembro de 1993 foi impetrado perante o STF o Mandado de Injunção nº 448/RS, com o pedido para que o dispositivo constitucional fosse regulamentado (inciso V do artigo 203). Os autores eram deficientes que se afirmavam incapacitados para atividades laborais normais e, por isso, não tinham como se sustentar. O julgamento que reconheceu a mora do Congresso Nacional foi realizado no dia 5 de setembro de 1994, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio (parcialmente vencido) e como relator para acórdão o Ministro Moreira Alves. Eis a decisão do Plenário do Supremo: “Preliminarmente, por votação unânime, o Tribunal excluiu da relação processual o INSS. Votou o Presidente. No mérito, por maioria de votos, o Tribunal deferiu, em parte, o pedido de mandado de injunção, para reconhecer a existência da mora, dando ciência ao Congresso Nacional, para que seja regulamentado o dispositivo no inciso V do art. 203 da Constituição Federal, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Carlos Velloso, que também deferiam o pedido e, desde logo, fixavam as condições

continuada (BPC). Ele substituiu o benefício de renda mensal vitalícia³⁶⁵ (Lei nº 6.179, de 11 de dezembro de 1974) que ainda continuou em vigor um período após a Carta de Outubro de 1988 (através do artigo 139 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991) até a nova regulamentação.

A LOAS foi disciplinada pelo Poder Executivo pelo Decreto nº 1.330, de 8 de dezembro de 1994, seguido do Decreto nº 1.744, de 18 de dezembro de 1995, e plenamente implementada em 1996, quando os primeiros benefícios foram concedidos.³⁶⁶ E um dos requisitos para a concessão do benefício consta do parágrafo 3º do artigo 20 da referida Lei³⁶⁷, *in verbis*:

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 6 de julho de 2011)

No exame dos pedidos de benefícios, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS aplica estritamente a limitação da renda mensal familiar *per capita* determinada pela lei, o que resultou na exclusão de muitas pessoas que passaram a provocar o Judiciário buscando efetivar o direito que eles acreditavam ter. Tratavam-se basicamente de ações individuais que eram sentenciadas em sentidos diferentes.³⁶⁸

O Ministério Público Federal ajuizou, então, um pedido de declaração de inconstitucionalidade do artigo 20, § 3º, da LOAS (na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232-1), cujo pedido liminar foi indeferido por unanimidade de voto em sessão plenária do

indispensáveis ao exercício do direito, e o Ministro Néri da Silveira, que fixava ao Congresso Nacional o prazo de 120 dias para a elaboração da norma regulamentadora. Votou o Presidente. Relator para o acórdão o Ministro Moreira Alves. Ausentes, justificadamente, os Ministros Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence e Celso de Mello.”

³⁶⁵ O antigo benefício de renda mensal vitalícia era diferente do BPC, o seu valor era inferior, possuía um menor rol de destinatários e, como o próprio nome diz, era vitalício (não passível de revisão).

³⁶⁶ RESENDE, Fabrício Contato Lopes. *O papel do Poder Judiciário no controle da implementação de políticas públicas no Brasil: a política assistencial do artigo 20 da Lei nº 8.742/93*. São Paulo: F.C. L. Resende, 2010, p. 108.

³⁶⁷ Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

³⁶⁸ “Todas as pessoas extremamente pobres acima de 65 anos, deficientes ou não, são elegíveis ao benefício. No caso dos deficientes não idosos, apenas aqueles extremamente pobres incapacitados para a vida independente e o trabalho podem receber o BPC, embora na prática a capacidade de praticar atos da vida cotidiana (banhar-se, comer, vestir-se, caminhar) tenha deixado de ser determinante para o benefício após a Ação Civil Pública nº 2730000002040/AC, de 11 de abril de 2007. Peritos médicos do INSS realizam testes para avaliar a condição de deficiência dos requerentes. A seleção de beneficiários é feita por avaliação da renda familiar, comprovação de idade, no caso de idosos, e exame médico pericial, no caso de deficientes. A idade é comprovada por meio de documentação, e o principal desafio neste ponto diz respeito à ausência de registro civil de uma parte não desprezível da população brasileira. O sistema de transferências prevê reavaliações sistemáticas a cada dois anos para verificar a persistência dessas condições.” PENALVA, Janaina. DINIZ, Debora. MEDEIROS, Marcelo. O benefício de prestação continuada no Supremo Tribunal Federal. *Revista Sociedade e Estado*. Volume 25, n. 1. Brasília, Jan/Abr 2010, p. 58-59.

STF, em 22 de março de 1995. Do voto do Ministro Maurício Corrêa, extrai-se o seguinte trecho:

É axiomático no direito que a estipulação de pensão e de outros benefícios deve levar em conta, fundamentalmente, dois fatores: de um lado, a necessidade do beneficiário, e de outro, a possibilidade de quem arca com o encargo. A conjugação destes dois fatores é que dá a medida justa do benefício.

O legislador ordinário, bem ou mal, mas cumprindo o dever de editar a lei, estabeleceu um parâmetro, que teve a virtude de dar eficácia à norma constitucional. Ruim com ela, pior sem ela.

Mesmo sem apreciar a questão no contexto de uma escala axiológica, como exige o pedido formulado, creio que o dano decorrente da suspensão cautelar do dispositivo legal é maior do que a sua manutenção: **a liminar faria com que a norma constitucional que assegura o direito voltasse a ter eficácia contida, e ficaria novamente dependente de regulamentação legal para ser aplicada, privando a Administração de conceder novos benefícios até o julgamento final da ação.**

Em 1998, ao apreciar o mérito da ADI nº 1.232-1/DF, a Corte declarou a constitucionalidade do dispositivo legal. O argumento do Procurador-Geral da República, de que o dispositivo permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente não foi acatado pelos Ministros. Eles definiram que o critério de ¼ de salário mínimo era objetivo e não poderia ser conjugado com outros fatores indicativos da miserabilidade, e que caberia ao legislador, e não ao juiz, a solução do caso com a criação de novas normas que previssem outros requisitos para aferição do estado de pobreza.

Esse entendimento foi aplicado em sucessivos julgamentos de reclamações ao STF, mas as instâncias ordinárias continuaram concedendo o benefício fora dos parâmetros legais.³⁶⁹ Aos poucos os Ministros passaram a não conhecer ou julgar improcedentes os pedidos das reclamações da autarquia previdenciária fazendo uma interpretação sistemática com normas posteriores ao julgamento de 1998 que traziam novos parâmetros para auferir a miserabilidade para a concessão de benefícios sociais, como a Lei nº 9.533, de 30 de abril de 1997, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituam programas de

³⁶⁹ “Nas instâncias ordinárias, no entanto, quando as condições concretas demonstravam a pobreza e incapacidade para o trabalho, somadas a gastos adicionais advindos das condições precárias de saúde dos envolvidos, os magistrados permaneceram concedendo o benefício mesmo quando a renda *per capita* familiar ultrapassava o patamar de um quarto do salário mínimo. A nova saída interpretativa eram as legislações assistenciais posteriores à Loas que demonstravam mudança no critério de renda, deslocando-o para o patamar de meio salário mínimo, a primeira delas garantindo apoio financeiro aos municípios que instituam programas de garantia de renda mínima e a segunda criando o Programa Nacional de Acesso à Alimentação. Essas novas leis da assistência social possibilitaram a concessão do BPC pelo argumento da isonomia.” PENALVA, Janaina. DINIZ, Debora. MEDEIROS, Marcelo. O benefício de prestação continuada no Supremo Tribunal Federal. *Revista Sociedade e Estado*. Volume 25, n. 1, p. 53-60. Brasília, Jan/Abr 2010, p. 56.

garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas; a Lei nº 10.219, de 11 de abril de 2001, que criou o Bolsa Escola; a Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004, que criou o Bolsa Família; a Lei nº 10.689, de 13 de junho de 2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação (PNAA); e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso).

Depois da vigência da Lei nº 9.533/1997 e da Lei nº 10.689/2003, por exemplo, o TRF da 4ª Região estabeleceu o novo critério de ½ salário mínimo para a concessão do benefício. A nova legislação foi entendida pelos magistrados de primeiro grau como fato revelador de que o próprio legislador estaria reinterpretando o artigo 203 da Constituição.³⁷⁰

Mas, em 2004, a questão foi novamente debatida pelo STF no julgamento do Agravo Regimental na Reclamação nº 2.303/RS, do qual foi Relatora a Min. Ellen Gracie³⁷¹, no qual foi expressamente confirmado o entendimento do julgamento da ADI nº 1.232, no sentido de que o critério de ¼ do salário mínimo é objetivo e não poderia ser combinado com outros fatores sugestivos da miserabilidade do indivíduo e de seu grupo familiar, e que cabe ao legislador a criação de outras condições para a aferição do estado de pobreza daquele que pleiteia o benefício assistencial.

Apesar da confirmação da jurisprudência a matéria voltava insistentemente ao Supremo Tribunal Federal discutindo a aplicação em concreto do critério da renda familiar *per capita* estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, os magistrados de primeira e segunda instâncias elaboraram maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela

³⁷⁰ Registre-se que o julgamento da ADI nº 1.232 ocorreu no ano seguinte à edição da Lei nº 9.533/97 (que concedia apoio financeiro aos Municípios que instituíssem programas de renda mínima associados a ações socioeducativas). Em razão disso, se o critério da LOAS houvesse sido derogado pela Lei nº 9.533/97 (que tinha como critério a renda per capita inferior a ½ SM), a ADI não teria sido sequer conhecida. Seu conhecimento e improcedência afastam o argumento. De igual modo, o julgamento da Reclamação nº 2.303 também se deu 10 meses após a edição da Lei nº 10.689/03 (Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA), e o Supremo não reconheceu qualquer alteração normativa no BPC em razão da mesma.

³⁷¹ Publicado no Diário da Justiça de 01.04.2005. A decisão na Rcl nº 2.303/RS, fundamentou-se na preocupação da Ministra Ellen Gracie com o impacto orçamentário da flexibilização do critério de renda para 1/2 salário mínimo. “Nos votos da ministra Ellen Gracie e do ministro Gilmar Mendes, a preocupação reiterada com a tese do prévio custeio embasou a definição do critério de renda estabelecido na Loas como único, negando a possibilidade de flexibilização face às condições concretas auferíveis caso a caso. O princípio do prévio custeio instituído pela Constituição Federal determina que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.” PENALVA, Janaina. DINIZ, Debora. MEDEIROS, Marcelo. O benefício de prestação continuada no Supremo Tribunal Federal. *Revista Sociedade e Estado*. Volume 25, n. 1, p. 53-60. Brasília, Jan/Abr 2010, p. 56. Interessante observar, contudo, que este argumento não foi rebatido nos julgamentos que reconheceram a inconstitucionalidade do dispositivo legal e que a questão do prévio custeio e do planejamento orçamentário.

LOAS e avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes.

O STF, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos. Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes, ao proferir a decisão monocrática na Medida Cautelar na Reclamação nº 4.374/PR³⁷², em 1º de fevereiro de 2007, deu claros indícios da virada de jurisprudência, dizendo que o Tribunal caminhava no sentido de admitir a conjugação do critério de renda *per capita* com outros fatores indicativos do estado de miserabilidade para fins de concessão do BPC. Isso porque o § 3º do artigo 20 da LOAS teria passado por um processo de inconstitucionalização por omissão em face do artigo 203, V, da Constituição, cujos indícios eram: a superveniência de legislação com critérios mais elásticos para concessão de benefícios assistenciais e os inúmeros casos concretos em que os magistrados de primeiro grau, avaliando as provas dos autos, entenderam que os critérios da LOAS não foram suficientes para atestar a miserabilidade do idoso ou deficiente.

Até que o STF julgou os Recursos Extraordinários nºs 580.963/PR³⁷³ e 567.985/MT³⁷⁴ (com repercussão geral reconhecida) e a Reclamação nº 4.374/PR³⁷⁵, firmando o entendimento no sentido de que o critério de ¼ de salário mínimo pode ser conjugado com outros fatores indicativos de miserabilidade do indivíduo e de sua família para concessão de benefício assistencial. Confira-se o seguinte trecho extraído da ementa do julgamento do RE nº 567.985/MT que resume o novo posicionamento da Corte na apreciação do tema:

³⁷² Ver em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2382733>>.

³⁷³ Decisão final do julgamento: “O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário e declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 34 da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do idoso), vencidos os Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que davam provimento ao recurso. Não foi alcançado o *quorum* de 2/3 para modulação dos efeitos da decisão para que a norma tivesse validade até 31/12/2015. Votaram pela modulação os Ministros Gilmar Mendes, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Celso de Mello. Votaram contra a modulação os Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa (Presidente). O Ministro Marco Aurélio absteve-se de votar quanto à modulação. O Ministro Teori Zavascki reajustou seu voto proferido na assentada anterior. Plenário, 18.04.2013”.

³⁷⁴ Decisão final do julgamento: “O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário e declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93. Vencidos, parcialmente, o Ministro Marco Aurélio (Relator), que apenas negava provimento ao recurso, sem declarar a inconstitucionalidade da norma referida, e os Ministros Teori Zavascki e Ricardo Lewandowski, que davam provimento ao recurso. Não foi alcançado o *quorum* de 2/3 para modulação dos efeitos da decisão para que a norma tivesse validade até 31/12/2015. Votaram pela modulação os Ministros Gilmar Mendes, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Celso de Mello. Votaram contra a modulação os Ministros Teori Zavascki, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa (Presidente). O Relator absteve-se de votar quanto à modulação. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Redigirá o acórdão o Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 18.04.2013”.

³⁷⁵ Decisão final do julgamento: “O Tribunal, por maioria, conheceu da reclamação, vencidos os Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa (Presidente), que dela não conheciam. No mérito, por maioria, julgou improcedente a reclamação, vencido o Ministro Teori Zavascki, que a julgava procedente. Plenário, 18.04.2013”.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar *per capita* estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de se avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).

Do voto do Ministro Marco Aurélio, relator, extraem-se alguns trechos interessantes, como quando ele reafirma o STF como o *último intérprete* da Constituição e declara qual é a *vontade do constituinte*, e que ilustram o que foi tratado nos capítulos anteriores dessa dissertação:

A lei tem papel crucial na definição dos limites necessários. E mais: essa é uma atividade essencial à manutenção da normatividade constitucional, que, para ter efetividade, precisa estar ancorada no espírito, na cultura e nas vocações de um povo. [...] Todavia, ao lado da interpretação constitucional feita pelos outros Poderes da República, **o intérprete último da Carta é o Supremo.** [...] Como, então, deve ser interpretada a cláusula constitucional “não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família”? **O objetivo do constituinte foi único:** conferir proteção social àqueles incapazes de garantir a respectiva subsistência. (grifos nossos)

Como se vê, o argumento de autoridade foi usado no julgamento e o Supremo se colocou mais uma vez como o Poder responsável por dar a última palavra na interpretação constitucional. Neste caso, a decisão foi proferida sem a deferência às capacidades institucionais dos outros poderes e sem uma argumentação clara e consistente, na qual deveriam ter sido esclarecidos os conceitos de pobreza e miséria utilizados como pressupostos para a decisão; fixado um novo critério objetivo e universalmente aplicável para a concessão do benefício; e ter feito alguma avaliação sobre os efeitos sistêmicos daquela decisão.

3.2. A indefinição do conceito de miséria

Como a Corte não fixou um conceito de pobreza ou miserabilidade, nem um novo critério para auferi-las, importa, esclarecer qual seria o significado dos termos para este trabalho, já que “pobreza é uma palavra com muitos significados, ela pode se referir a circunstâncias materiais, recursos econômicos e posição social”.³⁷⁶

Primeiramente, é interessante anotar o que Tratados Internacionais garantem a toda pessoa o direito de ver atendidas as suas necessidades básicas, como se vê dos artigos 22 e 25.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948):

Artigo 22. Toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país.

Artigo 25. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

No artigo 11 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966):³⁷⁷

ARTIGO 11

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

2. Os Estados Partes do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessárias para:

a) Melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais;

b) Assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios.

³⁷⁶ “...poverty is a word with many meanings: it can refer to material circumstances, economic resources and social position.” SPICKER, Paul. Exclusion and rights. In: WILLIAMS, Lucy; ROBSON, Peter; KJONSTAD, Asbjorn (Coord). *Law and poverty: the legal system and poverty reduction*. London: Zed Books, 2003, p. 124.

³⁷⁷ Promulgado pelo Decreto nº 591, de 06 julho de 1992.

Artigo 6 (1) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966):³⁷⁸

ARTIGO 6

1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.

Certo é que, para o Direito Internacional, a pobreza deve ser combatida e que a vida sem miséria é um direito fundamental, como bem ressalta Andrés Rossetti:

... tengo la convicción que la existencia de la pobreza es no sólo una violación de derechos humanos básicos – se los considere morales o jurídicos, aunque tomo la segunda postura y no entro a distinguirlos aquí con los derechos constitucionales, fundamentales, naturales, básicos, del hombre, etc., todos relacionados en algún sentido y seguramente todos los seres víctimas de esa situación por razones, generalmente, ajenas a su voluntad, sino que se trata de una aberración ética que hace que hoy vivamos en sociedades indecentes, em la terminología de Margalit. La posición antes descripta “justifica”, según algunos, que la pobreza sea vista como “algo natural” y frente a esto, parecería que el derecho nada o poco puede (e incluso debe) hacer respecto.³⁷⁹

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 prevê como um dos objetivos fundamentais da República a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais³⁸⁰, sendo competência de todos os entes federativos o combate à pobreza.³⁸¹

Em princípio, o salário mínimo deveria garantir ao trabalhador o atendimento de “suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”.³⁸²

³⁷⁸ Promulgado pelo Decreto nº 592, de 06 julho de 1992.

³⁷⁹ ROSSETTI, Andrés. Derecho(s) y pobreza: reflexiones sobre una relación problemática. In: ROSSETTI, Andrés; e ALVAREZ, Magdalena (coord). *Derecho y pobreza: un análisis desde el método de casos*. 1ª ed. Córdoba: Advocatus, 2015, p. 104 e 105. Tradução livre: “tenho a convicção de que a existência da pobreza não é apenas uma violação aos direitos humanos básicos - se são considerados morais ou legais, mas tomo a segunda posição e não faço distinção deles com os direitos constitucionais, fundamentais, naturais, básicos, do homem, etc., todos relacionados de alguma forma e certamente todos os seres vítimas desta situação o são por razões geralmente fora de seu controle, mas é uma aberração ética que faz com que hoje vivamos em sociedades indecentes, na terminologia de Margalit. A posição antes descrita "justifica", de acordo com alguns, que a pobreza seja vista como "algo natural" e, frente a isso, parece que o direito pouco ou nada pode (ou mesmo deve) fazer a respeito.”

³⁸⁰ Artigo 3, III, da Constituição Federal de 1988.

³⁸¹ Artigo 23, X, da Constituição Federal de 1988.

³⁸² Artigo 7º, IV, da Constituição Federal de 1988.

E, para atender àqueles que não têm condições físicas para trabalhar, por serem idosos ou por serem portadores de deficiência, a Carta Cidadã prevê a garantia de um salário mínimo de benefício mensal quando comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção.³⁸³

Assim, a Lei nº 8.742/1993, fixou o critério objetivo para a concessão do benefício, considerando o critério da renda mensal **per capita** inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.³⁸⁴ Ele foi chamado de *critério de miserabilidade* pela doutrina e jurisprudência, e utilizado para a determinação da população legalmente elegível da política pública assistencial.

Sobre a palavra *miséria*, encontramos vários significados nos dicionários. O Houaiss³⁸⁵ apresenta a seguinte definição para o verbete *miséria*: “situação ou estado de grande sofrimento” ou “falta total de meios de subsistência”. No mesmo sentido, o Dicionário Michaelis³⁸⁶ diz que ela é a “falta de recursos, penúria, pobreza extrema”; e para o Dicionário Online de Português³⁸⁷, o mesmo verbete é o “estado de pobreza extrema”, um “excesso de sofrimento; em que há desgraça; infortúnio”. Na Enciclopédia Livre *Wikipédia*³⁸⁸ o significado de *miséria* é “uma pobreza tão extrema que suas vítimas não dispõem de dinheiro sequer para adquirir uma quantidade mínima de alimentos e outras coisas essenciais à mera sobrevivência”.

Logo, os conceitos de *miséria* e *pobreza* são diferentes³⁸⁹, apesar de estarem estreitamente relacionados. A *miséria* pressupõe uma extrema *pobreza*, na qual não se consegue

³⁸³ Artigo 203, V, da Constituição Federal de 1988. Sobre a indeterminação de *miséria* no texto constitucional, é interessante o seguinte excerto retirado de um artigo de Inocêncio Coelho: “Se a indeterminação semântica é inerente à linguagem, em geral, e à linguagem jurídica, em particular, e se hoje em dia o direito se manifesta ou se dá a conhecer quase que exclusivamente através de palavras – as palavras da lei — , então o aprimoramento da linguagem jurídica impõe-se como procedimento mais do que necessário, indispensável mesmo, para que se reduzam as obscuridades e as imprecisões involuntárias das mensagens legislativas, dado que, muitas vezes, o legislador decide utilizar-se de palavras de significados abertos, múltiplos ou excedentes, significados que ele entende só devam ser fechados ou tornados precisos quando da sua aplicação/concretização, porque se destinam, precisamente, a reger aquelas situações da vida que, de tão cambiantes ou imprevisíveis, não podem ou não devem ser aprisionadas em expressões semanticamente fechadas. Nessas hipóteses, pode-se dizer que estamos diante de vaguesas intencionais e positivas, ou seja, de imprecisões semânticas deliberadamente assumidas pelo legislador, ao entendimento de que mais otimizam o direito positivo do que embaraçam ou tornam incerta a sua realização.” COELHO, Inocêncio Mártires. Indeterminação do direito e segurança jurídica. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*. Belo Horizonte, ano 9, n. 31, p. 867-892, jan./abr. 2015, p. 881.

³⁸⁴ Artigo 20, § 3º, da Lei Orgânica da Assistência Social.

³⁸⁵ HOUAISS, Antônio (1915-1999) e VILLAR, Mauro de Salles (1939-). *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. Elaborado no Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/A Ltda. 3ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

³⁸⁶ Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=mis%EA9ria> . Acesso em 30 mai 2016.

³⁸⁷ Dicionário Online de Português. Disponível em <http://www.dicio.com.br/miseria/> . Acesso em 30/05/2016.

³⁸⁸ Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Mis%C3%A9ria>: . Acesso em 30/05/2016.

³⁸⁹ Segundo o Dicionário Michaelis, seria a “estreiteza de posses, de haveres; falta de recursos, escassez”. E também a “situação em que o nível de vida do indivíduo ou da família se acha abaixo do nível médio da comunidade tomada como referência.”

atender as necessidades básicas para a sobrevivência, por isso ela está relacionada à mendicância e revela um estado de verdadeira penúria. Andrés Rossetti, debruçando-se sobre o tema da pobreza, diz que ela pode se apresentar sob as concepções extrema, moderada ou relativa, conforme a seguinte transcrição:

[...] se encuentra fundamentalmente relacionada com los ingresos. La extrema comporta la imposibilidad de satisfacer las necesidades básicas de supervivencia, la moderada supone que las necesidades básicas de sobrevivencia está cubiertas pero nada más, mientras que la relativa comporta un nivel de ingreso por debajo de los niveles medios nacionales.³⁹⁰

A miséria seria o que Rossetti chamou de pobreza extrema, e para determiná-la pode ser usado um critério objetivo ou subjetivo, conforme se meça com base em parâmetros ou indicadores objetivos como renda, gastos, linhas de pobreza; ou com base em critérios subjetivos como a percepção das próprias pessoas. Ela comporta, para as pessoas que a sofrem uma variedade de questões, entre as quais destaca-se a sensação de não ter voz, de carecer de proteção, de se sentir humilhado, frustrado, impotente.³⁹¹

Claro é que a pobreza ou a miséria não dizem respeito somente a renda, mas a vários outros aspectos, como discriminação e desigualdade. Quando se pensa em direitos sociais, fica mais evidente o caráter multifacetado da desigualdade, “há uma mistura inextrincável entre a dificuldade de fruição de serviços públicos básicos, o déficit democrático e a desigualdade de acesso às ferramentas do Direito”.³⁹²

Mas, como o conceito é muito subjetivo, para fins de pesquisa tenta-se fixar critérios objetivos como uma linha demarcatória fazendo uso da renda *per capita*. Nesse sentido, é relevante observar o Índice de Pobreza Multidimensional (IPM) fixado pelas Nações Unidas em seus relatórios de análises econômicas e sociais, por se tratar de um indicador de acompanhamento do desenvolvimento humano e ter “como objetivo acompanhar a pobreza que vai além da pobreza de renda”. Ele qualifica como extremamente pobre o percentual da

³⁹⁰ ROSSETTI, Andrés. Derecho(s) y pobreza: reflexiones sobre una relación problemática. In: ROSSETTI, Andrés; e ALVAREZ, Magdalena (coord). *Derecho y pobreza: un análisis desde el método de casos*. 1ª ed. Córdoba: Advocatus, 2015, p. 105. Tradução livre: “se encontra fundamentalmente relacionada com a renda. A extrema comporta a impossibilidade de satisfazer as necessidades básicas de superveniência, a moderada supõe que as necessidades básicas de sobrevivência sejam atendidas, mas nada mais, enquanto que a relativa comporta um nível de ingresso abaixo dos níveis médios nacionais.” Ibid., p. 105-108.

³⁹² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos sociais, Estado de Direito e desigualdade: reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. *Revista Quaestio Iuris*, v. 8, n. 3, p. 2080-2114, Rio de Janeiro, 2015, p. 2082.

população que vive abaixo de US\$1,90 por dia³⁹³ e moderadamente pobres as pessoas com renda diária entre 1,9 dólar e 3,10 dólares.³⁹⁴

A LOAS também fixou um critério objetivo para aferição da miserabilidade para a concessão do BPC, mas o Supremo o declarou inconstitucional. Críticas foram levantadas contra os julgamentos sobre o tema, especialmente sobre a falta de fundamentação dos votos, e Fabrício Resende formulou algumas questões que não foram levadas em consideração pelos Ministros e que deveriam ter sido respondidas e analisadas pela Corte: “qual é a origem e a quantidade dos recursos públicos destinados à política assistencial examinada?³⁹⁵ Há parâmetros de comparação entre essa política assistencial e outras políticas assistenciais promovidas pelo Estado? Quais os resultados obtidos em termos de redução da desigualdade social? É possível estimar o impacto de decisões judiciais na gestão daqueles programas?”³⁹⁶

3.3. A impropriedade da comparação entre o benefício de prestação continuada e o programa bolsa família para alteração do critério de miserabilidade

Existem consideráveis diferenças entre o BPC e as outras políticas assistenciais que foram objeto de comparação, capazes de enfraquecer o argumento dos Ministros no sentido de que as legislações posteriores à LOAS teriam alterado o seu próprio parâmetro. Analisando as outras políticas, verifica-se que elas têm um público alvo diferente e bem amplo, estabelecem

³⁹³ Site do PNUD na internet. Disponível em: http://www.pnud.org.br/IDH/IDH.aspx?indiceAccordion=0&li=li_IDH. Acesso em 30/05/2016. Veja também em: OIT – Organização Internacional do Trabalho. Relatório: *World Employment and Social Outlook 2016: Transforming jobs to end poverty International Labour Office* – Geneva: ILO, 2016. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_481534.pdf. Acesso em 30 mai 2016.

³⁹⁴ Disponível em <https://nacoesunidas.org/oit-empregos-formais-brasileiros-mais-pobres-menos-dependentes-de-programas-de-assistencia/>. Acesso em 30.05.2016. Veja também em: OIT – Organização Internacional do Trabalho. Relatório: *World Employment and Social Outlook 2016: Transforming jobs to end poverty International Labour Office* – Geneva: ILO, 2016. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_481534.pdf Acesso em 30 mai 2016

³⁹⁵ O Benefício de Prestação Continuada integra a proteção social básica no âmbito do Sistema Único de Assistência Social – SUAS e seu financiamento compete ao Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário, por intermédio da Secretaria Nacional de Assistência Social (Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007 e Decreto nº 8.805, de 7 de julho de 2016). Para 2016, foram destinados 45 bilhões de reais para o pagamento do benefício de prestação continuada (informação disponível em <http://www.orcamentofederal.gov.br/orcamentos-anuais/orcamento-2016/ploa/orcamento-cidadao-2016.pdf>), acesso em 19 set 2016).

³⁹⁶ RESENDE, Fabrício Contato Lopes. *O papel do Poder Judiciário no controle da implementação de políticas públicas no Brasil: a política assistencial do artigo 20 da Lei nº 8.742/93*. São Paulo: F.C. L. Resende, 2010, p. 127.

condições a serem cumpridas pelos beneficiários e concedem prestações de valores mais baixos, que visam somente complementar uma renda.

O Programa Bolsa-Família - PBF³⁹⁷ tem por objetivo estimular determinados comportamentos através da fixação de condições para a transferência de recursos. Mas as condicionalidades não têm o objetivo primordial de cercear o acesso à transferência de renda, mas tem a intenção de reforçar direitos (como a vacinação e o ensino fundamental para crianças), além de também funcionarem como mecanismos de alerta, quando o seu descumprimento for motivado pela falta de oferta dos serviços públicos essenciais (sinalizando, assim, a necessidade de investimentos).³⁹⁸ A ideia é complementar, e não substituir, a renda das famílias beneficiadas, por isso o valor das bolsas é inferior a um salário mínimo.

Além do mais, o programa do bolsa-família limita a quantidade de beneficiários ao valor dos recursos alocados no orçamento do programa, sendo mais flexível e sujeito a ajustes fiscais. Ele é considerado uma política barata e eficiente na redução da pobreza e da desigualdade, tendo um custo estimado de 0,35% do PIB e um bom grau de focalização (80% dos recursos beneficiam os 23% dos brasileiros mais pobres).³⁹⁹

Por outro lado, a concessão do BPC é mais restrita, o seu benefício tem um valor maior, não depende do cumprimento de condições, e, por isso, o governo fez a opção por restringir o acesso a um público alvo bem delimitado. Ele é previsto na Constituição, por isso mais

³⁹⁷ “O PBF tem sua gestão sob responsabilidade do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à fome (MDS), ele próprio criado no início de 2004 como etapa do processo paulatino de evolução institucional da política social brasileira. É também parte do Programa Fome Zero, criado em 2003 para substituir o Programa Comunidade Solidária. O Fome Zero consiste em um conjunto de mais de 30 programas complementares dedicados a combater as causas imediatas e subjacentes da fome e da insegurança alimentar, implementados pelo ou com o apoio do governo federal. Sua operação é descentralizada e compartilhada tanto em termos federativos ou verticais (isto é, entre governos federal, estaduais e municipais), quanto em termos horizontais (ou seja, entre diferentes órgãos do nível federal, abrangendo ministérios e um banco federal). O Ministério da Educação e o Ministério da Saúde são responsáveis pelo acompanhamento e fiscalização do cumprimento das condicionalidades vinculadas ao PBF, assim como Municípios e Estados, no bojo de uma interação federativa para a divisão de tarefas”. COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas sociais brasileiras: um estudo sobre o Programa Bolsa Família. In: SHAPIRO, Mario G. (org), TRUBEK, David M. (org), *Direito e desenvolvimento: um diálogo entre os Brics*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 98.

³⁹⁸ COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas sociais brasileiras: um estudo sobre o Programa Bolsa Família. In: SHAPIRO, Mario G. (org), TRUBEK, David M. (org), *Direito e desenvolvimento: um diálogo entre os Brics*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 109-110.

³⁹⁹ “O PBF serve a mais de 12 milhões de famílias e tem sido considerado uma política barata (seu custo estimado é de 0,35% do PIB brasileiro) e eficaz no combate à pobreza e na redução da desigualdade. Além disso, seu grau de focalização é considerado bom (80% dos recursos do Bolsa Família chegam aos 23% mais pobres), tendo em vista sua amplitude geográfica, sua complexidade administrativa e número de beneficiários a que se dirige”. *Ibid.*, p. 76.

estável.⁴⁰⁰ Como é vinculado ao salário mínimo, o benefício recebeu consideráveis aumentos reais nos últimos anos (aumento nominal de 203% desde 2004, contra 54% do Bolsa Família), e essa vinculação também faz com que a sua cobertura seja continuamente ampliada, “porque a cada aumento do salário mínimo também se aumenta a linha de elegibilidade para o programa (um quarto do salário mínimo)”⁴⁰¹.

Sobre o tema, é muito esclarecedor o quadro comparativo do economista Pedro Fernando Nery:

	Bolsa Família	Benefício de Prestação Continuada (BPC)
Instituição	Lei nº 10.836, de 2004	Lei nº 8.742, de 1993 (Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS)
Elegibilidade	Famílias com renda <i>per capita</i> abaixo de R\$ 77 (linha da extrema pobreza) ou com renda <i>per capita</i> abaixo de R\$154 (linha da pobreza) - no último caso apenas se tiverem filhos de até 17 anos, gestante ou nutriz.	Idosos com mais de 65 anos e deficientes físicos com renda <i>per capita</i> abaixo de 1/4 de salário mínimo (R\$ 197, em 2015).
Valor do benefício em 2015	Benefício variável de R\$ 35 por criança até 15 anos e por gestante ou nutriz, R\$ 42 mensais por adolescente de 16 ou 17 (limite de cinco filhos), além do benefício básico de R\$ 77 se extremamente pobre. As "apenas" pobres não recebem o benefício básico de R\$ 77, apenas o variável.	R\$ 788 (um salário mínimo)
Custo estimado para 2015	R\$ 27 bilhões	R\$ 42 bilhões
Beneficiários	50 milhões	4 milhões
Efeito multiplicador no consumo das famílias ¹⁰	2,4	1,54
Aumento nominal do valor do benefício desde 2004	54% (benefício básico)	203%

⁴⁰⁰ RESENDE, Fabrício Contato Lopes. *O papel do Poder Judiciário no controle da implementação de políticas públicas no Brasil: a política assistencial do artigo 20 da Lei nº 8.742/93*. São Paulo: F.C. L. Resende, 2010, p. 135.

⁴⁰¹ NERY, Pedro Fernando. *Qual o programa assistencial mais caro do Brasil? (Não é o Bolsa Família)*. Disponível em: <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2014/11/11/qual-o-programa-assistencial-mais-carro-do-brasil-nao-e-o-bolsa-familia/>>. Acesso em 30 mai 2016.

Assim como o Bolsa Família, o BPC é um programa assistencial que não tem contrapartida contributiva, todavia os dois não podem ser comparados. O valor do benefício no último caso é mais alto que o valor da bolsa família recebida por crianças ou gestantes, apesar da vulnerabilidade das crianças no Brasil ser maior que a dos idosos por exemplo.⁴⁰² Os critérios de comparação são diferentes entre as duas políticas.

De tal modo, ampliar o BPC não atenderia aos supostos objetivos do STF de diminuir a pobreza entre os segmentos mais necessitados da população, além de que “esses recursos poderiam ser utilizados, com o mesmo fim, em outras políticas assistenciais ou em políticas econômicas que promovam o crescimento da renda como um todo”.⁴⁰³ Para fins de checagem, note-se que estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, aponta que o Bolsa Família é a política que mais impacta a desigualdade, pois suas transferências cumprem um “papel positivo importante para a dinâmica macroeconômica brasileira, além de contribuir para a redução da pobreza”.⁴⁰⁴

Ou seja, apesar do BPC ser guiado por uma noção de solidariedade, como os Ministros ressaltaram em seus votos, é fundamental que o sistema de seguridade social tenha uma trajetória sustentável, o que significa maior formalização no mercado de trabalho e uma adesão efetiva à Previdência⁴⁰⁵, para que o trabalhador tenha uma aposentadoria quando chegar à idade avançada. Além disso, o Estado tem a possibilidade de optar por concentrar investimentos com

⁴⁰² NERY, Pedro Fernando. *Qual o programa assistencial mais caro do Brasil? (Não é o Bolsa Família)*. Disponível em: <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2014/11/11/qual-o-programa-assistencial-mais-car-do-brasil-nao-e-o-bolsa-familia/>>. Acesso em 30 mai 2016.

⁴⁰³ Ibid.

⁴⁰⁴ NERI, Marcelo Côrtes. VAZ, Fábio Monteiro. SOUZA, Pedro Herculano Guimarães Ferreira. *Efeitos macroeconômicos do Programa Bolsa Família – uma análise comparativa das transferências sociais*. IPEA. Disponível em: <https://wpp.org.br/sites/default/files/efeitos_macroeconomicos_do_bf_ipea.pdf>. Acesso em 22 ago 2016. E notícia do dia 15/10/2013 disponível no link: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=20220&catid=4&Itemid=2>

⁴⁰⁵ “A adesão à Previdência Social é desestimulada pelas atuais regras de concessão do BPC e dos benefícios do INSS. Atualmente, tem direito à aposentadoria por idade, no caso dos homens, o segurado com 65 anos de idade, exatamente a idade mínima de elegibilidade para o BPC. Da mesma forma, o menor benefício a ser pago pelo INSS é o de um salário mínimo, mesmo valor do BPC. Sendo assim, por que contribuir com parte do salário durante toda vida para receber um salário mínimo como benefício, se esta mesma quantia pode ser obtida, sem contribuição, por meio do BPC? [...] Uma menor adesão à Previdência Social tem como consequência o agravamento da informalidade (que em meados desse ano ainda atingia um terço dos trabalhadores, segundo o IPEA) e da desproteção no mercado de trabalho (um trabalhador informal não tem direito ao auxílio-doença, ao seguro desemprego ou à aposentadoria por invalidez, por exemplo). Ainda há como consequência a diminuição das receitas do INSS, dificultando ainda mais o controle do seu crônico e crescente déficit.” NERY, Pedro Fernando. Op. cit.

a infância e a juventude, o que teria um poder transformador na sociedade tendo reflexos nas gerações seguintes.

Para ilustrar o impacto do BPC no orçamento, o IPEA divulgou que no ano de 2011 foram gastos 23,4 bilhões de reais com o pagamento do BPC (enquanto o Bolsa Família executou 16,6 bilhões).⁴⁰⁶ No ano de 2012 foram pagos 27,43 bilhões; em 2013 foram 31,41 bilhões; e em 2014 o gasto foi de 35,14 bilhões.⁴⁰⁷ Em 2015, contabilizou-se 39,64 bilhões de reais para pagamento dos benefícios.⁴⁰⁸

O foco das preocupações é saber se a aplicação da regra legal conforme interpretação restritiva é incompatível com o que foi determinado na Constituição, notadamente o direito à assistência social e o direito à dignidade. O benefício foi regulamentado pela Lei fixando critérios de miserabilidade compatíveis com as restrições orçamentárias e dentro dos limites de competência do legislador. De fato, podem ocorrer casos em que as condições especiais da pessoa sejam tão graves que, ainda que a renda *per capita* familiar seja acima de ¼ de salário mínimo, a sua condição seja de extrema pobreza. Nestes casos, o Poder Judiciário tem autonomia para decidir de maneira diversa e, sob uma robusta argumentação, dizer que o autor tem direito ao benefício.⁴⁰⁹

3.4. Os efeitos não estimados na decisão do Supremo Tribunal Federal

Mas a alteração da jurisprudência para declarar a inconstitucionalidade da norma não atende às exigências do princípio da isonomia, porque casos especiais continuarão a ser submetidos ao crivo do Judiciário, que precisará flexibilizar a regra mais recente diante de condições indignas de sobrevivência. As diferenças de entendimento dentro da própria

⁴⁰⁶ IPEA. Gastos sociais federais somaram R\$ 672 bilhões em 2011. Notícia de 04/12/2012. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=16312&catid=10&Itemid=9>. Acesso em 22 ago 2016.

⁴⁰⁷ Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome - MDS. <http://www.mds.gov.br/relocrys/bpc/download_beneficiarios_bpc.htm>. Acesso em 22 ago 2016.

⁴⁰⁸ Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome - MDS. <<http://www.mds.gov.br/relocrys/bpc/docs/downloads/2015/DezTodos.pdf>>. Acesso em 22 ago 2016.

⁴⁰⁹ RESENDE, Fabrício Contato Lopes. *O papel do Poder Judiciário no controle da implementação de políticas públicas no Brasil: a política assistencial do artigo 20 da Lei nº 8.742/93*. São Paulo: F.C. L. Resende, 2010, p. 135 e ss.

magistratura também constituem grande obstáculo à uniformização da jurisprudência sobre o tema, gerando decisões diferentes para casos semelhantes, em franca violação ao princípio da isonomia.

Nestes casos a atuação judiciária não se legitima porque a mesma medida não pode ser universalizada para os hipossuficientes da mesma maneira. Julgar cada caso com um critério diferente de miserabilidade faz com que sejam atendidas algumas necessidades individuais sem se considerar a possibilidade de universalização da medida para todos os hipossuficientes, o que “representa redistribuição de renda não informada por critérios publicamente justificáveis” Este é um exemplo de como “decisões judiciais que não observam mais detidamente suas consequências práticas podem acabar por produzir efeitos contrários aos valores que lhes inspiraram.”⁴¹⁰

A opção que o STF fez pela declaração de inconstitucionalidade considerou apenas o valor adjudicado ao dispositivo, sem atentar para a segurança jurídica e a isonomia, além de transferir a avaliação sobre o alcance da política pública da Administração (que aplicava um critério objetivo), para o julgador (magistrados de todas as instâncias judiciais), que pode adotar parâmetros subjetivos para a concessão do benefício. Como bem anota Jefferson Guedes, “a pobreza é vista como privação ou insuficiência de capacidades, sendo medida em termos relacionais em cada sociedade, de modo que os pobres de uma comunidade não são necessariamente, os pobres de outra”.⁴¹¹

E Elival Ramos afirma que:

Não é difícil perceber a conexão entre a exigência isonômica de que todas as pessoas sujeitas a situações fáticas substancialmente idênticas sejam tratadas da mesma maneira e as abstrações e generalizações que dominam a estrutura interna do ordenamento jurídico, já a partir dos traços característicos das normas jurídicas geradas com o exercício da função legislativa, passando pelo agrupamento dessas normas em institutos, pela simplificação generalizante destes na forma de conceitos jurídicos e pela aproximação entre normas, institutos e conceitos propiciada pelos nexos funcionais. Mas também outra viga axiológica do Estado de Direito, a segurança jurídica e suas múltiplas manifestações (previsibilidade das imposições normativas, estabilidade da legislação etc.) pressionam ‘para a formação de um sistema, pois todos esses postulados podem ser muito melhor prosseguidos através de um Direito adequadamente ordenado, dominado por poucos e alcançáveis princípios, portanto um

⁴¹⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel (orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 540/545.

⁴¹¹ GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e Desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Direito ordenado em sistema, do que por uma multiplicidade inabarcável de normas singulares desconexas' e, por isso mesmo, amiúde contraditórias entre si.⁴¹²

O Supremo não deixou estabelecido qualquer outro critério, tendo constatado somente a insuficiência da norma em vigor. Houve a tentativa de modulação de efeitos⁴¹³ da decisão sugerida pelo Ministro Gilmar Mendes, que mantinha o critério do § 3º do artigo 20 da LOAS por dois exercícios financeiros para que os Poderes Executivo e Legislativo pudessem “atuar no sentido da criação de novos critérios econômicos e sociais para a implementação do benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição”, mas ela não foi aprovada. A modulação teria diminuído a contratura no relacionamento entre os Poderes, possibilitando ao Executivo e ao Legislativo que exercessem suas competências constitucionais antes que o entendimento do Supremo passasse a ditar as decisões futuras.

Extraem-se das notas taquigráficas a seguinte observação feita pelo Ministro Gilmar Mendes que, apesar de concordar com o voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento do RE nº 567.985/MT, não acedeu com a declaração de inconstitucionalidade da norma, dizendo que: “gostaria de opor um reparo: é que a solução de Sua Excelência devolve ao juiz a adoção de critérios, e, obviamente, retira aquilo que da tribuna se aponta, retira a possibilidade de que o legislador fixe um critério, quer dizer, estabelecendo um mínimo de segurança jurídica”. Ele foi acompanhado pelo Ministro Luiz Fux que entendeu ser necessário dar um prazo para que o “Congresso Nacional, órgão a quem compete legislar, delibere acerca de critérios mais adequados à concretização das finalidades constitucionais subjacentes ao art. 203, V, da Lei Maior”.

Somente a título ilustrativo, no ano de 2011, o INSS indeferiu **89 mil** Benefícios de Prestação Continuada em razão do critério renda⁴¹⁴. Admitir o afastamento da objetividade desse critério pelo Poder Judiciário, reavivando a tese vencida na ADI nº 1.232, de forma a que seja aferido o acesso ao benefício em razão de outros meios, tem o potencial de levar, a cada ano, o mesmo número de autores à Justiça, tornando os Juizados Especiais Federais, mais uma vez, sucedâneos das Agências do INSS.

⁴¹² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 178.

⁴¹³ Art. 27 da Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999: Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

⁴¹⁴ Dados constantes dos Memoriais entregues pelo INSS aos Ministros do STF por ocasião da publicação da pauta de julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 567.985/MT e 580.963/PR.

A decisão do STF não alterou o critério legal a ser obedecido pela Autarquia Previdenciária, a qual está vinculada ao dispositivo pelo princípio da legalidade⁴¹⁵, mas permitiu a revisão judicial de todos os pedidos julgados improcedentes pelo INSS. Isso porque, foi simplesmente declarada a inconstitucionalidade do referido parágrafo sem pronúncia de nulidade, permitindo a interferência direta do Judiciário na execução da política pública.

O servidor do posto do INSS não tem discricionariedade para decidir sobre a conveniência de se considerar um critério ou outro em cada caso, porque a política pública está discriminada na Constituição e os seus critérios estão dispostos em Lei. A análise sobre a concessão do benefício continua usando como critério o valor previsto na LOAS, pois se trata de um ato administrativo plenamente vinculado, conforme ensinou Hely Lopes Meirelles:

Atos vinculados ou regrados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade ao administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa.

A decisão do STF substituiu o único critério para a definição da prestação isonômica do benefício pelo simples subjetivismo, ou seja, foi criada uma lacuna legislativa a ser preenchida pelos magistrados na análise dos casos concretos, nos quais eles poderão analisar o ato administrativo de indeferimento com base nos seus próprios critérios de miserabilidade.⁴¹⁶

Neste caso, faz muito sentido uma citação de Eduardo Cambi:

O “novo” deve se impor na medida em que mostre ser uma alternativa melhor que a velha. A mudança não pode ser feita para que as coisas continuem substancialmente as mesmas, apenas com uma aparência diferente. Mudar por mudar é esconder a vontade de manter as coisas como já eram ou dar uma aparência nova para poder retroceder aos avanços já conquistados.⁴¹⁷

⁴¹⁵ “A Constituição consagra, no art. 37, a ideia de que a Administração Pública está submetida, entre outros, ao princípio da legalidade, que abrange o postulado da supremacia da lei e o princípio da reserva legal. A supremacia da lei expressa a vinculação da Administração ao Direito, o postulado de que o ato administrativo que contraria norma legal é inválido. O princípio da reserva legal exige que qualquer intervenção na esfera individual (restrições ao direito de liberdade ou ao direito de propriedade) seja autorizada por lei.” MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 785.

⁴¹⁶ WEBER, Aline Machado. *Renda máxima para obtenção de benefício assistencial: critério legal ou judicial?*. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 3875, 9 fev. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26660>>. Acesso em 24 ago 2015.

⁴¹⁷ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. *Panóptica*, v. 2, n. 2, 2007, p. 43. Disponível em <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/download/59/64>>. Acesso em 2 mai 2016.

O critério de $\frac{1}{4}$ de salário mínimo *per capita* pode não ser o melhor, segundo o ponto de vista do Ministros, mas ele foi definido em Lei, tendo passado pela análise do Poder Legislativo, conforme determinado na própria Constituição. No julgamento do pedido liminar na ADI 1.232-1/DF, o Ministro Maurício Corrêa destacou em seu voto condutor que:

A norma constitucional não é autoaplicável porque depende de lei regulamentadora. O caput do art. 20 da lei repete o inciso V do art. 203 da Constituição; o § 1º dá o conceito de família para os efeitos do caput; o § 2º conceitua pessoa portadora de deficiência para os efeitos do caput; e o impugnado § 3º dá o conceito de família incapaz de prover o necessitado referido no caput.⁴¹⁸

E o Ministro conclui o seu voto afirmando que:

Mesmo sem apreciar a questão no contexto de uma escala axiológica, como exige o pedido formulado, creio que o dano decorrente da suspensão cautelar do dispositivo legal é maior do que a sua manutenção: a liminar faria com que a norma constitucional que assegura o direito voltasse a ter eficácia contida, e ficaria novamente dependente de regulamentação legal para ser aplicada, privando a Administração de conceder novos benefícios até o julgamento final da ação.

Naquela oportunidade, a Corte foi unânime em reconhecer o dano de se declarar inconstitucional o dispositivo legal que regulamentou o critério de miserabilidade, porque para que o benefício fosse concedido, era necessária a fixação de parâmetros.

Fazendo uma interpretação sistemática, a lei também estaria de acordo com a Constituição quando entende que o mínimo que uma pessoa pode ter para a sua sobrevivência é um quarto do salário mínimo. No artigo 7º, inciso IV, da CF/88, está expresso que é um direito do trabalhador:

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de *atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família* com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; (grifos nossos)

Está claro no texto constitucional que o salário mínimo deve ser suficiente para a manutenção do trabalhador e da sua família, e, segundo dados do Instituto Brasileiro de

⁴¹⁸ Há normas constitucionais que exigem uma intervenção legislativa para que gozem de plenitude eficaz, conforme explica Elival Ramos: “Trata-se de normas de eficácia limitada ou *not self-executing*, na terminologia clássica, as quais somente incidem totalmente sobre os interesses objeto de sua regulamentação após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia, conquanto tenham uma incidência reduzida e produzam efeitos secundários.” E também afirma que “da eficácia das normas constitucionais ou de sua natureza principiológica decorrem importantes limites a serem observados por juízes e tribunais”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 185 e 187.

Geografia e Estatística-IBGE, a família brasileira é composta, em média, por 4 pessoas.⁴¹⁹ Assim, o critério da Lei está em harmonia com a garantia constitucional, o que não significa que não possa ser melhorado. Mas, se fosse assim, a inconstitucionalidade não deveria recair sobre a lei que fixa o valor do salário mínimo? E por que o Judiciário não anula contratos trabalhistas de um salário mínimo quando ele não é suficiente para suprir as necessidades da família do empregado, como previsto na Constituição?

Se se analisar o caso segundo o critério de extrema pobreza fixado pelas Nações Unidas (utilizando dados atuais), a LOAS estaria em harmonia com os relatórios da organização. Isso porque para ser considerado extremamente pobre, uma pessoa deve viver com até US\$ 1,90 por dia. Assim, seriam US\$ 57,00 por mês. Utilizando a atual cotação da moeda estrangeira (que é uma das mais altas das últimas décadas) de R\$ 3,60 por cada dólar, daria o valor aproximado de R\$ 205,20 por mês. A renda de $\frac{1}{4}$ (um quarto) de salário mínimo hoje equivale a R\$ 220,00 de renda mensal. Assim, o critério da LOAS é muito próximo do padrão internacional.⁴²⁰

Fato é que o artigo 20 da LOAS cuida de uma política pública que não se confunde com políticas assistencialistas temporárias e sem vinculação com garantias constitucionais. Essas novas “bolsas” não deveriam ser comparadas ao BPC e poderiam até ser usadas para justificar a manutenção do critério legal, já que foram criadas para ajudar a complementar a renda de famílias carentes, especialmente as mais numerosas.

A intervenção do Judiciário na redefinição do critério de miséria contribuiu para que o BPC se tornasse o programa assistencial mais caro do País ⁴²¹ e o alargamento dos benefícios

⁴¹⁹ Confira-se em: <http://teen.ibge.gov.br/biblioteca/274-teen/mao-na-roda/1770-a-familia-brasileira.html>

⁴²⁰ Apesar destas comparações, há doutrina divergente que entende insuficiente o critério: “O critério atual de um quarto de salário mínimo não tem fundamentação técnica que vincule sua origem aos princípios constitucionais que guiam a assistência. A noção constitucional de garantia do sustento remete-se a consumo; portanto, é aceitável que o critério de seleção do BPC seja estabelecido tendo a renda mensal como parâmetro. O valor do patamar de renda, no entanto, não possui fundamentação razoável. Se o valor do salário mínimo tentasse replicar o necessário para assegurar o sustento de uma família, o critério de um quarto do salário mínimo per capita seria incorreto. As linhas de pobreza brasileiras usadas para monitoramento e pesquisa são todas superiores a esse montante. Em outras palavras, o BPC não é atualmente um programa para pessoas pobres, mas para pessoas extremamente pobres”. PENALVA, Janaina. DINIZ, Debora. MEDEIROS, Marcelo. O benefício de prestação continuada no Supremo Tribunal Federal. *Revista Sociedade e Estado*. Volume 25, n. 1. Brasília, Jan/Abr 2010, p. 63.

⁴²¹ “Cabe observar que alguns pesquisadores considerariam que o programa assistencial mais caro do país seria o pagamento da aposentadoria rural, já que este benefício, embora pertença à Previdência Social, não exige contribuição direta ao sistema de seguridade, mas apenas a comprovação de 15 anos de trabalho rural.” MENEGUIN, Fernando B. ; e BUGARIN, Tomás T. S. *Qual o critério para ser miserável no Brasil? (e como o Judiciário agrava a miséria)*. Disponível em: <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/author/meneguin-bugarin/>> . Acesso em: 30 mai 2016.

foi feito sem previsão de uma harmonização entre tais direitos e os recursos disponíveis para a concretização das políticas públicas.

Além disso, a decisão contribui para o aumento da insegurança jurídica que sobrecarrega o próprio Judiciário. Como a Administração deve observar o princípio da legalidade nos seus atos, ela deve continuar aplicando o critério de miserabilidade previsto na LOAS, sem apreciar provas além da renda familiar. Isso porque a lei não lhe confere discricionariedade para analisar situações pessoais e valorá-las caso a caso, além do fato de que a autoridade autárquica possui poucos instrumentos para verificar a condição social e econômica do requerente. Assim, quando negado o benefício pelo INSS, ao pretense beneficiário só restará a opção de recorrer ao Judiciário. E, como o critério de aferição da miserabilidade passou a ser bem flexível e subjetivo, não há segurança jurídica de que dois casos similares terão o mesmo resultado em diferentes regiões do país.⁴²²

Em suma, o caso do BPC demonstra que há uma dissintonia entre o que a Constituição prevê e o que os beneficiários esperam. Contudo, o modo como qual a Corte Suprema se dispôs a resolver o problema é antidemocrático e até irresponsável:

[...] o apelo, cada vez mais frequente, à jurisdição constitucional, na sua feição direta e concentrada, ao mesmo tempo que indica um sintoma e um efeito da contemporaneidade e do distanciamento entre promessas constitucionais e sua realização, também aponta para o repensar das estratégias de tradução do Direito, inclusive para ressignificar as formas de atuação dos meios de sua aplicação.⁴²³

O STF permitiu que mais pessoas fossem enquadradas como miseráveis sem realizar prévio estudo técnico quanto ao impacto orçamentário de sua decisão, desconsiderando o critério objetivo fixado pelos Poderes Executivo e Legislativo. Essa decisão impõe um grande custo social que absorve uma grande “alocação orçamentária para atender às demandas judiciais, restando menos recursos para o desenvolvimento de políticas públicas que poderiam

⁴²² MENEGUIN, Fernando B. ; e BUGARIN, Tomás T. S. *Qual o critério para ser miserável no Brasil? (e como o Judiciário agrava a miséria)*. Disponível em: <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/author/meneguin-bugarin/>>. Acesso em 30 mai 2016.

⁴²³ MORAIS, José Luis Bolzan; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. Por uma tradução democrática do Direito: jurisdição constitucional e participação cidadã. In: COUTINHO, Jacinto Miranda. FRAGALE, Roberto. LOBÃO, Ronaldo (orgs) .*Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 203.

atender à sociedade de forma generalizada e criando mais obstáculos para o desenvolvimento econômico”.⁴²⁴

A questão deve ser tomada muito a sério, não só pelo Poder Executivo, pelo Legislativo, mas também pelo Judiciário. Alterações nas políticas públicas sem a análise das suas consequências podem gerar mais comprometimentos do que efetividade às ações governamentais para a garantia de direitos fundamentais:

Los derechos humanos, mediante los que se imponen límites a la discrecionalidad de las políticas públicas, debieran empezar a ser tomados en serio por quienes los operan, y con ello respetar los principios de igualdad, dignidad y no discriminación, entre otros, consagrados en sus normas. Sin embargo, a su vez, muchas veces el discurso-lenguaje de los derechos humanos termina legitimando abusos del poder y sirve como cortina de humo para mantener el status quo o incluso situaciones de dominación. Lo que podría calificarse como ‘holocausto cotidiano’, fruto, en buena parte, de la situación de pobreza en que se vive, sigue existiendo. Pocas dudas quedan en que no hay real intención de hacer que la situación cambie y que el derecho cumpla un rol eficaz para ello. Los principales responsables de esto son quienes toman las decisiones en las situaciones de poder.⁴²⁵

3.5. As alterações legislativas após a declaração de inconstitucionalidade do critério de miserabilidade

Após a declaração de inconstitucionalidade, o *status quo* pouco mudou. Em primeiro lugar, porque a decisão do STF não alterou o texto legal, que foi mantido exatamente com os mesmos termos. O Instituto Nacional do Seguro Social continuou a aplicar a LOAS em observância ao princípio da legalidade e as varas federais continuam recebendo ações individuais com o mesmo pedido de concessão do benefício.

⁴²⁴ MENEGUIN, Fernando B. ; e BUGARIN, Tomás T. S. *Qual o critério para ser miserável no Brasil? (e como o Judiciário agrava a miséria)*. Disponível em: <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/author/meneguin-bugarin/>>. Acesso em 30 mai 2016.

⁴²⁵ ROSSETTI, Andrés. Derecho(s) y pobreza: reflexiones sobre una relación problemática. In: ROSSETTI, Andrés; e ALVAREZ, Magdalena (coord). *Derecho y pobreza, un análisis desde el método de casos*. 1ª ed. Córdoba: Advocatus, 2015, p. 118. Tradução livre: “ Os direitos humanos, mediante os que impõem limites à discricionariedade das políticas públicas, devem começar a ser tomados a sério por quem os opera, e devem respeitar igualmente os princípios da igualdade, dignidade e não discriminação, entre outros, consagrados em suas normas. Sem embargo, muito do discurso-linguagem dos direitos humanos termina legitimando abusos do poder e serve como cortina de fumaça para manter o status quo ou mesmo situações de dominação. O que poderia qualificar-se como ‘holocausto cotidiano’, fruto, em boa parte, da situação de pobreza em que se vive, segue existindo. Poucas dúvidas restam sobre a real intenção em se fazer que a situação mude e que o direito cumpra um rol eficaz para isso. Os principais responsáveis por isso são aqueles que tomam as decisões nas situações de poder”.

Os magistrados tiveram mais liberdade para conceder os pedidos conforme o novo entendimento da Corte Suprema, mas, na verdade, eles já o faziam antes dos julgamentos de 2013, conforme destacou o Ministro Gilmar Mendes no julgamento da Reclamação nº 4.374/PR sobre o tema:

Uma difícil questão constitucional, que vem sendo resolvida pela atuação corajosa da magistratura de primeira instância, na tentativa de remediar um gravíssimo problema social que se notabiliza com uma soma de injustiças, decorrente de uma desencontrada relação entre a letra objetiva da lei e a vontade da Constituição.

O exame dos diversos casos revela um comportamento judicial peculiar, porém muito comum. A análise histórica dos modos de raciocínio judiciário demonstra que os juízes, quando se deparam com uma situação de incompatibilidade entre o que prescreve a lei e o que se lhes apresenta como a solução mais justa para o caso, não tergiversam na procura das melhores técnicas hermenêuticas para reconstruir os sentidos possíveis do texto legal e viabilizar a adoção da justa solução.

A LOAS não sofreu alterações nestes últimos três anos, salvo aquela determinada pela Lei nº 13.146 de 6 de julho de 2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Ela fez constar o novo conceito de pessoa com deficiência para fins de recebimento do benefício, que agora são aquelas que “tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”. Esse novo conceito permite que muitas pessoas sejam incluídas no rol de elegíveis para o recebimento de um salário mínimo mensal, pois é mais abrangente que o conceito original que definia como pessoa incapacitada para a vida independente e para o trabalho.

Além disso foi alterado o parágrafo 9º para excluir os rendimentos decorrentes de estágio supervisionado e de aprendizagem no cômputo da renda familiar *per capita* a que se refere o § 3º do artigo. E, também foi incluído um novo parágrafo no artigo 20 da LOAS⁴²⁶, *in verbis*:

⁴²⁶ Art. 105 da Lei 13.146 de 6/7/2015: “ O art. 20 da Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 20.

§2o Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

.....
 § 9o Os rendimentos decorrentes de estágio supervisionado e de aprendizagem não serão computados para os fins de cálculo da renda familiar per capita a que se refere o § 3o deste artigo.

.....

§ 11. Para concessão do benefício de que trata o *caput* deste artigo, poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme regulamento.

Esse novo parágrafo está de acordo com a decisão do Supremo ao afirmar que a condição de miserabilidade poderá ser provada por outros meios, mas deixou claro que isso se dará “conforme regulamento”. Então, até que se regule a norma, a situação continua exatamente a mesma, pois não há outro critério legal (e objetivo) para auferir a incapacidade de prover a manutenção da pessoa, salvo aquele previsto no § 3º do artigo 20 da LOAS.

Interessante anotar que o critério não foi alterado para ½ salário mínimo, como o Tribunal Regional Federal da 4ª Região fixou em sua jurisprudência, nem como daria para se extrair da fundamentação de alguns dos votos dos Ministros do STF, mas postergou-se a decisão sobre os novos critérios para um futuro regulamento.

Não tem como se negar a lentidão do Legislativo (e também do Executivo) em deixar mais claras as regras e dar fim a tantos questionamentos sobre os critérios de concessão do benefício. Mas, também salta aos olhos que a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, especialmente no caso em exame, tem ocorrido fora das suas capacidades institucionais, sem prévios estudos de Legística, sem conhecimento dos impactos no orçamento público e sem diálogo entre as instituições. A impressão é que o STF precisava dar um sinal para que a magistratura de primeiro e segundo grau continuassem a conceder benefícios conforme suas próprias convicções (já que outro critério não foi fixado), sem, contudo, ter a responsabilidade de alterar a lei. Ele não resolveu a situação dos autores que continuam ajuizando ações judiciais e que prosseguem dependendo da “benevolência” do juiz sorteado para o seu processo. Enfim, pouca coisa mudou.

§11. Para concessão do benefício de que trata o *caput* deste artigo, poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme regulamento.”

Conclusões

A atuação do Supremo Tribunal Federal tem sido de grande relevância para a proteção dos direitos fundamentais e também para a proteção de minorias e grupos em desvantagem, contudo não se pode aceitar todo e qualquer excesso no controle ou intervenção judicial com essa justificativa. Isso porque o agigantamento do Poder Judiciário foi uma reação ao acúmulo de poder por parte do Parlamento e do Executivo, e “o surgimento de um dinâmico terceiro gigante, com guardião e controlador dos poderes políticos do novo estado leviatã, constitui por si mesmo um acontecimento não imune aos riscos de perversão e abuso”, conforme dito por Mauro Cappelletti. Assim, o trabalho propôs uma reflexão sobre os limites de atuação das Cortes e sobre os fenômenos do neoconstitucionalismo e do ativismo judicial que estão tão em voga atualmente.

Destaco a seguir os principais tópicos e conclusões da pesquisa, agregadas por capítulo:

CAPÍTULO 1

- A autoridade decisória do Poder Judiciário tem se expandido no cenário do neoconstitucionalismo especialmente por causa das transformações teóricas que tomaram lugar no âmbito do Direito Constitucional aproximando o Direito da política e também da moral. Na seara dos direitos sociais esse fenômeno fica evidente porque é grande a demanda da sociedade brasileira por conta dos baixos índices de distribuição de renda e disparidade de classes.
- Dentre os vários conceitos de *ativismo judicial*, adotou-se aquele que o define como o exercício da função jurisdicional que desborda dos limites impostos pelo ordenamento jurídico em detrimento das funções legislativa, administrativa e de governo. Esse conceito se manteve coerente com a ideia de um engajamento por parte da magistratura que não está em harmonia com o paradigma pós-positivista e, portanto, mais perto de uma extrapolação dos parâmetros de atuação do Judiciário
- O fenômeno do ativismo judicial não se confunde com a judicialização de políticas públicas, apesar de estarem estreitamente relacionados, pois pode haver a judicialização de uma política sem que a decisão tenha caráter ativista (quando ela for proferida dentro dos limites de atuação do magistrado).
- A politização do Poder Judiciário já é um fato que não pode ser negado, mas a intervenção judicial deve ocorrer em casos excepcionais, quando estiver comprovada

ilegalidade ou desvio de finalidade na atuação do administrador público. Isso porque as decisões judiciais tendem a ser desestruturantes das políticas públicas quando determinam obrigações fora da previsão orçamentária e fora do escopo das políticas, ou quando ampliam direitos e restringem condicionantes. Dessa forma são gerados impactos imprevisíveis na execução do programa político e alteradas as projeções, resultados esperados, e, conseqüentemente, há um desvirtuamento da análise de dados para a avaliação da política e início do novo ciclo. Ocorre uma desestruturação de ciclos, uma interferência sem conhecimento dos efeitos que causarão nos sistemas jurídico e político, uma troca da racionalidade gerencial sistemática pela racionalidade lógica linear.

- Especialmente porque o Poder Legislativo tem sido omissivo em questões importantes para a sociedade, os Tribunais têm sido provocados a decidir quando há um vácuo legislativo. Nestes casos o Supremo Tribunal Federal tem adotado interpretações conforme a Constituição, extrapolando limites de sua competência e invadindo a seara de atividades próprias do legislador. Nessas hipóteses, quando a norma é feita e aplicada pelo mesmo Poder (no caso, o Judiciário), fica comprometido o controle heterogêneo previsto na Constituição, configurando uma agressão ao princípio da separação dos poderes.
- O que se verifica no Brasil, é que o Poder Judiciário tem se afastado da linha de autocontenção e se aproximado do ativismo judicial, como está claro em alguns julgados do STF em que a Constituição foi aplicada diretamente a situações que não estavam contidas no seu texto e que não tinham sido apreciadas pelo Legislativo. São exemplos desse fenômeno os casos da fidelidade partidária (em que foi criada uma nova hipótese de perda de mandato), da vedação do nepotismo aos Poderes Executivo e Legislativo (em que foi criada uma regra limitadora de direitos por meio da jurisprudência), da declaração de inconstitucionalidade da Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS) com base em critérios menos rígidos (na qual foi declarada a inconstitucionalidade sem redução do texto da lei sem fixar novos parâmetros para a concessão do benefício de prestação continuada).
- O espaço de poder alcançado pelo Judiciário, em especial pelo Supremo Tribunal Federal, fragiliza o sistema representativo quando ele ultrapassa a tênue linha demarcatória entre a legitimidade da função judicante e a usurpação das decisões políticas concebidas em processo legítimo nos outros Poderes. A crescente intervenção judicial traz riscos para a legitimidade democrática, gerando uma maior politização da justiça e estimulando a magistratura a decidir fora das suas capacidades institucionais quando aprecia questões técnicas de competência decisória do Executivo ou do Legislativo. Como os membros do Poder

Judiciário não são eleitos pelo povo, não teriam o aval constitucional para deliberar e até invalidar atos dos outros Poderes, o que a doutrina constitucionalista chama de força contramajoritária de órgãos não eletivos

- É bom lembrar que um juiz não é sempre ativista, nem pode ser sempre autorrestritivo; mas pode ser os dois em momentos diversos, dependendo da realidade fática que estiver apreciando. Nada obstante, a atuação Judicial deve ter limites, como a observância da sua função constitucional e o respeito aos precedentes, levando sempre em conta o contexto cultural, econômico e histórico em torno do tema sob o qual se decidirá, bem como as consequências das suas decisões.
- E o paradigma jusfilosófico mais adequado para toda esta análise é o pós-positivismo, porque ele mantém um compromisso com a teoria da argumentação jurídica e também com a filosofia moral. Trata-se da ideia de positivismo sem a desvinculação completa da realidade social e das aspirações valorativas da sociedade, ele não está alheio à realidade e por isso é mais compatível com o Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO 2

- A atividade jurisdicional deve se pautar por parâmetros para que não seja ilegítima ou abusiva. Pensando no fenômeno do ativismo judicial, há alguns limites que visam contê-lo, como a capacidade institucional do Judiciário; o equilíbrio entre o atendimento do mínimo existencial e a reserva do possível; a vinculação aos precedentes; o ônus argumentativo e os limites impostos pelo sistema jurídico.
- Nos casos em que o legislador e o administrador tiverem feito ponderações e opções corretas à luz das colisões de direitos e princípios, o Judiciário deve ser deferente às decisões dos outros Poderes, porque a definição do quanto se deve gastar e qual a finalidade da aplicação dos recursos públicos são decisões próprias das instituições de deliberação democrática, e não da magistratura.
- Existe um limite razoável daquilo que o indivíduo pode exigir da sociedade e compete ao legislador equilibrar o interesse da coletividade com os pleitos por prestações, levando em consideração a escassez de recursos e a necessidade de autorização orçamentária. Ao apreciar demandas por prestações, o juiz deve interpretar a noção da reserva do possível e a ideia dos direitos fundamentais como normas que guardam comandos de otimização.
- As discussões sobre o BPC estão no limite do mínimo existencial porque se trata de um auxílio para pessoas que não conseguem suprir suas necessidades mais elementares. Todavia,

o objetivo da política não é eliminar a pobreza e a estratificação social do país, e sim garantir meios de sobrevivência para a pessoa idosa e para a pessoa com deficiência, tema de grande relevância política e social. O debate judicial foi travado sobre a inconstitucionalidade da norma que prevê o critério de miserabilidade, ou seja, sobre o critério do mínimo aceitável para a existência digna da pessoa.

- O mínimo existencial diz respeito às condições mínimas de existência humana digna e a sua ausência não deve ser confundida com a pobreza, uma vez que a última está relacionada com as causas de redistribuição de renda e classes sociais. Também não é de se confundir o mínimo existencial com os direitos sociais, visto que estes dizem respeito à situação econômica do país e são dependentes da reserva do possível e da conformidade da autorização orçamentária.
- O mínimo existencial desempenha um papel análogo ao desempenhado pela reserva do possível, mas em sentido oposto. Se, por um lado, a reserva do possível concebe um limite máximo ou teto para o Estado Social, excluindo anseios despropositados; o mínimo existencial exerce o papel de um piso.
- Se a Administração investe em políticas sociais, o Judiciário deveria adotar uma postura de autocontenção, com uma intervenção mais moderada, porquanto os governos que dão prioridade à garantia de direitos sociais, tanto no orçamento, quanto em sua execução, devem gozar de uma presunção de constitucionalidade de suas opções discricionárias.
- O comportamento reiterado do Judiciário em interferir nas políticas públicas afeta a consolidação de uma cultura de hígidez orçamentária, que é um corolário da própria cultura constitucional. O orçamento foi constitucionalizado e a realização de despesas públicas passou a depender de autorização anual. Assim, princípios como o da anualidade, da capacidade contributiva e da boa administração passam a fazer parte do discurso constitucional e contribuem para a formação de uma cultura orçamentária. No Brasil, no entanto, ainda “não a vivenciamos com profundidade” e a atuação judicial determinando gastos excepcionais com prestações sociais contribui para o seu enfraquecimento.
- As exigências sistêmicas se referem ao sistema interno (fundado nos princípios implícitos e nexos funcionais das normas e institutos), estruturado de maneira dialética, que absorve as mutações históricas e funcionais da ordem jurídica. Estas mutações alteram a percepção e a própria interpretação das normas, tanto pelos magistrados, quanto pela sociedade em geral.

- Tendo visto os principais limites para o controle jurisdicional de políticas públicas, resta a conclusão de que a prudência e a autocontenção devem conduzir o cumprimento dos valores escolhidos pela Assembleia Constituinte (e pelas Emendas Constitucionais), dentre eles o princípio da soberania popular. Por isso, a atividade de criação do Direito pelos juízes necessita sempre ter guarida na própria Constituição e com observância dos seus limites.
- Os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, se atenuam na medida em que juízes e tribunais se atenham à aplicação da Constituição e das leis (representantes indiretos da vontade popular). E mais, ele também deve justificar a sua atuação contramajoritária a partir da compreensão da interação entre os poderes à luz da concepção contemporânea de Estado Democrático, que permite um maior diálogo entre as instituições.
- Os diálogos institucionais diferem dos efeitos sistêmicos porque concebem uma composição formal entre as instituições com uma certa previsibilidade; enquanto estes dizem respeito a desdobramentos de ações individuais ou conjuntas, geralmente imprevisíveis, que têm reflexos nas atividades de outras instituições.
- Uma democracia não se define somente por eleições periódicas, mas pela existência de processos de decisão que envolvam a discussão (deliberação) que institucionaliza o discurso como instrumento para produção de decisões públicas. As decisões do Poder Judiciário contêm a dimensão discursiva na sua argumentação, que deve ser capaz de demonstrar publicamente os argumentos que amparam o julgamento, e que devem ser reconhecidos como bons (ou ao menos plausíveis).
- Assim, a melhor interpretação constitucional seria aquela resultante da interação do maior número de participantes da sociedade e do Estado (escolhidos com base em critérios de representatividade em um processo bem estruturado), porque a unidade da Constituição nasce da conjugação dos processos e das funções de diferentes intérpretes. Realmente não tem muito sentido em deixar a sociedade de fora das decisões quando é ela quem suportará os seus efeitos. As forças faticamente relevantes são tão importantes quanto a esfera pública para a interpretação constitucional. *A prática legitima a teoria e não o contrário.*

CAPÍTULO 3

- O objetivo da política que implementou o BPC não é eliminar a pobreza e a estratificação social do país, e sim garantir meios de sobrevivência para a pessoa idosa ou portadora de deficiência, tema de grande relevância política e social. Os critérios fixados pela

LOAS não têm o objetivo de limitar o acesso de pessoas idosas ou com deficiência ao BPC, mas de assegurar que aquelas que mais precisem do benefício o recebam.

- O que se critica neste trabalho é o meio pelo qual o critério foi alterado, e não a ampliação do rol de indivíduos atendidos pela política pública. Claro que o desejo de todo brasileiro é viver em um país em que todas as minorias sejam tratadas com dignidade e que tenham seus direitos constitucionais plenamente respeitados. Um país em que cada Poder exerça com legitimidade, competência e eficiência as suas atividades institucionais; e que os cidadãos se sintam protegidos e seguros de que a relação de seus direitos e deveres não será bruscamente e unilateralmente transformada de um dia para outro.

- A decisão do STF em declarar a inconstitucionalidade do critério de miserabilidade da LOAS foi emocional e não solucionou o problema dos indivíduos que precisavam ajuizar ações para pedir a concessão do benefício (porque o INSS continua aplicando o critério legal, uma vez que não foi alterado o texto). O problema é mais profundo do que essa decisão poderia supor. Claro que todo cidadão quer que o Estado preste assistência as pessoas idosas e deficientes incapacitadas para o trabalho, ninguém defende que tais indivíduos devam morrer na miséria. O que se sustenta aqui é que o Judiciário não consegue fazer as transformações necessárias para que isso se concretize, ou que, pelo menos não é o que ele tem feito. Pelo contrário, o Judiciário tem desestruturado políticas importantes para a sociedade, como as políticas assistenciais, previdenciárias e de saúde.

- O efeito mais evidente da decisão foi a posterior alteração na LOAS pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência para constar um novo parágrafo dizendo que poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, *conforme regulamento*. No caso estudado, o Legislativo foi impulsionado a se adequar ao novo entendimento do Supremo, mas não por isso ele perdeu o seu papel constitucional de legislar para o Judiciário. Houve um diálogo institucional e o legislativo reagiu, afirmando que os critérios têm que ter previsão normativa.

Por fim, ressaltamos que a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas deve ser cautelosa, especialmente em assuntos delicados como o do benefício de prestação continuada, porque as consequências sociais, orçamentárias e políticas são grandes e podem até inviabilizar o atendimento do seu público alvo. Se por um lado o Estado tem o dever de desenvolver políticas que atendam às necessidades de toda a sociedade, por outro lado o orçamento é insuficiente e limitado; motivo pelo qual toda ação administrativa deve ser antecedida pela reflexão sobre qual a população a ser beneficiada, a capacidade orçamentária

para atender a demanda, além de fixar regras claras e objetivas para a seleção das pessoas a serem atendidas.

Ademais, a marcha do controle político pelo Judiciário deve ser lenta e ponderada, para que esteja solidamente lastreada na Constituição, porquanto os riscos são grandes, como advertiu Roberto Barroso:

Uma nota final: o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.⁴²⁷

O que não pode ocorrer, como alertou Lênio Streck, é a situação onde “os tribunais e o STF fazem política quando dizem que não fazem; [...] fazem ativismo quando dizem que não fazem; e judicializam quando sustentam não fazer”.⁴²⁸ Para tanto, a prudência e o respeito ao espaço dos Poderes políticos recomendam uma atitude de autocontenção relacionada à amplitude e à profundidade das decisões.⁴²⁹

⁴²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista da OAB*, 2008, p. 19. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 26 jul 2015.

⁴²⁸ STRECK, Lênio. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? *Revista Consultor Jurídico*, 13 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em 18 ago 2015.

⁴²⁹ PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. In: FELLETT, André Luiz Fernandes, et al. (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 49.

Referências

ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Roque. *O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário: algumas considerações*. Disponível em <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2054152.PDF>>. Acesso em 15/07/2015.

ALMEIDA, Maíra. RANGEL, Henrique. *Os efeitos sistêmicos na teoria institucional*. Artigo produzido no âmbito do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições (LETACI), vinculado à Faculdade Nacional e ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=540393ae7f8b7a7f>>. Acesso em 3 out 2016.

ALVES JR., Luís Carlos Martins. O ativismo judicial da “República Togada” e o princípio da legalidade na “Democracia Parlamentar”. *Revista Colombiana de Derecho Internacional. Bogotá* (Colombia), nº 27: 167-198, julio-diciembre de 2015.

ALVIM, Arruda. *A arguição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: Editora RT, 1988.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. 1ª ed (ano 2005). Curitiba: Juruá, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed., ampl., São Paulo: Malheiros, 2011.

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. Corrigidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1933. v. 4, p. 41 e segs.

BARCELLOS, Ana Paula de. Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação. *Revista de Direito do Estado-RDE*, ano 3, n. 12, Out/dez 2008. Também disponível em: <<http://www.bfbm.com.br/shared/download/artigo-um-debate-para-o-neoconstitucionalismo.pdf>>. Acesso em 22 nov 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Intepretação e aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista da OAB*, 2008. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 26 jul 2015.

BELAID, Sadok. *Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge*. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1974.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas linguísticas*. São Paulo: Edusp, 1996.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes, *et alli* (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013.

BRASIL. STF. 1ª Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 404.280/SP, Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento em 23 de março de 2004, DJ de 2 abril 2004.

_____. 1ª Turma, Recurso Extraordinário com Agravo nº 654.823/RS. Relator o Ministro Dias Toffoli. Julgamento em 12 de novembro de 2013. DJe de 5 de dezembro de 2013.

_____. 2ª Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 473.019/SP, Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento em 23 de março de 2004. DJ de 23 de abril de 2004.

_____. 2ª Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 433.806/SP, STF, Primeira Turma, Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento em 8 de março de 2005. DJ de 1 de abril de 2005.

_____. 2ª Turma, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 477.554/MG, Relator o Ministro Celso de Mello. Julgamento em 16 de agosto de 2011. DJe de 26 de agosto de 2011.

_____. 2ª Turma, Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento nº 598.212/PR, Relator o Ministro Celso de Mello. Julgamento em 25 de março de 2014. DJe de 24 de abril de 2014.

_____. 2ª Turma. Habeas Corpus nº 104.410/RS, Relator o Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 3 de março de 2012. DJ de 7 de março de 2012.

_____. 2ª Turma, Recurso Extraordinário nº 634.643/RJ, Relator o Ministro Joaquim Barbosa. Julgamento em 26 de junho de 2012. DJe n. 158, 13 de agosto de 2012.

_____. 2ª Turma. Recurso Extraordinário com Agravo nº 679.616/RS, Relatora a Ministra Carmen Lúcia. Julgamento em 19 de novembro de 2013. DJe de 26 de novembro de 2013.

_____. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232/DF, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Relator para acórdão o Ministro Nelson Jobim. Julgamento em 27 de agosto de 1998.

_____. Plenário. Mandado de Injunção nº 448/RS, Relator o Ministro Marco Aurélio, Relator para Acórdão o Ministro Moreira Alves. Julgamento em 5 de setembro de 1994. Dj de 16 de setembro de 1994.

_____. Plenário. Mandado de Segurança nº 26.603/DF, Relator o Ministro Celso de Mello. Julgamento em 4 de outubro de 2007. DJe de 19 de dezembro de 2008.

_____. Plenário. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.458/DF, Relator o Ministro Celso de Mello. Julgamento em 23 de maio de 1996. Dj de 20 de setembro de 1996.

_____. Plenário. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.223/DF, Relator o Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 10 de outubro de 2003. Dje de 5 de dezembro 2003.

_____. Plenário. Reclamação nº 4.374/PE, Relator o Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 18 de abril de 2013. DJe de 3 outubro 2013.

_____. Plenário. Recurso Extraordinário nº 567.985/MT, Relator o Ministro Marco Aurélio, Relator para acórdão o Ministro Gilmar Mendes, julgado em 18 de abril de 2013, DJe de 3 de outubro de 2013.

_____. Plenário. Recurso Extraordinário nº 580.963/PR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, julgado em 18 de abril de 2013, DJe de 3 de outubro de 2013.

_____. Presidência. Medida Cautelar na Suspensão de Liminar nº 1.022-DF. Presidente o Ministro Ricardo Lewandowski. Decisão monocrática proferida em 28 de julho de 2016.

BRITTO, Carlos Ayres. *Poder Judiciário: ativismo versus proatividade*. Jornal O Estado de São Paulo, Opinião, 24 de maio de 2015. Disponível em <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,poder-judiciario-ativismo-versus-proatividade-imp-,1693122>>. Acessado em 6 jan 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites*. Fórum Administrativo – Direito Público – FADM, Belo Horizonte, n. 103, ano 9 set 2009. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=62501>. Acesso em 15 jul 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Panóptica, v. 2, n. 2, 2007. Disponível em <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/download/59/64>>. Acesso em 2 mai 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Supremo Tribunal Federal, política e democracia*. 2015. Disponível em <https://www.academia.edu/12901984/Supremo_Tribunal_Federal_Pol%C3%ADtica_e_Democracia?auto=download>. Acesso em 10 ago 2016.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. Disponível em: <<http://docslide.com.br/documents/clus-wilhelm-canaris-pensamento-sistematico-e-conceito-de-sistema-na-ciencia-do-direito.html>>. Acesso em 3 dez 2016.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

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

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* 2ª edição brasileira. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CARVALHO, Evandro Menezes de. Diplomacia e multilinguismo no direito internacional. *Revista Brasileira de Política Internacional*, nº 49, p. 178-195, 2006.

CAVALCANTI, Paula Arcoverde. Sistematizando e comparando os enfoques de avaliação e de análise de políticas públicas: uma contribuição para a área educacional, 2007. Tese (Doutorado em Educação). Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), Campinas, SP, 2007.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito?. In: FELLET, André Luiz Fernandes, et al (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013,

COELHO, Inocêncio Mártires. Indeterminação do direito e segurança jurídica. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*. Belo Horizonte, ano 9, n. 31, p. 867-892, jan./abr. 2015.

COMANDUCCI, Paolo. *Princípios jurídicos e indeterminación del Derecho*. Doxa, nº 21, volume II, 1998. Disponível em <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10350/1/doxa21-2_07.pdf>. Acesso em 23 jun 2016.

COMPARATO, Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*, Brasília a. 35 n. 138, abr/jun 1998.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2015: ano-base 2014*. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em 19 set 2016.

COSTA, Susana Henriques da. *Controle judicial de políticas públicas: relatório nacional*. Civil Procedure Review, v. 4, 2013. Disponível em <http://www.civilprocedurereview.com/index.php?option=com_content&view=article&id=317%3Acontrole-judicial-de-politicas-publicas-relatorio-nacional-brasil1&catid=73%3Apdf-national-reports-to-i-congress&Itemid=102&lang=en>. Acesso em 14 jun 2016.

COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas sociais brasileiras: um estudo sobre o Programa Bolsa Família. In: SHAPIRO, Mario G. (org), TRUBEK, David M. (org), *Direito e Desenvolvimento – Um diálogo entre os Brics*. São Paulo: Saraiva, 2012.

COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo e FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (eds.). *Política Pública como campo disciplinar*. São Paulo, Ed. Unesp, 2013. Disponível em

<http://www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca_virtual/item_766/14_05_12_16O_direito_nas_politicas_publicas_FINAL.pdf>. Acesso em 21 jul 2015.

DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade *In*: FELLETT, André Luiz Fernandes, *et al* (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013.

DROR, Yehezkel. TRAINING FOR POLICY MAKERS. *The Oxford Handbook of Public Policy*. MORAN, Michael, MARTIN, Rein, and GOODIN, Robert E. (editors), New York: Oxford University Press, 2006. p. 80-108.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O império do direito*. Trad. Jefferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ENTERRÍA, Eduardo García de. La posición jurídica del tribunal constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ISSN: 0211-5743, núm. 100, p. 39-131, enero-abril 2014.

FAGNANI, Eduardo. *Política social e pactos conservadores no Brasil*. Disponível em <<http://www.eco.unicamp.br/docprod/downarq.php?id=459&tp=a>>. Acesso em 22 jul 2015.

FARIAS, Daniel Rocha de. *Ativismo judicial, judicialização de políticas públicas e judicial review no Brasil: Análise crítica da supremacia do judiciário e da quimera dialógica*. Brasília:, UniCEUB, 2016. Dissertação (Mestrado), Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas, Centro universitário de Brasília, Brasília, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Tradução de Alexandre Araújo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica ... [et al.]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 4ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. 1ª reimp. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011. (Pensamiento jurídico contemporáneo, 3). Disponível em <https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/la_justicia_frente_al_gobierno.pdf>. Acesso em 17 mai 2016.

GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. *A crise de gestão do Poder Judiciário: o problema, as consequências e os possíveis caminhos para a solução*. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2013/01/2099_Des_Marcos_Alaor_Artigo_ENFAM_28_4_2011_editado.pdf>. Acesso em 30 jun 2015.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. O processo – estudos e pareceres*, 3ª ed., São Paulo: DPJ Editora, 2009.

GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e Desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Racionalidade e Comunicação*. Trad. Paulo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 1996.

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

JOBIM, Nelson. *Discurso de Posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal*. 3 jun. Brasília: STF, 2004. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta de Posse Ministro Nelson Jobim na Presidencia.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_de_Posse_Ministro_Nelson_Jobim_na_Presidencia.pdf) . Acesso em 29 jun 2015.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KJONSTAD, Asbjorn. poverty and property – human rights and social security. In: WILLIAMS, Lucy; ROBSON, Peter; KJONSTAD, Asbjorn (Coord). *Law and poverty: the legal system and poverty reduction*. London: Zed Books, 2003.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. Disponível em <<https://acasadospensadores.files.wordpress.com/2014/03/karl-larenz-metodologia-da-ciencia-do-direito.pdf>>. Acesso em 3 dez 2016.

LEAL, Saul Tourinho. A nova face da jurisdição constitucional brasileira. In: FELLET, André Luiz Fernandes, et alli (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013.

LIMA, Flávia Santiago; e LEITE, Glauco Salomão. Ativismo judicial ou autocontenção? A decisão vinculante no controle difuso de constitucionalidade e suas repercussões institucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jur. – RIHJ*. Belo Horizonte, ano 12, n. 16, p. 93-113, jul./dez. 2014.

LIMA, Gustavo Augusto Freitas de. *Poder normativo das agências reguladoras e controle judicial*. Dissertação de Mestrado em Direito e Políticas Públicas. Centro Universitário de Brasília - Uniceub, Brasília.

LOPES, Davi Nogueira. Direitos sociais a uma prestação: a exigibilidade em função da proporcionalidade. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 29, n. 1: 63-100, jan./jun. 2013

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *A força dos precedentes – Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. Salvador: JusPodivm, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O papel do Supremo Tribunal Federal*. Jornal Folha de S. Paulo, Caderno de Opinião, Tendências/debates, 12 jul 2016. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2016/07/1790732-o-papel-do-supremo-tribunal-federal.shtml>>. Acesso em 16 ago 2016.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MAUÉS, Antônio Moreira. FONSECA, Mônica Maciel Soares. RÊGO, Lorena de Paula da Silva. Súmula vinculante e direito à igualdade. *RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 1, n. 46, p. 195-210, jul/dez 2006.

MELLO, Celso de. *Anuário da Justiça*. Consultor Jurídico, 2010, p. 77. Disponível em <https://issuu.com/conjur/docs/brasil_2010_web>. Acesso em 23 jun 2016.

MENDES, Conrado Hübner. *Direito fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutorado em Ciência Política. Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2008. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf>. Acesso em 4 out 2016.

MENDES, Gilmar. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. *Revista de Informação legislativa*. Brasília, a. 34, n. 134, abr./jun. 1997. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/220>>. Acesso em 21 nov 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENEGUIN, Fernando B. ; e BUGARIN, Tomás T. S. *Qual o critério para ser miserável no Brasil? (e como o Judiciário agrava a miséria)*. Disponível em: <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/author/meneguim-bugarin/>> . Acesso em: 30 mai 2016.

MORAIS, José Luis Bolzan; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. Por uma tradução democrática do Direito: jurisdição constitucional e participação cidadã. In: COUTINHO, Jacinto Miranda. FRAGALE, Roberto. LOBÃO, Ronaldo (orgs) *.Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas*. Exposição apresentada ao V Congresso do Instituto Mineiro de Direito Administrativo, em 2007. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/estatico/docs/revista-juridica/03/artigos/artigo1.doc>>. Acesso em 21 jul 2015.

NERI, Marcelo Côrtes. VAZ, Fábio Monteiro. SOUZA, Pedro Herculano Guimarães Ferreira. *Efeitos macroeconômicos do Programa Bolsa Família – uma análise comparativa das transferências sociais*. IPEA. Disponível em <https://wpp.org.br/sites/default/files/efeitos_macroeconomicos_do_bf_ipea.pdf>. Acesso em 22 ago 2016.

NERY, Carmen Lígia. *Decisão judicial e discricionariedade: a sentença determinativa no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NERY, Pedro Fernando. *Qual o programa assistencial mais caro do Brasil? (Não é o Bolsa Família)*. Disponível em: <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2014/11/11/qual-o-programa-assistencial-mais-car-do-brasil-nao-e-o-bolsa-familia/>>. Acesso em 30 mai 2016.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Ano 33, n. 132, p. 321-330, out./dez. 1996.

NOTT, Sue. Gender mainstreaming as an instrument for combating poverty. In: WILLIAMS, Lucy; ROBSON, Peter; KJONSTAD, Asbjorn (Coord). *Law and poverty: the legal system and poverty reduction*. London: Zed Books, 2003. P. 205-222.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. Relatório: *World Employment and Social Outlook 2016: Transforming jobs to end poverty International Labour Office* – Geneva: ILO, 2016. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_481534.pdf>. Acesso em 30 mai 2016.

OLLERO, Andrés. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

PENALVA, Janaina. DINIZ, Debora. MEDEIROS, Marcelo. O benefício de prestação continuada no Supremo Tribunal Federal. *Revista Sociedade e Estado*. V. 25, n. 1. Brasília, Jan/Abr 2010.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos sociais, Estado de Direito e desigualdade: reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. *Revista Quaestio Iuris*, v. 8, n. 3, p. 2080-2114, Rio de Janeiro, 2015.

_____. O Judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais: entre fraquezas e possibilidades. *Revista da Faculdade de Direito – RFD-UERJ*. Rio de Janeiro, n. 29, jun 2016, p. 128.

_____. *O Supremo não é oráculo*. Entrevista concedida ao site Os Constitucionalistas em mai/2013. Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/jane-reis-o-supremo-nao-e-oraculo>>. Acesso em 4 out 2016.

PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. In: FELLETT, André Luiz Fernandes, *et al.* (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RESENDE, Fabrício Contato Lopes. *O papel do Poder Judiciário no controle da implementação de políticas públicas no Brasil: a política assistencial do artigo 20 da Lei nº 8.742/93*. São Paulo: F.C. L. Resende, 2010.

RIPLEY, Randall B., Policy analysis in political Science. In: McCOOL, Daniel C., *Public policy theories, models, and concepts: an anthology*. New Jersey: Prentice Hall, 1995 (pp. 157-162)

ROSSETTI, Andrés. Derecho(s) y pobreza: reflexiones sobre uma relación problemática. In: ALVAREZ, Magdalena. ROSSETTI, Andrés (coord). *Derecho y pobreza, um análisis desde el método de casos*. 1ª ed. Córdoba: Advocatus, 2015.

RUA, Maria das Graças. *Análise de Políticas Públicas: Conceitos básicos*. Disponível em <<http://portal.mda.gov.br/o/1635738>>. Acesso em 2 jul 2015.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Ativismo judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais? In: FELLETT, André Luiz Fernandes, *et alli* (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais, uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO: Daniel (coord.). *Filosofia e teoria constitucional e contemporânea*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHMIDT NETO, André Perin. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito Uniritter*, v. 10, pp. 83-86, 2011. Disponível em:

<<http://seer.uniritter.edu.br/index.php/direito/article/viewFile/252/168>>. Acesso em 4 maio 2016.

SCHWABE, Jürgen e MARTINS, Leonardo. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, pp. 661-663. Disponível em <<http://pdfsr.com/pdf/cinquenta-anos-de-jurisprudencia-do-tribunal-constitucional-federal-alem-o>>. Acesso em 4 jan 2016.

SÉGUIN, Elida. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SEGURA ORTEGA, Manuel. *Sentido y limites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial universitária Ramón Areces, 2006.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos*. Reserva do Possível. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2010.

SILVA, Alexandre Garrido da. Neoconstitucionalismo, pós-positivismo e democracia: aproximações e tensões conceituais. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula et al. (coord.) *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *O Supremo Tribunal Federal e a leitura política da Constituição: entre o perfeccionismo e o minimalismo*. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/alexandre_garrido_da_silva.pdf>.

SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 7-34, jan/dez. 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel (orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SPICKER, Paul. Exclusion and rights. In: WILLIAMS, Lucy; ROBSON, Peter; KJONSTAD, Asbjorn (Coord). *Law and poverty: the legal system and poverty reduction*. London: Zed Books, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? *Revista Consultor Jurídico*, 13 jun 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em 18 ago 2015.

_____. Por que commonlistas brasileiros querem proibir juízes de interpretar? *Revista Consultor Jurídico*, 22 set 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonlistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar>>. Acesso em 4 dez 2016.

SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of many minds: why the Founding Document doesn't mean what it mean before*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

SUNSTEIN, Cass. *Testing minimalism: a reply*. Michigan Law Review, v. 104, n. 1, 2005.

SUNSTEIN, Cass R. VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. John M. Olin Program in Law na Economics Working Paper nº 156, 2002. Disponível em <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1279&context=law_and_economics>. Acesso em 3 out 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo* 177, jul/set, Rio de Janeiro, 1989.

_____. *O orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

VALLE, André Rufino do. *Estrutura de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VALLE, Vanice Lírio do. Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno. *Interesse público*, ano 10, n. 48, mar/abr 2008, Belo Horizonte: Fórum, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann e SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social, Revista de Sociologia da Universidade de São Paulo*, v. 19, n. 2, pp. 41-85. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12547/14324>>. Acesso em 4 mai 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito da Fundação Getúlio Vargas*. Jul-Dez 2008, pp. 441-466, São Paulo. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em 24 ago 2015.

_____. Supremocracia: vícios e virtudes republicanas. *Valor Econômico*, 6 nov 2007, Opinião, p. A14. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/481469/noticia.htm?sequence=1>>. Acesso em 5 out 2016.

WEBER, Aline Machado. Renda máxima para obtenção de benefício assistencial: critério legal ou judicial? *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 3875, 9 fev. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26660>>. Acesso em 24 ago 2015.