

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Mestrado em Direito Constitucional

O “Ativismo Judicial” no Controle das Políticas Públicas: O
Caso da Assistência Social no Brasil

Carolina Scherer Bicca

Brasília – DF

2011

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Mestrado em Direito Constitucional

O “Ativismo Judicial” no Controle das Políticas Públicas: O
Caso da Assistência Social no Brasil

Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito
Público – IDP como parte dos requisitos para
obtenção do título de mestre.

Orientador(a): Profa. Dra. Julia Maurmann
Ximenes

Brasília – DF

2011

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Mestrado em Direito Constitucional

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

O “Ativismo Judicial” no Controle das Políticas Públicas: O
Caso da Assistência Social no Brasil

Carolina Scherer Bicca

Orientador(a): JULIA MAURMANN XIMENES

BANCA EXAMINADORA:

Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes

Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco

Prof. Dr. Roberto Freitas Filho

Ao meu amado, Francis, a
minha mãe Terezinha e ao
meu melhor amigo, Boris.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu marido Francis, a minha mãe Terezinha e ao meu cunhado Ronald Bicca pelo apoio e incentivo concedidos na realização do curso de Mestrado e na elaboração deste trabalho.

Agradeço a todos os professores do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, cujas lições foram valiosas e fundamentais para o desenvolvimento desta dissertação, em especial à professora Julia Maurmann Ximenes, minha orientadora, e ao professor Paulo Gustavo Gonet Branco.

RESUMO

A presente dissertação buscará analisar quando ocorre “ativismo judicial” no controle das políticas públicas, com base na teoria de Robert Alexy sobre as margens de discricionariedade do legislador, utilizando-se como caso paradigmático a judicialização da política pública de assistência social, em especial o controle judicial efetuado sobre o critério de renda previsto pelo legislador para efeito de concessão do Benefício de Prestação Continuada – BPC, instituído pela Constituição Federal de 1988. Para tanto, será analisada a política pública de assistência social, demonstrando-se as medidas implantadas pelo governo, os resultados alcançados e as mudanças necessárias. Após, mediante a análise de decisões jurisprudenciais adotadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e de Tribunais de outras instâncias, verificaremos como o Judiciário intervém em referida política pública, constatando se a mesma sofre alterações por parte de tal Poder. Posteriormente, efetuaremos um estudo sobre o “ativismo judicial”, adentrando na história do “ativismo” e buscando a conceituação da expressão para, ao final, elaborarmos uma definição própria de “ativismo”, voltada ao controle judicial das políticas públicas. Por fim, com base na teoria de Robert Alexy sobre as margens de discricionariedade do legislador, analisaremos se o critério de renda de concessão do benefício assistencial em questão é adequado e eficiente, mediante a análise da moldura constitucional que delimita tal benefício, o que nos permitirá concluir se o comportamento judicial abordado ao longo da dissertação pode ser enquadrado como “ativista.”

Palavras-Chave: Ativismo Judicial – Judicialização da Política Pública – Robert Alexy – Margens de Discricionariedade do Legislador – Benefício de Prestação Continuada – BPC.

ABSTRACT

The present dissertation aims to analyse when occurs “judicial activism” in the control of the public policies, according to Robert Alexy’s theory on the margins of discretion of the legislature, using as reference case the judicialization of the social assistance, especially the judicial control adopted in relation to the criterion of income provided by the legislature for the purpose of granting the Continuous Cash Benefit - CCB, established by the Constitution of 1988. To this end, we will analyze the public policy of social assistance, displaying the measures implemented by the government, the results achieved and the necessary changes. Right after, through the analysis of the judicial decisions adopted by the Supreme Court, the Superior Court of Justice and other Courts of different instances, we will verify how the judiciary power intervenes in this specific public policy, in order to determine if it ends altered by such a power. Then we will develop a study on "judicial activism", by deepening into the history of "activism" in order to seek for the conceptualization of the term, which will allow us to elaborate our own definition of "activism" directed to the judicial control of public policies. Finally, based on the theory by Robert Alexy about the margins of discretion of the legislature, we will examine whether the income criterion applied for granting the assistance benefit in question is appropriate and effective, and by analyzing the constitutional framework which limits such a benefit, which will certainly allow us to conclude if the court addressed behavior approached throughout the dissertation development can be classified as "activist."

Key-Words: Judicial Activism – Judicialization of the Public Polyces – Robert Alexy – Margins of the Discrecion of the Legislature – Continuous Cash Benefit - CCB.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 A POLÍTICA PÚBLICA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL	14
1.1 Introdução	14
1.2 A Política Pública	14
1.3 A proteção social	18
1.4 A Assistência Social no Brasil	28
1.5 Conclusão	46
2 A JUDICIALIZAÇÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL.....	49
2.1 Introdução	49
2.2 A Judicialização da Política.....	50
2.3 O Critério de Renda Definido no §3º do Art. 20 da Lei nº 8.742/1993	53
2.4 A Postura do Poder Judiciário frente às Ações que Questionam o Critério de Renda de ¼ do Salário Mínimo para Efeito de Concessão do BPC	55
2.5 Conclusão	79
3 O ATIVISMO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	82
3.1 Introdução	82
3.2 A Discussão sobre “Ativismo Judicial”	82
3.3 O Foco das Discussões sobre o “Ativismo Judicial”	85
3.4 Um pouco da História do “Ativismo Judicial”	87
3.5 Dimensões do “Ativismo Judicial”	97
3.6 Constatações sobre a Definição de “Ativismo Judicial”	103

3.7	Definições Modernas de “Ativismo Judicial”.....	105
3.8	Aspectos a serem Observados na Conceituação de “Ativismo”	106
3.9	Definição de “Ativismo Judicial” no Controle das Políticas Públicas.....	109
3.10	Conclusão	113

4 O CONTROLE JUDICIAL EFETUADO EM RELAÇÃO AO CRITÉRIO DE RENDA ESTIPULADO PELO LEGISLADOR NO § 3º DO ARTIGO 20 DA LEI Nº 8.742, DE 1993: JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA OU ATIVISMO JUDICIAL? 116

4.1	Introdução	116
4.2	A Base do Esquema de Robert Alexy Acerca das Margens de Discricionariedade do Legislador.....	117
4.3	A Aplicação da Teoria de Alexy no Campo das Políticas Públicas.....	126
4.4	As Bordas da Moldura Constitucional Referente ao Benefício de Prestação Continuada – BPC Instituído no Inciso V do Art. 203 da Constituição Federal de 1988.....	128
4.5	A Adequação do Critério de Renda Previsto no § 3º do Artigo 20 da Lei nº 8.742, de 1993 para o Gozo do Benefício de Prestação Continuada	139
4.6	Análise Crítica do Comportamento Judicial Adotado em Relação ao Critério de Renda Previsto no § 3º do Artigo 20 da Lei nº 8.742, de 1993.....	148
4.7	Conclusão	157

CONCLUSÃO 159

REFERÊNCIAS 162

INTRODUÇÃO

A judicialização da política, entendida como o controle pelo Judiciário sobre a vontade do soberano¹, atualmente, é um fato comum em países democráticos, tendo ela se originado de acontecimentos externos, não relacionados com a pretensão direta do Poder Judiciário.

O surgimento do *Welfare State*, a inserção de inúmeros direitos sociais, com seu cunho genérico e indeterminado, no bojo das Constituições, bem como a instituição do controle de constitucionalidade das leis, especialmente do modelo de controle abstrato, cuja legitimidade restou ampliada pela Constituição Federal de 1988, dando azo à configuração do que Perter Häberle denominou de “sociedade aberta dos intérpretes”², são exemplos de acontecimentos que propiciaram a politização do Judiciário.³

A partir desses acontecimentos, não se pode condenar o juiz por tomar decisões de cunho político, sendo que a judicialização da política encontra seu fundamento na própria Constituição da República.

Nessa linha, surgiu, ainda, outro fenômeno, qual seja, a judicialização da política pública propriamente dita, em que o cidadão recorre, cada vez mais, ao Judiciário, passando o juiz a intervir em questões cuja competência típica cabe aos Poderes Executivo e Legislativo, que são os responsáveis diretos pelo planejamento e execução das políticas públicas. Isso porque o magistrado passou a ser responsável, igualmente com os demais Poderes, pela implantação dos direitos sociais previstos na Constituição de 1988, os quais são concretizados mediante a adoção dessas políticas, como se verá.

¹ VIANNA, Luiz Werneck et. al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 47.

² HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. Passim.

³ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007, p. 39-41.

Ocorre que o controle das políticas públicas pelo Judiciário transita por uma esfera sensível, pois, além de o poder constituinte ter optado, da mesma forma, por um sistema representativo e pela separação dos poderes, determinado tipo de interferência pelo juiz em tal seara pode acabar por desvirtuar a própria política pública. Com efeito, certas decisões judiciais podem acarretar a alteração dos objetivos das políticas, prejudicando o seu planejamento e, eventualmente, o de outras políticas que poderiam estar sendo implementadas no lugar daquelas a que o Estado se vê obrigado por força de decisões judiciais.

Assim, necessário que se delimite qual o campo em que o Poder Judiciário pode adentrar e quais os limites de sua atuação em tal setor, de modo que, em o juiz os ultrapassando estará configurado o “ativismo judicial”.

O problema a ser enfrentado na presente dissertação, portanto, consiste em delimitar quando ocorre “ativismo judicial” no controle das políticas públicas, objetivando-se com isto chamar a atenção para o problema e destacar a necessidade de se impor limites ao controle judicial exercido nesta área.

Para tanto, recorreremos à teoria de Robert Alexy sobre as margens de discricionariedade do legislador, margens estas delineadas pela própria Constituição e que devem ser observadas pelo Poder Judiciário.

A fim de conferir certo pragmatismo à questão, utilizaremos como pano de fundo o comportamento adotado pelo Judiciário no Brasil ao apreciar o requisito de renda previsto no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, estipulado pelo legislador para efeito de concessão do Benefício de Prestação Continuada – BPC, implementado com base no inciso V do artigo 203 da Constituição Federal de 1988.

O legislador ordinário, a partir da delegação outorgada expressamente pelo constituinte no inciso V do art. 203 da Constituição, fixou um critério de renda familiar *per capita* equivalente a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo para que o idoso ou o deficiente possam ser contemplados com o BPC.

O dispositivo legal que fixou referido critério de renda já foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, tendo o Supremo Tribunal Federal

reconhecido a constitucionalidade da lei, o que não impediu o ajuizamento de ações e o deferimento do benefício por outras instâncias do Poder Judiciário, ainda que a renda familiar supere o valor estipulado pelo legislador, acarretando um aumento expressivo no número de beneficiários e nos custos para a manutenção do benefício.

Este assunto interessa a toda a sociedade, pois ela também arca com o ônus da prestação da assistência social aos cidadãos menos favorecidos, sendo do seu interesse a forma como tal política vem sendo conduzida e influenciada pelo Poder Judiciário.

Ademais, como a concessão de referido benefício importa no pagamento de um salário mínimo mensal ao idoso ou ao portador de deficiência física ou mental, as decisões judiciais que o tem como objeto podem gerar um grande impacto no orçamento público, acarretando a inevitável redução de investimento em outras áreas, igualmente carecedoras de amparo por parte do Estado.

Visando a resolução de nosso problema de pesquisa, recorreremos a pesquisas de entidades especializadas na investigação de políticas públicas, bem como a trabalhos efetuados na área da sociologia-política, com ênfase em estudos direcionados à política de assistência social que tratem das medidas implantadas pelo governo e os resultados alcançados em tal setor. Buscou-se com isso averiguar o grau de comprometimento dos Poderes Executivo e Legislativo com referida política, analisando se os mesmos estão cumprindo com seu papel de forma adequada.

Para analisar o comportamento do Poder Judiciário em relação ao tema, utilizamos a pesquisa jurisprudencial, examinando decisões adotadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais e Tribunais Regionais Federais.

Na busca pela definição de “ativismo judicial” fizemos uso principalmente de doutrina americana, uma vez que o termo originou-se nos Estados Unidos e há muitos estudos sobre a questão em referido país, sendo

que os textos em inglês utilizados na presente dissertação foram traduzidos por esta própria autora.

A partir da delimitação do “ativismo judicial” no campo das políticas públicas, que, conforme informado anteriormente, será extraído a partir da teoria de Robert Alexy sobre as margens de discricionariedade do legislador, buscaremos aplicar referida teoria no caso pragmático utilizado na presente dissertação. Para tanto, efetuaremos um juízo de mérito acerca da adequação e razoabilidade do critério de renda estipulado pelo legislador para efeito de concessão do BPC, cotejando o resultado alcançado com a postura do Poder Judiciário no tocante ao assunto, o que nos permitirá verificar se, em relação à referida política pública está havendo “ativismo judicial”.

O tema, assim, será desenvolvido em 4 (quatro) Capítulos. No primeiro deles trataremos da política pública de assistência social, quando realizaremos um breve histórico de como tal política foi instituída no país, para então demonstrarmos a forma como ela se encontra atualmente, mediante a abordagem dos principais programas e benefícios assistenciais criados, para, então, apresentarmos os resultados obtidos e apontarmos as melhorias a serem alcançadas. O objetivo de tal Capítulo é medir o grau de efetividade e sucesso de tal política no Brasil até os dias de hoje.

No Capítulo 2, mediante a análise de uma considerável jurisprudência de praticamente todas as instâncias competentes, principalmente do Supremo Tribunal Federal, verificaremos a forma de atuação do Poder Judiciário em relação aos questionamentos que envolvem o critério de renda do BPC, a fim de demonstrar se referido Poder adentra em tal política, modificando-a por meio de suas decisões, de maneira a “fazer a sua própria política”.

O terceiro Capítulo passará a ser mais teórico, ocasião em que se abordará a questão do “ativismo judicial” mediante a busca pelo conceito em si da expressão, através do estudo de sua história e dos casos mais relevantes que serviram de base para críticas ao Poder Judiciário nos Estados Unidos, onde a expressão surgiu. Em seguida, buscaremos por conceituações mais recentes de “ativismo judicial” e, ao final, traçaremos nossa própria definição de

“ativismo”, atrelando-a a questão do controle judicial das políticas públicas, por ser o foco desta dissertação.

Por fim, no Capítulo 4, a partir de nossa conceituação de “ativismo judicial”, testaremos se o comportamento do Poder Judiciário, previamente abordado no Capítulo 2, pode ser considerado como sendo “ativista”. Referido teste será efetuado mediante um estudo mais minucioso sobre a teoria de Robert Alexy acerca das margens de discricionariedade conferidas ao legislador pela Constituição, com a posterior análise das margens constitucionais que delineiam o Benefício de Prestação Continuada, fazendo-se um cotejo entre estas e a legislação que estipulou o critério de renda de tal benefício. Com isso, poderemos verificar se referida legislação extrapolou as margens de discricionariedade do legislador, o que nos permitirá concluir se a postura do Judiciário é “ativista” em relação a tal questão.

1 A POLÍTICA PÚBLICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

1.1 Introdução

O presente Capítulo abordará os principais aspectos da política pública de assistência social, visando averiguar a sua adequação e eficiência, a partir da análise dos resultados alcançados, entre eles a redução da desigualdade de renda no país e o crescimento econômico, bem como promover o debate acerca das modificações a serem, eventualmente, implantadas, com vistas à redução da miséria e da exclusão social no Brasil.

1.2 A Política Pública

Não há um consenso na doutrina sobre em que consiste política pública, sendo que, muitas vezes, acaba-se por privilegiar apenas alguns dos seus aspectos, deixando-se de lado elementos importantes.

Ronald Dworkin define a política, em contraposição aos princípios, geralmente voltados a estabelecer um direito individual, como “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”⁴.

Apesar da diferenciação efetuada pelo autor supracitado entre política e princípios, com a qual concordamos, entendemos, no entanto, que política pública é algo mais concreto.

Para Fabio Konder Comparato, política não é uma norma nem um ato, mas acaba por englobá-los como seus componentes, sendo ela, antes de tudo, uma atividade, ou seja, “um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”, unificada pela sua finalidade, de modo que os atos, decisões ou normas que a compõem são submetidos a um regime jurídico que lhes é próprio, sendo que, por decorrência, uma lei editada no campo de uma determinada política pode ser inconstitucional sem que a política em si o seja e, por outro lado, caso a

⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 36.

finalidade da política não atenda os objetivos constitucionais vinculantes para o Estado, a própria política pode ser inconstitucional sem que os atos normativos que a regem o sejam.⁵

Já o enfoque dado por Maria Paula Dallari Bucci é no sentido de que devemos compreender as políticas públicas como categorias jurídicas, a partir da necessidade de buscarmos formas de concretização dos direitos sociais, ditos de segunda geração, englobando os direitos econômicos, sociais e culturais, formulados para garantir o gozo dos direitos de primeira geração, os direitos individuais, consistentes em direitos de liberdade.⁶

Após algumas reflexões e aperfeiçoamentos, a autora supracitada propôs a seguinte definição de política pública:

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

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.⁷

A realização das políticas públicas pelo próprio Estado tem uma maior identificação com o modelo de Estado Democrático Social, o que não afasta a possibilidade de participação secundária de entidades privadas, sendo esse, inclusive, o modelo adotado em relação à política pública de assistência social, como se verá adiante.

Segundo Eduardo Appio:

o traço caracterizador das políticas públicas consiste na utilização de instrumentos cogentes de intervenção do Estado na sociedade, motivo pelo qual o Estado-providência representa – no inconsciente coletivo da comunidade jurídica –

⁵ COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 35, p. 39-48, abr/jun. 1998, p. 45.

⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari (organizadora) **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3.

⁷ BUCCI, op. cit., p. 39.

seu maior símbolo, e a redução do papel do Estado na direção da sociedade é sintomático da derrocada do Estado-providência.⁸

Para os neoliberais, todavia, a forma de realização das políticas públicas deve ser transferida ao mercado, cabendo ao Estado apenas defini-las⁹.

Fabio Konder Comparato, ainda, ao se referir ao Estado Social, afirma que: “A atribuição prioritária dos Poderes Públicos, torna-se, nesse Estado, a progressiva constituição de condições básicas para o alcance da igualdade social entre todos os grupos, classes e regiões do país.”¹⁰

De acordo com o supracitado autor uma das conseqüências dessa quebra de paradigma promovida pelo Estado Social foi a perda da hegemonia da lei, passando ela a ter um caráter instrumental, voltada à concretização de políticas públicas destinadas à implementação de programas de ação governamental, sendo que:

Quando, porém, a legitimidade do Estado passa a fundar-se, não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem alcançadas programadamente, o critério classificatório das funções e, portanto, dos Poderes estatais só pode ser o das políticas públicas ou programas de ação governamental. E aí, à falta de uma conseqüente reorganização constitucional de Poderes, a qual dê preeminência à função planejadora, que ordena estrategicamente as múltiplas atividades estatais, é ao Governo, impropriamente chamado agora de Poder Executivo, que incumbe o papel hegemônico.¹¹

⁸ APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 134.

⁹ De acordo com Alcindo Gonçalves: “os neoliberais, ao criticarem o Estado do Bem-Estar Social, não estão defendendo pura e simplesmente seu desmantelamento, nem deixando de oferecer alternativas de política social, voltada para a sua substituição ou aperfeiçoamento. A questão-chave para os neoliberais seria, portanto, a forma de realizar as políticas públicas. Críticos contumazes da ineficiência estatal, propugnam eles pela transferência aos indivíduos (ao mercado) das tarefas de realizar políticas públicas. Não se trata, portanto, de eliminar políticas públicas, nem mesmo de retirar do Estado seu papel de defini-las. A diferença com o Estado Social é que neste o Estado é o produtor-realizador das políticas públicas; no Estado neoliberal é o indutor-provedor delas.” GONÇALVES, Alcindo. *Políticas Públicas e a ciência política*. p. 90. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (organizadora). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 75-96.

¹⁰ COMPARATO, op. cit., p. 43.

¹¹ COMPARATO, op. cit., p. 44.

Assim, verifica-se que o principal responsável pela implementação das políticas públicas é o Poder Executivo, sendo ele responsável pelo seu planejamento e primordialmente pela sua execução, cabendo ao Poder Legislativo um papel complementar, voltado basicamente à concessão de fundamentação legal das políticas públicas, sem perder de vista a possibilidade de controle das políticas pelo Poder Judiciário, condicionado a certos limites, que serão analisados no momento oportuno.

A forma de análise de uma determinada política pública também é controvertida, sendo sua avaliação mais difícil no Brasil em razão da inexistência de instrumentos teóricos sólidos, recorrendo-se a métodos criados geralmente em países desenvolvidos, sendo necessária a devida adaptação.

Para tanto, tem-se utilizado, por empréstimo, o método da “*Policy Analysis*”, segundo o qual os efeitos das políticas públicas são correlacionados a três fatores, quais sejam: as instituições políticas (“*Polity*”), os processos políticos (“*Politics*”) e os conteúdos das políticas (“*Policy*”), em que o primeiro diz respeito à dimensão institucional, configurado pelo sistema político, jurídico e administrativo, o segundo relaciona-se com o processo em si, conflitando com os objetivos, conteúdos e as decisões políticas, e o terceiro refere-se à concretização dos conteúdos, através dos programas e da estrutura de gestão e execução das políticas.¹²

Assim, ao avaliarmos as políticas públicas, necessário que consideremos toda a sua dimensão, a fim de entendermos o por que de sua configuração atual, bem como a razão de determinadas decisões governamentais e os resultados alcançados.

A seguir, procederemos a uma análise geral sobre a política pública de assistência social. Para tanto, recorreremos, em um primeiro momento, a uma descrição histórica da proteção social e às discussões acerca dos modelos ideais de redução da pobreza. Posteriormente, passaremos à análise

¹² SANTOS, José Martins dos. **Desenvolvimento Social e Política Pública: Uma Análise de Eficiência, Eficácia e Efetividade do Bolsa Família no Corede Norte do Rio Grande do Sul**. Dissertação de mestrado: pós-graduação em economia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2007, p. 31. Disponível em: [HTTP://bdt.d.ibiciti.br/](http://bdt.d.ibiciti.br/). Acesso em: 20/01/2011.

específica da política pública de assistência social no Brasil, adentrando na sua dimensão institucional, no seu processo político e na concretização dos seus conteúdos. Por fim, avaliaremos os resultados alcançados e a necessidade de ajustes em tal política.

1.3 A Proteção Social

Em razão da necessidade de reconstrução da sociedade no pós-guerra, o conceito de seguridade social surgiu “como um conjunto de políticas públicas que asseguram a proteção social e o bem-estar das pessoas, que, por serem consideradas cidadãos, passam a ter direitos a esses benefícios”.¹³

Esse novo papel das políticas sociais causou uma revolução ao ser inserido no Relatório de Beveridge¹⁴, na Inglaterra, em 1942.¹⁵

De acordo com Lavinias e Cavalcanti¹⁶, esse documento causou um grande impacto na configuração dos sistemas de proteção social na Europa, passando a influenciar, posteriormente, a construção destes sistemas em outros continentes.

Tal documento incluiu uma proposta de Plano de Seguridade Social, baseada em uma visão sobre o sistema de proteção integrada e universal, focada no conceito de necessidade, sendo a libertação dessa necessidade o objetivo principal do esquema de proteção.

Além da criação de um Ministério da Seguridade Social, houve uma mudança conceitual em direção a uma concepção mais ampla do sistema de

¹³ FLEURY, Sonia. Por uma sociedade sem excluídos (as). **Observatório da Cidadania**, s.l., p. 76-80, 2007. p. 76.

¹⁴ “Em meados de 1941, o governo britânico encarregou o “liberal” William Beveridge de chefiar um comitê que tinha como objetivo diagnosticar possíveis anomalias do sistema de seguridade social construído de forma irregular nos cinquenta anos anteriores. O *Committee on Social Insurance and Allied Services* seria formado por componentes de diversos órgãos, inclusive do gabinete de guerra (War Cabinet Office), mas manteria um perfil essencialmente técnico. Entre as principais atribuições do comitê estariam o diagnóstico da situação social das famílias frente à proteção oferecida pelo sistema de proteção vigente e a identificação de sobreposições entre os diferentes tipos de benefícios e atores responsáveis pela sua administração”. LAVINAS, Lena; CAVALCANTI, André. O Legado da Constituição de 1988: É Possível Incluir sem Universalizar? **CESIT Carta Social e do Trabalho**, Unicamp, n. 7, p. 248-291, set/dez 2007. p. 255

¹⁵ FLEURY, op. cit., p. 76.

¹⁶ LAVINAS; CAVALCANTI, op.cit., p. 254-256.

seguridade social. O conceito de seguro social, no sentido de que a contribuição deveria se manter não apenas pelo seu caráter compulsório, mas de acordo com a ideia de compartilhamento de riscos, prevaleceria sob o seguro voluntário.

Além disso, a assistência social e os serviços nacionais de saúde passaram a integrar o seguro social, passando a ser acessíveis a qualquer cidadão, independentemente de sua posição social e de sua capacidade contributiva, sendo a abordagem universal uma das características mais marcantes do sistema proposto, cujo enfoque era preventivo em relação à situação social dos indivíduos em contraposição a abordagem atuarial voltada apenas às conseqüências da perda de capacidade de auferir renda.

Outra novidade importante foi a de que o conceito de necessidade, com o qual as políticas de assistência se orientariam, deveria responder a fatores técnicos relativamente às condições mínimas de vida digna, sendo a introdução desses parâmetros uma das características de destaque na concepção do sistema.

Na prática, o Plano trouxe propostas de extensão, consolidação e reestruturação dos seguros existentes e a criação de novos benefícios, tendo o Relatório, apresentado, ainda, um orçamento da seguridade social, com receitas e despesas específicas para o sistema.¹⁷

De acordo com Sonia Fleury, essa grande transformação surgiu para romper com as formas de proteção anteriores, tanto no campo da assistência como no seguro social, em que na primeira a proteção só ocorria para as pessoas pobres ou indigentes, tornando-as objeto de caridade, enquanto no segundo só se protegia os que trabalhavam, mas em nenhum dos dois casos se protegia o cidadão e a cidadã, sendo que esse novo processo de seguridade deu origem à chamada “cidadania universal”, baseada em um modelo inclusivo, em que todos os que pertencem à comunidade política são titulares de direitos sociais.¹⁸

¹⁷ LAVINAS; CAVALCANTI, op. cit., p. 254-256.

¹⁸ FLEURY, op. cit., p. 76.

Não há até hoje, todavia, um consenso acerca do modelo ideal de proteção social a ser adotado pelo Estado, de modo que as formas de redução da pobreza utilizadas pelos países variam em razão de diferentes fatores.

Em relação à formatação ideal de proteção social do Estado há aqueles que defendem a universalização, em que a população na sua totalidade é a titular dos benefícios sociais, como um direito básico, enquanto outros defendem a focalização (“*targeting*”) em que, a elegibilidade dos benefícios sociais envolve alguns tipos de testes para determinar os “verdadeiramente merecedores”.¹⁹

De acordo com Mkandawire, enquanto nas décadas de 60 e 70 havia uma inclinação para as políticas universalistas, desde 1980 o balanço tem radicalmente se inclinado em favor da focalização tanto em países desenvolvidos quanto em países em desenvolvimento.²⁰

Para o autor, as ideologias desempenham um importante papel na escolha dos instrumentos utilizados para a solução dos problemas da pobreza, desigualdade e insegurança. Cada uma das preocupações das políticas sociais – necessidade, beneficiários e cidadania – são construções sociais que tiram seu significado da definição cultural e ideológica de “merecedores pobres”, “titulares de direitos” e “direitos dos cidadãos”, apesar de o discurso corrente ser o de que a escolha entre focalização e universalismo é assentada na linguagem da eficiente alocação de recursos devido à limitação orçamentária e as exigências da globalização. Ademais, as sociedades escolhem entre focalização e universalismo conjuntamente com outras políticas que são ideologicamente compatíveis com a escolha e que são consideradas constitutivas do regime político social e econômico desejado.²¹

Em interessante estudo sobre os diferentes sistemas de proteção social como forma de reduzir a miséria, Luis Henrique Paiva²², apresenta as vantagens e desvantagens de um seguro social universal ou focalizado.

¹⁹ MKANDAWIRE, Thandika. Targeting and Universalism in Poverty Reduction. **Social Policy and Development Programme**, Geneva, n. 23, p. 1-20, 2005. p. 1.

²⁰ MKANDAWIRE, op. cit., p. 1.

²¹ MKANDAWIRE, op. cit., p. 1.

²² PAIVA, Luis Henrique. Seguro Social, focalização ou provisão universal? Vantagens e Desvantagens de Diferentes Sistemas de proteção social como meio para a redução

De acordo com o ensaio realizado pelo autor, a proteção social pode ser prestada de acordo com três modelos: o seguro social, restrito àqueles que contribuem com o seguro; a provisão universal, voltada a todos os cidadãos, sob certas condições; e a provisão focalizada, dirigida apenas aos mais pobres.

Conforme o autor, o debate acerca do modelo ideal a ser adotado com vistas à redução da pobreza é reflexo de um embate entre diferentes visões sobre em que consiste a boa sociedade. De acordo com alguns acadêmicos, baseados em um “conceito negativo de liberdade”, a proteção social deve ser residual, focalizada apenas aos mais pobres, tendo-se a idéia de que benefícios não são direitos, por outro lado, há aqueles baseados no “conceito positivo de liberdade” que defendem a provisão universal, voltada a todos os cidadãos, considerando os benefícios como direitos.

A grande questão, porém, é a de quão efetivas são as políticas sociais baseadas nessas três concepções, sob o aspecto da redução da pobreza, ou seja, qual é a melhor maneira de se reduzir a pobreza?

De acordo com Luis Henrique Paiva, em defesa do universalismo se argumenta que as desigualdades econômicas e sociais não devem ser fruto de decisões individuais; que medidas discriminatórias não são a melhor maneira de lidar com a pobreza; que a vantagem do universalismo é a alta taxa de cobertura da população e os baixos custos administrativos; que as políticas focalizadas acabam por excluir uma parcela de pessoas pobres; que as políticas universais negam a fórmula “serviços pobres para pessoas pobres”; e que o acesso universal conta com um apoio maior da classe média.

Favoravelmente à adoção do seguro social, argumenta-se que os cidadãos seriam incentivados a trabalhar e a não se arriscar na economia informal, uma vez que os benefícios só são concedidos àqueles que trabalham no setor formal; haveria uma conexão entre salários e benefícios, pois esses são, na maioria dos casos, baseados em impostos incidentes sobre a folha de pagamento; e se manteria um caráter fundamentalmente universal de proteção

social, com o complemento de se estar incentivando o trabalho e uma fonte de financiamento sólida e adequada.

Há duas frentes em defesa da focalização, uma mais radical, baseada no argumento econômico de que a proteção social deve ser provida pelo mercado, devendo os serviços serem pagos, com redução ou remissão de preços aos pobres; e outra, mais branda, no sentido de que, em uma situação de escassez de recursos e demandas ilimitadas, é justa e razoável a alocação de recursos àqueles que não estão em melhor situação, tentando-se chegar a todos os cidadãos igualmente.²³

Depois de apresentar os modelos de proteção social e os argumentos utilizados por seus defensores, o autor faz importantes considerações que auxiliam no balizamento do modelo mais adequado de acordo com a situação de cada país.

Segundo ele, as políticas universais ou de seguro social são, inúmeras vezes, mais generosas com grupos específicos da população, como, por exemplo, servidores públicos e militares, principalmente na América Latina.

Aduz, ainda, que as políticas focalizadas são mais resistentes a cortes orçamentários, além de priorizar os pobres e maximizar o impacto do orçamento voltado à proteção social.

Considera que, apesar de os países que melhor lidam com a pobreza e com a desigualdade terem adotado o universalismo, como, por exemplo, Estados Unidos, Reino Unido e Austrália, concordando com o núcleo do argumento universalista e opondo-se ao argumento “radical” a favor da focalização, há bons pontos no argumento “brando” favorável à focalização, ressaltando que as restrições orçamentárias devem ser consideradas e que as críticas voltadas aos benefícios focalizados são baseadas na experiência europeia, sendo que é preciso que a focalização seja vista como um esforço relativamente barato para incluir de forma ativa aqueles que estão de fora da proteção social.

Ressalta o autor, porém, que o modelo focalizado para aliviar a pobreza só é um modelo consistente a ser seguido por países em

²³ PAIVA, op. cit., p. 15-17.

desenvolvimento desde que a provisão da saúde e da educação seja universal.²⁴

Outro argumento a favor da focalização é aquele voltado ao crescimento econômico gerado pela distribuição de renda aos mais pobres.

Em estudo inédito no Brasil realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA acerca dos efeitos do gasto social na economia, restou consignado que:

Em geral, as transferências de renda que beneficiam mais os pobres elevam mais o PIB e a renda das famílias. Isso porque pessoas mais pobres tendem a consumir quase toda a sua renda (não podem poupar) e a consomem com produtos de origem nacional, com menos importados em sua cesta de consumo, ou seja, neste caso os vazamentos são bem menores.²⁵

A proteção social no Brasil seguiu um padrão desde sua instituição no início do século passado, que perdurou por cerca de 80 anos, tendo sido alterado apenas a partir da Constituição Federal de 1988²⁶.

Marcelo de Medeiros ressalta que as circunstâncias do surgimento do *Welfare State* brasileiro foram diferenciadas em relação ao seu surgimento na Europa e nos países da América do Norte, em função da economia e história do Brasil.²⁷

Segundo a definição do autor supracitado, o *Welfare State* consiste em uma “mobilização em larga escala do aparelho de Estado em uma sociedade capitalista a fim de executar medidas orientadas diretamente ao bem-estar de sua população.”²⁸

²⁴ PAIVA, op. cit., p. 18-20.

²⁵ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Comunicados do Ipea n. 75. **Gastos com a Política Social: alavanca para o crescimento com distribuição de renda.** 2011, p. 12. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110203_comunicadoip_ea75.pdf. Acesso em: 5/02/2011.

²⁶ FLEURY, op. cit., p. 77.

²⁷ MEDEIROS, Marcelo. A Trajetória do Welfare State no Brasil: Papel Redistributivo das Políticas Sociais dos Anos 1930 aos Anos 1990. Texto para Discussão n. 852. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**, Brasília, p. 1-21, 2001, p. 8. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/pub/td/td_2001/td_0852.pdf. Acesso em: 20/10/2011.

²⁸ MEDEIROS, op. cit., p. 6.

É a partir de 1930 que se tornou nítida a constituição desse modelo de Estado no Brasil, tendo sido, porém, marcado por políticas sociais profundamente conservadoras e por um limitado caráter redistributivo, devido à combinação de autoritarismo com a forte segmentação do mercado de trabalho, tendo se voltado, principalmente, para sufocar os movimentos de trabalhadores voltados à reivindicação de programas sociais direcionados a toda a população²⁹.

Somente com o governo militar de 1964 é que o *Welfare State* deixou de ter um caráter populista, quando assumiu uma linha de caráter compensatório, visando atenuar os impactos do desenvolvimento baseado na concentração de riqueza, e uma linha de caráter produtivista, voltada para a contribuição das condições necessárias para o crescimento econômico, sendo, porém, marcado pela centralização política e financeira no governo federal, bem como pela intensa fragmentação institucional e pelo caráter regressivo nos gastos sociais³⁰.

No período de 1985 a 1988, algumas mudanças foram implantadas, com base na chamada “estratégia reformista”, caracterizada pela crítica à centralização institucional e financeira, período em que se preocupou com o resgate da “dívida social”, culminando com a Constituição Federal de 1988, que representou importantes avanços sociais, corrigindo distorções e ampliando direitos, principalmente na área trabalhista e na seguridade social³¹.

De acordo com Sonia Fleury:

Em boa medida, a construção de uma ordem institucional democrática supunha um reordenamento das políticas sociais que respondesse às demandas da sociedade por maior inclusão social e equidade. Projetada para o sistema de políticas sociais como um todo, tal demanda por inclusão e redução das desigualdades adquiriu conotações de afirmação dos direitos sociais como parte da cidadania, já que o sistema anterior de proteção social combinava inclusão estratificada de poucas pessoas e exclusão da maioria da população.³²

²⁹ MEDEIROS, op. cit., p. 9.

³⁰ MEDEIROS, op. cit., p. 14.

³¹ MEDEIROS, op. cit., p. 17.

³² FLEURY, op. cit., p. 77.

De acordo com Ingo Sarlet, a Constituição Federal de 1988, embora não o tenha reconhecido expressamente, adotou o modelo de Estado Social no Brasil, por terem sido inseridos no bojo da Carta inúmeros direitos sociais que não deixam dúvidas quanto a isso³³.

Nesse sentido, Elival da Silva Ramos afirma que:

Diversas passagens da Carta de 1988 não deixam dúvidas de que o sistema político democrático estruturado pela Constituição não é o de padrão liberal clássico e sim o do welfare state: os objetivos fundamentais da República brasileira, assinalados no artigo 3º; o generoso elenco de direitos sociais, boa parte deles consubstanciando créditos a prestações estatais; a ampla gama de atividades econômicas de responsabilidade estatal, na forma de serviços públicos; e os poderosos e variados instrumentos de intervenção no domínio econômico.³⁴

Com a Constituição Federal de 1988, garantiu-se um conjunto de direitos sociais, constantes no Capítulo da Ordem Social, tendo sido consagrado “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, previdência e à assistência social”.³⁵

Conforme ressalta a autora supracitada³⁶:

A inclusão da previdência, da saúde e da assistência como partes da seguridade social introduziu a noção de direitos sociais universais como parte da condição de cidadania, sendo que antes eram restritos à população beneficiária da previdência.

O novo padrão constitucional da política social caracteriza-se pela universalidade na cobertura, pelo reconhecimento dos direitos sociais, pela afirmação do dever do Estado, a subordinação das práticas privadas à regulação em função da relevância pública das ações e serviços nessas áreas, por uma perspectiva publicista de co-gestão governo/sociedade e um arranjo institucional descentralizado.

Outra inovação foi a implantação de uma renda de sobrevivência, concedida pelo Estado sob a forma de um benefício de prestação continuada, no valor de um salário mínimo, destinada aos idosos e aos deficientes físicos

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008, p. 71.

³⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva: 2010, p. 268-269.

³⁵ Art. 194.

³⁶ FLEURY, op. cit., p. 77.

incapazes de proverem seu sustento, independentemente de terem efetuado qualquer contribuição, cujos detalhes serão analisados mais adiante.

De acordo com Lavinias e Cavalcanti, nosso sistema de proteção social inovou-se institucionalmente ao “introduzir uma dimensão mais universalista, de influência Beveridgeana”, e ao “garantir isonomia, igualando o valor do piso dos benefícios previdenciários e assistencial”.³⁷

Entretanto, entre 1987 e 1992, a “contra-reforma” conservadora paralisou a “estratégia-reformista”, com o desmonte orçamentário e burocrático no campo social, sendo que entre 1990 e 1992 ocorreu um processo de desaparecimento e fragmentação burocrática devido a ataques à presença do Estado na vida social, tendo o governo federal se eximido de responsabilidade em relação a uma série de programas que vinham sendo geridos centralizadamente há décadas.³⁸

Ocorre que a implantação da seguridade social aconteceu em um contexto desfavorável, pois surgiu na época em que predominava no Brasil o pensamento liberal³⁹, o que acarretou uma série de obstáculos à concretização dos preceitos constitucionais.⁴⁰

A propósito, cabe ressaltar que, mesmo tendo o poder constituinte estipulado, no artigo 59 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, um prazo de 6 (seis) meses, a contar da promulgação da Constituição Federal de 1988, para apresentação ao Congresso Nacional dos projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefício, bem como um prazo de 6 (seis) meses para o Congresso apreciá-los, somente em 1991 foi editada a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispôs sobre a organização da Seguridade Social e instituiu o seu Plano de Custeio.

Referido ato normativo estabeleceu que as áreas que integram a Seguridade Social, quais sejam, saúde, previdência e assistência social

³⁷ LAVINIAS; CAVALCANTI, op. cit., p. 248.

³⁸ MEDEIROS, op. cit., p. 17.

³⁹ Críticos contumazes da ineficiência estatal, propugnam eles pela transferência aos indivíduos (ao mercado) das tarefas de realizar políticas públicas. GONÇALVES, Alcindo, op. cit., p. 90.

⁴⁰ FLEURY, op. cit., p. 77.

deveriam ser objeto de leis específicas acerca de sua respectiva organização e funcionamento.

Em relação à assistência social, somente em 1993, com a edição da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 (Lei Orgânica da Assistência Social) é que a sua organização e funcionamento foi regulamentada, tendo sido efetuada, também, a regulamentação do Benefício de Prestação Continuada – BPC, previsto no inciso V do artigo 203 da Constituição Federal de 1988.

É a partir de 1993 que surgem inovações positivas nas políticas sociais brasileiras, com a introdução de critérios de delimitação territorial do público alvo e critérios de renda, o que veio a permitir uma melhora na focalização dos beneficiários. Tal período é caracterizado pela visão da assistência social como um direito social e pela universalização e gratuidade dos serviços estatais.⁴¹

É de se destacar, da mesma forma, que esse novo padrão constitucional de políticas sociais caracterizadas pela universalidade ganhou um reforço em razão de decisão proferida no âmbito do Supremo Tribunal Federal⁴², ao ser reconhecido o princípio da solidariedade, pautado na idéia de um esforço público em financiar determinadas necessidades sociais.

Referida decisão reafirmou o princípio da desvinculação entre benefício e contribuição, quando do julgamento da cobrança de contribuições dos servidores aposentados, “justificada em termos de ação solidária visando ao bem comum”.⁴³

Em 2004, iniciou-se um fortalecimento institucional na área da assistência social, tendo sido unificados no âmbito do Ministério de

⁴¹ MEDEIROS, op. cit., p. 8-20.

⁴² O Supremo registrou inexistir "norma de imunidade tributária absoluta". A Corte afirmou que, após o advento da Emenda Constitucional n. 41/03, os servidores públicos passariam a contribuir para a previdência social em "obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento". ADI n. 3.105/DF, Relatora originária Ministra Ellen Gracie, Relator para o acórdão Ministro Cezar Peluso, Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, Requerido: Congresso Nacional, p. 123-449, D.J. de 18.02.05, p. 123. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>. Acesso em: 13/10/2011.

⁴³ FLEURY, op. cit. p. 79.

Desenvolvimento Social e Combate à Fome os programas propostos na Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, responsável pelo Benefício de Prestação Continuada – BPC, com os programas de transferência de renda⁴⁴, sendo que, a partir de então, continua-se um processo de articulação com os municípios e com a sociedade, visando à inserção concreta da assistência como um direito à cidadania.⁴⁵

Sobre o novo modelo de políticas públicas sociais, José Martins dos Santos assevera que o seu enfoque restou modificado, de modo que em relação ao critério alocativo, deixou-se de lado o modelo de universalização hierarquizada, passando-se a priorizar o modelo de focalização compensatória. O alvo passa a ser os pobres, ao contrário do modelo anterior que privilegiava a classe média e os segmentos mais organizados, destacando-se, ainda, a mudança em relação à institucionalidade, sendo que, enquanto no modelo anterior a definição e o controle das políticas sociais era de responsabilidade exclusiva do Estado, atualmente vigora a pluralidade, havendo a interação do Estado com a sociedade, em especial com o setor privado, organizações filantrópicas e organizações não-governamentais.⁴⁶

A seguir, passaremos a focar nossa análise na política pública de assistência social, analisando o seu desenvolvimento, a partir da Constituição Federal de 1988 até os dias atuais, destacando as medidas adotadas e os resultados alcançados na erradicação da pobreza e na redução da desigualdade social.

1.4 A Assistência Social no Brasil

Durante muito tempo os problemas sociais, como exclusão social, abandono de crianças, adolescentes e idosos, evasão escolar, violência, etc., foram tratados por instituições beneficentes, pois tal atividade era considerada de benemerência, sendo apenas subsidiada pelo Estado⁴⁷.

⁴⁴ Bolsa Escola e outros que, posteriormente, foram unificados no Bolsa Família.

⁴⁵ FLEURY, op. cit., p. 77.

⁴⁶ SANTOS, op. cit., p. 37.

⁴⁷ CARDOSO, Luzia Magalhães et. al. **Proteção Social no Brasil: O Impasse entre Garantia de Direitos e a Visão de Benefícios.** p. 3-4. Disponível em:

O legislador constituinte de 1988, atento à miséria e à desigualdade existente em nosso país, materializou juridicamente a assistência como um direito social, inserindo-a no âmbito da Seguridade Social, juntamente com a saúde e a previdência, ampliando, assim, a proteção social no país.

Ao mesmo tempo, com a transformação da assistência social em política pública, o Estado tornou-se o principal responsável por essa política, a ser coordenada pela esfera federal e executada pelos Estados e Municípios, apesar de as entidades privadas, representadas pelas entidades beneficentes, continuarem exercendo uma grande contribuição nessa questão.⁴⁸

A partir da materialização da assistência como um direito social e de seu reconhecimento como uma política pública, bem como da definição de seus objetivos pelo próprio constituinte, houve a expansão da responsabilidade pública no enfrentamento de problemas até então deixados sob responsabilidade da iniciativa privada, sendo que o Estado se viu obrigado a adotar providências a fim de implementar referida política pública.

Dentre as medidas adotadas no âmbito da política pública da assistência social, destaca-se a edição da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS (Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993), que, além de ter estabelecido as linhas mestras da assistência social, a partir da definição de sua organização e gestão⁴⁹, aclarou, ainda mais, as finalidades de tal política⁵⁰,

http://www.unisuam.edu.br/augustus/pdf/ed24/rev_augustus_ed_24_08.pdf. Acesso em: 10/01/2011.

⁴⁸ CARDOSO, op. cit., p. 8.

⁴⁹ Do Artigo 6º ao artigo 19.

⁵⁰ Art. 1º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Art. 2º A assistência social tem por objetivos:

I - a proteção social, que visa à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos, especialmente:

a) a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
b) o amparo às crianças e aos adolescentes carentes;
c) a promoção da integração ao mercado de trabalho;
d) a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; e
e) a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família;

estabeleceu os seus princípios⁵¹ e suas diretrizes⁵², bem como definiu os critérios para o acesso ao Benefício de Prestação Continuada⁵³, em atendimento ao inciso V do art. 203 da Constituição Federal de 1988.

II - a vigilância socioassistencial, que visa a analisar territorialmente a capacidade protetiva das famílias e nela a ocorrência de vulnerabilidades, de ameaças, de vitimizações e danos;

III - a defesa de direitos, que visa a garantir o pleno acesso aos direitos no conjunto das provisões socioassistenciais.

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.

⁵¹ Art. 4º A assistência social rege-se pelos seguintes princípios:

I - supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica;

II - universalização dos direitos sociais, a fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas;

III - respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade;

IV - igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais;

V - divulgação ampla dos benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais, bem como dos recursos oferecidos pelo Poder Público e dos critérios para sua concessão.

⁵² Art. 5º A organização da assistência social tem como base as seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e comando único das ações em cada esfera de governo;

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis;

III - primazia da responsabilidade do Estado na condução da política de assistência social em cada esfera de governo.

⁵³ De acordo com Sérgio Pinto Martins: Foi instituída a renda mensal vitalícia pela Lei nº 6.176/74, tendo na época o nome de “amparo previdenciário”. (...) Quando foi instituída pela Lei nº 6.179, correspondia à metade do salário-mínimo. O amparo previdenciário era concedido ao maior de 70 anos ou inválido, definitivamente incapacitado para o trabalho, que não exercesse atividade remunerada ou tivesse rendimento superior ao valor da renda mensal de 60% do valor do salário mínimo. (...) O art. 139 da Lei nº 8.213 dispunha que a renda mensal vitalícia continuaria integrando o elenco de benefícios da Previdência Social, até que fosse regulamentado o inciso V do art. 203 da Constituição. Era devida ao maior de 70 anos ou inválido que não exercessem atividade remunerada, não auferindo qualquer rendimento superior ao valor de sua renda mensal, nem fossem mantidos por pessoa de quem dependessem obrigatoriamente, não tendo outro meio de prover o próprio sustento. O valor do benefício era de um salário-mínimo. Seria vedada a sua acumulação com qualquer espécie de benefício do Regime Geral de Previdência Social ou de outro regime.

O art. 40 da Lei nº 8.742 dizia que com a implantação do benefício de prestação continuada ficava extinta a renda mensal vitalícia. O art. 139 da Lei nº 8.213 perdeu eficácia a partir de 1º-1-96, quando houve a implantação do benefício de prestação

Assim, em conformidade com o mandamento constitucional supracitado, nos artigos 20 e 21 da Lei n. 8.742, de 1993, foram definidos alguns critérios para a concessão e manutenção do BPC, entre eles: um critério de renda, que deve ser de até $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, cujas controvérsias jurídicas existentes em torno de tal requisito serão tratadas no Capítulo seguinte em face de sua complexidade; a impossibilidade de acumulação com qualquer outro benefício no âmbito da seguridade social ou de outro regime; a sujeição a exame médico pericial e laudo realizado pelos serviços de perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS; a revisão do benefício a cada 2 (dois) anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem, entre outros.

Da mesma forma, a supracitada Lei tratou da definição de deficiente físico, para efeito de concessão do benefício ao definir que “a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho”,⁵⁴ tendo o legislador optado pela utilização de um conceito jurídico indeterminado, o que, inicialmente, acarretou uma controvérsia acerca da definição a ser considerada.

Com efeito, o INSS⁵⁵ adotava a interpretação de que incapaz para a vida independente era aquele impossibilitado de praticar os atos da vida cotidiana, como banhar-se, higienizar-se, alimentar-se, etc., deixando uma gama considerável de pessoas de fora da proteção assistencial.

O Poder Judiciário, ao contrário, entendia que a interpretação correta é a de que incapacidade para a vida independente consiste na incapacidade

continuada, previsto nos arts. 20 e 21 da Lei nº 8.742. O art. 15 da Lei nº 9.528/97 revogou o art. 139 da Lei nº 8.213. Inicialmente, a denominação empregada para o benefício ora em estudo era amparo previdenciário (Lei nº 6.179/74). Depois, passou a ser utilizada a denominação renda mensal vitalícia, sendo que o art. 139 da Lei nº 8.213 assim se expressou. Por fim, o art. 20 da Lei nº 8.742 passou a usar a denominação benefício de prestação continuada. MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 31 ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 494-495.

⁵⁴ § 2 do art. 20 da Lei n. 8.742/93.

⁵⁵ O INSS é a entidade executora de referido benefício.

econômica do postulante de prover a própria manutenção por outros meios que não o trabalho.⁵⁶

Em razão do referido entendimento consolidado pelo Poder Judiciário, com a existência de jurisprudência iterativa dos Tribunais, foi editada a Súmula nº 30 da Advocacia-Geral da União, de 9 de junho de 2008, com a seguinte ementa:

A incapacidade para prover a própria subsistência por meio do trabalho é suficiente para a caracterização da incapacidade para a vida independente, conforme estabelecido no art. 203, V, da Constituição Federal, e art. 20, II, da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993.⁵⁷

Assim, pôs-se fim a discrepância de entendimentos existente entre o INSS e o Poder Judiciário, uma vez que referida Súmula possui caráter vinculante para aquele, conforme art. 43⁵⁸ da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União.

Posteriormente, referida Súmula restou revogada através do Ato de 31.01.2011 (AGU), D.O.U de 3.02.2011, tendo em vista a recepção pelo ordenamento jurídico pátrio da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, consubstanciada no Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, Convenção esta que definiu em que consistem pessoas com deficiência.

De acordo com a supracitada Convenção:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

⁵⁶ Vide, por exemplo, decisão proferida na Ação Civil Pública n. 2007.30.00.000204-0, ajuizada na Justiça Federal do Acre, bem como o Recurso Especial nº 360202/AL, de relatoria do Ministro Gilson Dipp.

⁵⁷ Disponível em:

<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=28330>. Acesso em: 24/10/2011.

⁵⁸ Art. 43. A Súmula da Advocacia-Geral da União tem caráter obrigatório quanto a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 desta lei complementar.

Assim, restou ampliado o conceito de deficiente, de modo que, para efeito de concessão do BPC não se deve adotar como critério nem aquele estado gravíssimo de dependência que o INSS utilizava, nem a incapacidade de obter o sustento pelo seu próprio trabalho, mas sim qualquer impedimento de longa duração, seja de ordem física ou mental, que impeça o indivíduo de integrar, em igualdade de condições com os demais, a sociedade.

Após a Lei nº 8.742, de 1993, o Estatuto do Idoso, criado pela Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, além de reduzir a idade do idoso para 65 (sessenta e cinco) anos⁵⁹, concedeu a eles um tratamento diferenciado, ao permitir, no parágrafo único do seu artigo 34 que: “O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a Loas.”

A título de ilustração e para retratar a abrangência e o enorme esforço administrativo requerido do Poder Executivo para a concessão de tal benefício, bem como para demonstrar o grande aporte de recursos necessários para a sua manutenção, cabe referir que “ao longo de 2010, foram feitas transferências da ordem de R\$ 10,5 bilhões a 1,77 milhão de pessoas com deficiência e de R\$ 9,8 bilhões a 1,62 milhão de pessoas idosas”, totalizando, portanto, mais de 20 bilhões em gastos com todos os beneficiários.⁶⁰

Outra das ações de destaque adotadas pelo Estado no âmbito da política pública de assistência social foi a criação e implantação do Programa Bolsa Família - PBF.

Em 2003, o governo brasileiro estabeleceu como objetivo prioritário o enfrentamento da fome e da miséria, sendo que, dentre as medidas adotadas, a criação do Bolsa Família se destacou.

Referida ajuda encontra seu fundamento de validade na Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004, que, por sua vez, foi regulamentada pelo Decreto nº 5.209, de 17 de setembro de 2004.

⁵⁹ Pela LOAS idoso era aquele com 70 anos de idade.

⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório e Parecer Prévio Sobre as Contas do Governo – Exercício 2010**. Disponível em: http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/contas_10/CG%202010%20Relatório.pdf Acesso em: 22/08/2011.

Há que se observar que o Bolsa Família resultou da unificação de outros benefícios anteriormente existentes, entre eles o Bolsa Escola, o Bolsa Alimentação e o Programa Auxílio-Gás⁶¹, tendo os mesmos sido extintos⁶², com vistas à diminuição dos custos operacionais e a evitar a sobreposição de pagamento de benefícios.

Trata-se de uma renda paga a famílias pobres, independentemente de terem filhos na sua composição e de seus membros estarem exercendo alguma atividade remuneratória.

Quanto aos seus objetivos, enquanto o seguro social e o BPC visam evitar as situações de ausência de renda nos casos de impossibilidade do trabalho, o PBF visa fazer frente às situações em que a pobreza já está instalada, mas atende predominantemente a segmentos ativos.

Outro diferencial do PBF são as condicionalidades⁶³ a que os beneficiários estão sujeitos relativamente às áreas da saúde, educação e assistência social, sob pena de indeferimento ou cancelamento do benefício.⁶⁴

⁶¹ Art. 1º Fica criado, no âmbito da Presidência da República, o Programa Bolsa Família, destinado às ações de transferência de renda com condicionalidades.

Parágrafo único. O Programa de que trata o caput tem por finalidade a unificação dos procedimentos de gestão e execução das ações de transferência de renda do Governo Federal, especialmente as do Programa Nacional de Renda Mínima vinculado à Educação - Bolsa Escola, instituído pela [Lei nº 10.219, de 11 de abril de 2001](#), do Programa Nacional de Acesso à Alimentação - PNAA, criado pela [Lei nº 10.689, de 13 de junho de 2003](#), do Programa Nacional de Renda Mínima vinculada à Saúde - Bolsa Alimentação, instituído pela [Medida Provisória nº 2.206-1, de 6 de setembro de 2001](#), do Programa Auxílio-Gás, instituído pelo [Decreto nº 4.102, de 24 de janeiro de 2002](#), e do Cadastro Único do Governo Federal, instituído pelo [Decreto nº 3.877, de 24 de julho de 2001](#).

⁶² Art. 11. Ficam vedadas as concessões de novos benefícios no âmbito de cada um dos programas a que se refere o parágrafo único do art. 1º.

⁶³ O termo “condicionalidade” foi utilizado pela lei (art. 1 da Lei n. 10.836, de 2004) e no dicionário significa **1** Estado ou caráter do que é condicional. **2** Contingência. Disponível em:

<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=condicionalidade> Acesso em: 17/11/2010.

⁶⁴ Na área de saúde, as famílias devem vacinar e acompanhar o crescimento das crianças. As mulheres, se gestantes ou nutrizas (lactantes), devem realizar o pré-natal e o acompanhamento da sua saúde e do bebê. Na educação, as crianças e adolescentes devem estar matriculados e com frequência escolar mensal mínima. Na área da assistência social, crianças e adolescentes em risco ou retiradas do trabalho infantil devem participar dos Serviços de Convivência e Fortalecimento de Vínculos (SCFV) e obter frequência mínima. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/bolsafamilia/condicionalidades> Acesso em: 9/11/2010.

Referidas condicionalidades, além de contribuírem na ampliação do reconhecimento de cidadania dos beneficiários, ao inseri-los em políticas educacionais e de saúde, geram, na sociedade, uma maior aceitação em relação ao pagamento do benefício.

Conforme observam Medeiros, Britto e Soares:

As condicionalidades em parte atendem às demandas daqueles que julgam que ninguém pode receber uma transferência do Estado – especialmente os pobres – sem prestar uma contrapartida direta. As condicionalidades seriam algo equivalente ao ‘suor do trabalho’; sem essa simbologia o Programa correria o risco de perder o apoio na sociedade.⁶⁵

O público alvo do PBF são famílias extremamente pobres, independentemente da composição familiar, de exercer ou não uma atividade remunerada, de habitar área urbana ou rural, dado o reconhecimento da relevância e da legitimidade de garantir aporte de renda a todos aqueles que estejam abaixo de um patamar de renda considerado mínimo, sendo que a composição familiar influenciará apenas no valor do benefício.⁶⁶

Cabe referir, ainda, que o Bolsa Família tem caráter temporário, devendo perdurar somente enquanto a família não alcançar o patamar de renda mínima, não gerando direito adquirido, devendo a elegibilidade das famílias para recebimento do mesmo ser revista a cada dois anos⁶⁷.

⁶⁵ MEDEIROS, Marcelo; BRITTO, Tatiana e SOARES, Fabio V. Programas Focalizados de Transferência de Renda no Brasil: Contribuições para o Debate. Texto para Discussão nº 1283. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**, Brasília, p. 1-30, 2007, p. 18. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/tds/td_1283.pdf. Acesso em: 20/10/2011.

⁶⁶ Assim, para as famílias com uma renda de até R\$ 70,00 (setenta reais) estipulou-se um piso básico (R\$ 68,00), um piso variável (R\$ 22,00) por criança e/ou adolescente de até 15 anos (até o máximo de 3 benefícios), e um piso variável (R\$ 33,00) vinculado ao adolescente de 16 a 17 anos (até o máximo de 2 benefícios), podendo o benefício chegar ao valor total de R\$ 200,00 (duzentos reais). Já para as famílias com renda entre R\$ 70,01 e R\$ 140,00 (setenta reais e cento e quarenta reais), com crianças e adolescentes de 0 a 17 anos, estipulou-se um piso variável (R\$ 22,00) por criança e/ou adolescente de até 15 anos (até o máximo de 3 benefícios), e um benefício variável (R\$ 33,00) vinculado ao adolescente de 16 a 17 anos (até o máximo de 2 benefícios), podendo o benefício chegar ao valor total de R\$ 132,00 (cento e trinta e dois reais) Disponível em: <http://www.mds.gov.br/bolsafamilia/beneficios> Acesso em: 17/11/2010.

⁶⁷ Art. 21 do Decreto nº 5.209, de 2004.

A fim de retratar a sua dimensão, foi apurado que:

Em dezembro de 2010, a partir de uma execução orçamentária da ordem de R\$ 14 bilhões, a cobertura do programa atingiu 98,33% das famílias pobres no país, cerca de 12,78 milhões de famílias, chegando próximo à meta de atingir 100%. Estas famílias tiveram um benefício médio de R\$ 96,97 em dezembro de 2010.⁶⁸

Referido benefício praticamente universalizou a prestação assistencial, ao permitir que pessoas pobres, mesmo em condições de trabalhar e exercendo alguma atividade, possam usufruir de tal ajuda, pois a ideia é a de que todos devem ter uma renda mínima que lhes garanta uma vida digna e que, a partir desse impulso, possam progredir.

Outra medida importante adotada no âmbito da Assistência Social foi a aprovação da Norma Operacional Básica – NOB/SUAS, em 2005, disciplinando a gestão pública da Política de Assistência Social, a ser exercida de modo sistêmico pelos entes federados, em consonância com a Constituição Federal de 1988, a LOAS e demais atos normativos complementares a ela.

Assim, dezessete anos foram precisos para que a política de assistência social no país alcançasse as condições políticas e institucionais necessárias para a sua implementação e execução como um direito de cidadania⁶⁹.

Cabe ressaltar, todavia, a existência de grandes debates em torno da existência de benefícios de renda de caráter não contributivo, bem como em relação às categorias de beneficiários alcançados, sem falar em questões relativas a valores dos benefícios e aos critérios de concessão dos mesmos.

Contrariamente à concessão do BPC, por exemplo, argumenta-se que um benefício, concedido sem a necessidade de contribuição, gera um desestímulo à contribuição previdenciária, principalmente por parte de trabalhadores jovens e sem uma boa qualificação, que recebem salários próximos ao salário mínimo. Defende-se, também, que, “dada a pressão sob os

⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório e Parecer Prévio Sobre as Contas do Governo – Exercício 2009**. Disponível em: http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/contas_10/CG%202010%20Relatório.pdf Acesso em: 22/08/2011.

⁶⁹ CARDOSO, op. cit. p. 5.

gastos públicos, nenhum benefício não contributivo deveria ter o valor de um SM”, de modo que este público deveria ser atendido pelo Bolsa Família.⁷⁰

Há, inclusive, propostas no sentido de que o BPC seja alterado, com a sua desvinculação ao salário mínimo, conferindo-lhe um valor menor, apenas para garantir a subsistência, ou, simplesmente, suprimindo-o, a fim de que os recursos disponibilizados permitissem a elevação do valor médio do Bolsa Família.⁷¹

Referidas críticas e propostas, todavia, não levam em conta as diferenças entre os beneficiários do BPC e do Bolsa Família, o que justifica a disparidade de valores entre ambos, tendo eles um caráter de complementaridade, sendo inviável a substituição de um pelo outro.

Como visto, o BPC é voltado aos idosos e aos deficientes, cuja vulnerabilidade é ainda mais acentuada pela pobreza, sendo que tais beneficiários não possuem condições de trabalhar, motivo pelo qual foi conferido a eles um benefício no valor de um salário mínimo, mas, em contrapartida, o requisito de renda a que estão sujeitos é mais rígido, não podendo ultrapassar $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, não havendo restrição orçamentária como limitador, de modo que, todos aqueles que atendam aos requisitos legais terão direito ao benefício.

Já o Bolsa Família é dirigido a qualquer pessoa que aufera uma renda de até $\frac{1}{2}$ (meio) salário-mínimo, independentemente de ter família ou de estar inserido no mercado de trabalho, abrangendo todos aqueles que não tenham acesso a uma renda considerada mínima, motivo pelo qual seu valor é bem mais reduzido, pois o número de beneficiários está condicionado à disponibilização orçamentária, nos termos do parágrafo único do artigo 6º da Lei nº 10.836, de 2004.

Portanto, essas diferenças devem ser consideradas quando se defende a extinção de certos benefícios, uma vez que fatalmente uma categoria

⁷⁰ JACCOUD, Luciana; HADJAB, Patricia Dario El-Moor; CHAIBUB, Juliana Rochet. Assistência Social e Segurança Alimentar: Entre Novas Trajetórias, Velhas Agendas e Recentes Desafios (1998-2008) In: **Políticas Sociais: acompanhamento e análise. Vinte anos da Constituição**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. n. 17, Volume 1, p. 175-250, 2010, p. 205.

⁷¹ LAVINAS; CAVALCANTI, op. cit., p. 249.

de pessoas ficará de fora da proteção social, como seria o caso, por exemplo, dos idosos e deficientes, caso se extinguisse o BPC.

Ademais, há que se levar em conta que o BPC foi criado pelo próprio poder constituinte, tendo o mesmo, inclusive, estipulado o salário mínimo como seu valor, de modo que necessária seria a alteração da Constituição Federal para alterá-lo, podendo, ainda, eventual extinção do benefício ser objeto de impugnação judicial em nome do “princípio da proibição do retrocesso social”⁷².

De acordo com Luís Roberto Barroso:

por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido.⁷³

A extinção do BPC e sua substituição pelo Bolsa Família, ainda que este tivesse seu valor majorado, geraria um retrocesso social pois, ao não se levar em conta as diferenças entre os beneficiários, ou seja, ao não se considerar a situação peculiar de fragilidade dos idosos e deficientes, condição esta que agregada à pobreza, os torna mais vulneráveis que indivíduos não acometidos dessas fragilidades, acabaria por alijá-los da proteção social, sendo um retrocesso, ainda, no sentido de que esses beneficiários já incorporaram em seu patrimônio jurídico a garantia de um benefício mensal no valor de um salário mínimo.

Argumenta-se, ainda, que o BPC não substitui a política previdenciária, sendo que esta, diversamente, oferece cobertura a um conjunto amplo de riscos sociais, muitos deles operando durante a vida economicamente ativa dos trabalhadores⁷⁴.

Ademais, defende-se que as altas taxas de desfiliação previdenciária não são decorrência do BPC, mas sim das transformações do mundo de trabalho – em especial, a sua precarização e o desemprego⁷⁵.

⁷² Na jurisprudência a aplicação de tal princípio fora reconhecida na ADI 1946, de Relatoria do Ministro Sidney Sanches.

⁷³ BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158.

⁷⁴ JACCOUD; HADJAB; CHAIBUB, op. cit., p. 206.

⁷⁵ JACCOUD, HADJAB; CHAIBUB, op. cit., p. 206.

Em relação ao Bolsa Família, critica-se o seu viés assistencialista, não sendo tal benefício caracterizado como um direito social, o que se evidencia na própria Lei que o instituiu, não havendo garantias de acesso a todos os necessitados, que serão, inclusive, contemplados de acordo com a disponibilidade orçamentária.

De acordo com Lavinias⁷⁶ o Bolsa Família não se identifica a um direito, por não ter uma proteção institucionalmente garantida, não havendo na lei referência a garantia de acesso ao benefício ou a caracterização dele como direito⁷⁷.

Para Zimmermann⁷⁸ a maior debilidade do Programa está em não se basear nos princípios voltados à construção dos direitos humanos, pois não possibilita o atendimento incondicional a todos, o que constitui um grande entrave à construção da democracia.

Conforme o autor acima:

Diante dos fatos expostos, percebe-se que a lógica do Programa está fundamentada no discurso humanitário da ajuda e da assistência ao invés do provimento de direitos. Na concepção dos direitos, o Bolsa Família deve garantir o acesso ao Programa e ao direito humano à alimentação como um direito de todas as pessoas elegíveis, sendo necessária a possibilidade de provisão dos benefícios a todos aqueles que estão em estado de vulnerabilidade. Da mesma forma, não deve haver a provisão de um tempo máximo de acessibilidade ao Programa, ao contrário, o mesmo deve ser concebido para atender as pessoas enquanto houver um quadro de vulnerabilidade, se necessário, a vida toda.⁷⁹

A seletividade adotada em relação a tal programa, sendo ele considerado mera ajuda do Estado, dificulta o ajuizamento de ações judiciais

⁷⁶ LAVINAS, Lena. Inclusão e progressividade: os desafios da Seguridade Social brasileira. In: **20 anos de Constituição Cidadã: avaliação e desafios da Seguridade Social**. Brasília: ANFIP, 2008. p. 89-96.

⁷⁷ Como o faz a Lei 10.835/2004. Art. 1º É instituída, a partir de 2005, a renda básica de cidadania, que se constituirá no direito de todos os brasileiros residentes no País e estrangeiros residentes há pelo menos 5 (cinco) anos no Brasil, não importando sua condição socioeconômica, receberem, anualmente, um benefício monetário.

⁷⁸ ZIMMERMANN, Clóvis Roberto. Os programas sociais sob a ótica dos direitos humanos: O caso do Bolsa Família do governo Lula no Brasil. **Revista Internacional de Direitos Humanos**. s.l. n 4, Ano 3, Edição em Português, 2006, p. 145-159.

⁷⁹ ZIMMERMANN, op. cit., p. 152.

requerendo o benefício ou, ainda que se opte por tal ajuizamento, as chances de êxito são mais reduzidas, pois a alteração do perfil da política pelo Poder Judiciário, passando o mesmo a considerar tal programa como um direito, demonstra-se tormentosa, como se verá no momento oportuno, pois, nesse caso, é o Poder Judiciário quem estará definindo a *policy*.

Apesar da referida crítica, no sentido de que todos aqueles que se encontram na mesma situação de miséria deveriam ser contemplados com tal benefício, devendo ele ser considerado um direito, em especial em razão do direito à alimentação conferido a todos, devemos reconhecer que o Bolsa Família constitui uma importante ajuda na redução da miséria e da desigualdade material existentes no Brasil.

Com efeito, mesmo que o PBF não seja enquadrado como um direito, sendo um benefício que integra a política assistencialista do Estado, caracterizando-se apenas como uma ajuda assistencialista por parte do governo, os resultados positivos proporcionados à sociedade brasileira desde à criação do Bolsa Família são relevantes, como se verá adiante.

Os beneficiários também tem sido motivo de críticas ao se sustentar que “o Brasil não instituiu ainda, no âmbito do seu sistema de proteção social um benefício familiar de apoio à infância/adolescência, de caráter universal, tal como existe em muitas democracias européias”.⁸⁰

Sustenta-se que a falta de proteção no Brasil é justamente maior em relação às crianças e adultos em idade de trabalhar do que entre idosos pelo fato de inexistirem políticas de proteção voltadas àquelas faixas etárias.

Entretanto, ainda que tais críticas sejam relevantes, devendo ser ampliada a atenção às crianças e aos adolescentes, não se justifica que os idosos sejam deixados de lado, sendo necessária, assim, a ampliação das políticas cujo foco atenda àquelas faixas etárias, não se promovendo, entretanto, um retrocesso social com a substituição de um beneficiário por outro.

Por outro lado, argumenta-se favoravelmente à concessão do BPC às populações pobres, pois isso alinha o Brasil a outros países de maior nível

⁸⁰ LAVINAS; CAVALCANTI, op. cit., p. 249.

de bem-estar, garantindo-se um patamar de proteção social aos segmentos vulneráveis⁸¹. Mais ainda, há aqueles que defendem a ampliação do critério de renda de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo para efeito de concessão do BPC, com a finalidade de aumentar o número de beneficiários, propondo que as exigências de renda do BPC sejam equiparadas às das demais políticas, ou seja, $\frac{1}{2}$ (meio) salário mínimo⁸².

No âmbito do Poder Legislativo referido critério de renda está sendo rediscutido, estando tramitando na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 924/07 que aumenta para um salário mínimo per capita a renda familiar exigida para a concessão do BPC. Referido projeto está apensado ao PL 3967/97 e a outras 55 proposições sobre o mesmo tema, que devem ser analisadas pelas comissões de Seguridade Social e Família; de Finanças e Tributação; e de Constituição e Justiça e de Cidadania, em caráter conclusivo⁸³. A longa tramitação das proposições supracitadas, sem uma análise conclusiva, demonstra, entretanto, o quão complexa e debatida é a presente questão.

Entendemos, todavia, que, apesar da ampliação do número de beneficiários ser salutar no sentido de redução da miséria e da desigualdade de renda, não podemos perder de vista que os beneficiários do BPC são amplamente cobertos, mesmo com a restrição do critério de renda de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo.

Com efeito, conforme dados colhidos por pesquisas oficiais, algumas delas apresentadas adiante, a cobertura dos idosos no Brasil, por exemplo, é amplíssima, sendo uma das maiores dentre os países da América Latina, quase não se encontrando idosos mendigando nas ruas, sendo que, em contrapartida, as crianças e adolescentes continuam desassistidas, não havendo uma proteção social adequada direcionada às mesmas, sendo que a ampliação do número de beneficiários do BPC acarretaria na redução de políticas sociais voltadas a outras carências e a outros tipos de beneficiários, dada a limitação de recursos orçamentários existente, fator esse que não pode ser ignorado.

⁸¹ JACCOUD; HADJAB; CHAIBUB, op. cit. p. 206.

⁸² FLEURY, op. cit., p. 80.

⁸³ Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/113165.html> Acesso em: 02/11/2010.

A par de toda a discussão em torno da forma adequada de prestação assistencial a ser empreendida no Brasil, não havendo dúvidas de que ajustes sempre serão necessários em um ou em outro aspecto da política pública de assistência social, pois toda política pública está sempre em processo de construção e desenvolvimento, adaptando-se às contingências e aos resultados até então obtidos, necessário que se faça uma análise dos fatos, da realidade, dos impactos causados na sociedade em razão dos rumos percorridos pela política pública, a fim de redimensioná-la.

A partir disso, se percebe que o investimento em pesquisa é essencial para a boa condução de qualquer política. É de se destacar que o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome - MDS encomendou e realizou mais de 92 (noventa e duas) pesquisas, entre 2005 e 2010, sendo 20 (vinte) delas sobre o Bolsa Família⁸⁴, permitindo a avaliação e o monitoramento seguro desse Programa, permitindo-se, assim, a eventual adequação das medidas adotadas.

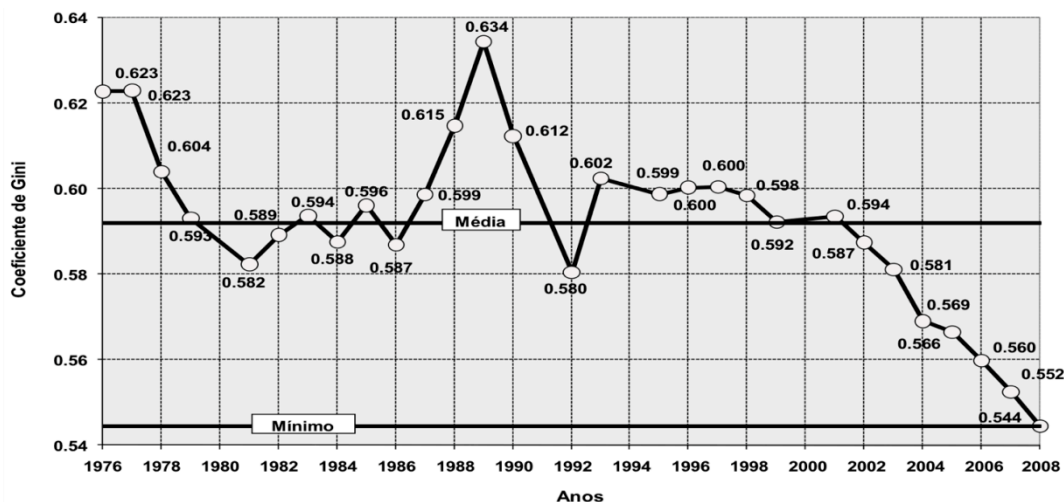
A efetiva implantação da política pública de assistência social, com a adoção das políticas públicas acima mencionadas⁸⁵, contribuiu para a redução da desigualdade de renda no país.

O gráfico seguinte demonstra a evolução da desigualdade de renda no país até o ano de 2008.

⁸⁴ PAES, Rômulo. **A hora e a vez da avaliação das políticas públicas.** Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?view=article&catid=159%3Aclipping&id=6650> Acesso em: 22/12/2010.

⁸⁵ Entre elas a regulamentação do BPC, em 1993, e a criação e expansão do Bolsa Família, a partir do ano de 2003.

Evolução da desigualdade na renda domiciliar per capita segundo o coeficiente de Gini



Fonte: Ipea – Estimativas produzidas com base na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 1976 a 2008

Interessante estudo estimou quanto desta mudança na desigualdade de renda pode ser atribuída ao Programa Bolsa Família (PBF) e ao Benefício de Prestação Continuada (BPC), tendo concluído que, no exercício analisado (2004 a 2006), tais benefícios, principalmente aquele concedido pelo PBF, são os principais promotores de uma renda mais igual no país.

De acordo com a pesquisa, “Nos Estados do Norte e do Nordeste as transferências de renda, principalmente o PBF, são, sem dúvida, a principal causa da redução da desigualdade”, sendo que “No Nordeste, o PBF e o BPC foram responsáveis por 88% da queda da desigualdade.”⁸⁶

A atuação do Estado em relação à política pública de assistência social tem se demonstrado muito ativa nos últimos anos, tendo alcançado resultados positivos no que se refere à redução da pobreza no país, o que demonstra, da mesma forma, a sua eficiência.

Com efeito, foi constatado que:

O Brasil é considerado a 14ª maior economia do mundo (BANCO MUNDIAL, 2006). Apesar disso, 34% e 13% da população brasileira

⁸⁶ SÁTYRO, Natália; SOARES, Sergei. Análise do Impacto do Programa Bolsa Família e do Benefício de Prestação Continuada na Redução da Desigualdade nos Estados Brasileiros – 2004 a 2006. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, Texto para Discussão nº 1434, p. 6. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/tds/td_1435.pdf Acessado em: 22/08/2011.

vivem em situação de pobreza e indigência (BARROS *et al.*, 2007). Esta contradição é fruto da elevada desigualdade de renda verificada no país. Recentemente, no entanto, a literatura tem chamado a atenção para mudanças importantes nos indicadores sociais brasileiros. Entre 2001 e 2004, o índice de Gini se reduziu de 0,59 para 0,56, o que representa a maior queda na desigualdade nas últimas três décadas; além disso, 5 milhões de brasileiros saíram da condição de extrema pobreza (IPEA, 2006). Segundo estimativas do Ipea (2006), as transferências públicas de renda – que incluem aposentadorias, pensões e programas sociais – tais como o Benefício de Prestação Continuada (BPC) e o Programa Bolsa Família (PBF) – são responsáveis por cerca de um terço dessa redução da desigualdade de renda nos últimos anos. A contribuição significativa das transferências de renda para a diminuição da desigualdade se deve tanto ao aumento no valor dos benefícios indexados ao salário mínimo (SM) (aposentadorias, pensões e BPC) quanto à cobertura dos programas sociais focalizados na parcela mais pobre da população (KAKWANI; NERI; SON, 2006; HOFFMAN, 2006). Entre 2001 e 2004, o peso relativo desse tipo de rendimento se elevou de 5,6% para 10% da renda total das famílias (ROCHA, 2006).⁸⁷

Referidos resultados se devem não apenas à ação efetiva do Estado nessa área, mas também ao aumento do orçamento destinado à assistência social.

Lavinias e Cavalcanti, a esse respeito, afirmam que:

Esses programas de transferência de renda integram o orçamento da função “assistência”, que conheceu no período pós-2000 um crescimento bastante expressivo – 167,5%, contra 25% do gasto anual com previdência e 8,1% com saúde (...). Com isso, os programas focalizados de combate à pobreza dobraram, em seis anos, sua participação no PIB (de 0,45% para 0,96%) e no orçamento da Seguridade Social (de 4,58% para 9,39%), conforme Tabela 3. O Brasil detém hoje os maiores percentuais de PIB com gasto assistencial na América Latina, segundo estudo feito pela CEPAL.⁸⁸

Em comparação com os gastos efetuados pelo Estado em relação a outras áreas, os autores supracitados aduzem que:

Além disto há indícios de que a ampliação do gasto social não ocorreu na velocidade desejada para ampliar o acesso da população aos serviços essenciais básicos. Como mostram Pochmann (2007) e Lavinias (2007), o gasto social per capita

⁸⁷ TAVARES, Priscilla Albuquerque et. al. Uma Avaliação do Programa Bolsa Família: Focalização e Impacto na Distribuição de Renda e Pobreza. **Pesquisa e planejamento econômico – ppe**, Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, v. 39, n. 1, abr. 2009. Disponível em: <http://ppe.ipea.gov.br/index.php/pppe/article/viewFile/1062/1044> Acesso em 12/01/2011.

⁸⁸ LAVINAS; CAVALCANTI, op. cit. p. 251.

praticamente não teria crescido em termos reais entre 2001 e 2005, ou até mesmo decrescido em algumas funções vitais para a redução das desigualdades como habitação e saneamento. O mesmo ocorreu nos níveis subnacionais, onde estados e municípios registram crescimento negativo das despesas per capita em funções como educação, urbanismo, saneamento básico, moradia (Lavinias 2007). A saúde escapou relativamente ileso dessa evolução desfavorável, em razão da vinculação compulsória de 12% e 15% da receita corrente líquida de estados e municípios.

Significa dizer que as transferências diretas de renda tornaram-se o núcleo dominante do sistema de proteção social brasileiro, num quadro de forte restrição fiscal, com comprometimento da provisão de serviços públicos essenciais. Em 2006, transferências contributivas e não contributivas somadas representam 82% de todo o orçamento realizado da Seguridade.⁸⁹

Relevante destacar, ainda, a informação prestada pelos autores supracitados em relação ao percentual a que chegaram os idosos considerados pobres, após a concretização de tais políticas, entre elas a implantação do BPC. Segundo eles, as “pessoas com mais de 65 anos somam apenas 1% dos pobres”, o que demonstra a eficiência da proteção social vigente em relação ao combate da pobreza entre os idosos.⁹⁰

Sonia Fleury, da mesma forma, destaca que:

No Brasil, temos, hoje, 32,1 milhões de pessoas que trabalham sem proteção da previdência social, sendo 28,8 milhões na faixa etária de 16 a 59 anos, ou seja, na fase produtiva. Isso indica que a exclusão previdenciária está associada à inserção do(a) trabalhador(ra) no mercado informal de trabalho. Já quando se considera a população com mais de 60 anos, 82% das pessoas estão protegidas. Isso nos coloca em uma posição excepcional com relação à cobertura de pessoas idosas, já que a média regional é de 30% a 40% da cobertura, sendo que na Argentina e no Chile fica em torno de 60%. Essa pode ser uma das razões pela qual o Brasil é, hoje, um país com menos pessoas idosas mendigando nas ruas. Ao contrário, tornaram-se provedores (as) de suas famílias e são mais respeitados na sociedade.⁹¹

Salutar, ainda, a constatação de Luciana Jaccoud acerca do papel dos programas de garantia de renda na redução da pobreza, *in verbis*:

⁸⁹ LAVINAS; CAVALCANTI, op. cit. p. 251.

⁹⁰ LAVINAS; CAVALCANTI, op. cit., p. 251.

⁹¹ FLEURY, op. cit. p. 79.

O duplo papel dos sistemas públicos de garantia de renda – disponibilização de uma renda mínima aos cidadãos e enfrentamento das situações de ausência de renda por perda da capacidade de trabalho – assume, assim, diante da precariedade do mercado de trabalho no Brasil, um papel ainda mais estratégico do que em países mais desenvolvidos. É o que tem revelado os estudos que buscam avaliar o impacto das transferências de renda previdenciárias e assistenciais no quadro de pobreza e indigência no país. As estimativas apontam que, na ausência de tais transferências, o patamar de indigência no país dobraria, assim como cresceria de forma expressiva os percentuais de pobreza. Sem os benefícios operados pela seguridade social, a pobreza ultrapassaria a metade da população em algumas regiões e a indigência dobraria em todas elas.⁹²

Ademais, conforme estudo do IPEA sobre o impacto do gasto social na economia:

O gasto do governo com o pagamento de benefícios e prestação de bens e serviços se converteu velozmente em consumo de alimentos, serviços e produtos industriais básicos que dinamizaram a produção, estimularam o emprego, multiplicaram a renda e reduziram a pobreza e a miséria extrema. Os benefícios sociais do sistema tiveram um papel estratégico como alavancadores da economia nacional, particularmente no momento da crise financeira internacional de 2008, quando o valor e o número de benefícios cresceram.⁹³

Assim, além da redução da miséria e da desigualdade de renda, os efeitos foram positivos, também, em relação ao crescimento econômico no país.

1.5 Conclusão

Podemos afirmar que, embora a Seguridade Social e, especialmente, a política pública da assistência social, tenham levado quase vinte anos para serem efetivamente implantadas no Brasil, atualmente, referida política está

⁹² JACCOUD, Luciana. Pobres, Pobreza e Cidadania: Os desafios recentes da Proteção Social. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**, Brasília, Série Seguridade Social. Texto para Discussão 1372. p. 1-26, 2009, p. 20. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1372.pdf Acesso em: 12/01/2011.

⁹³ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Comunicados do Ipea n. 75. **Gastos com a Política Social: alavanca para o crescimento com distribuição de renda.** 2011. p. 3. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110203_comunicadoipea75.pdf Acesso em: 5/02/2011.

consolidada e tem alcançado bons resultados no tocante à redução da miséria no país e à promoção do crescimento econômico.

A assistência social é uma ferramenta importante no amparo aos necessitados, devendo ser um primeiro passo a alavancar o indivíduo para uma vida independente, permitindo seja ele alcançado por outras políticas públicas, culminando com a sua inserção no mercado de trabalho, subsistindo os benefícios de renda apenas àqueles cujas condições extremamente vulneráveis não lhes permitam trabalhar.

Se em outras áreas o Estado vem atuando eventualmente aquém do esperado, não arcando com o compromisso constitucional de efetivar certos direitos sociais indispensáveis à condição de cidadania, em relação à assistência social sua atuação tem sido intensa e os resultados alcançados são considerados satisfatórios.

Embora alguns ajustes sejam necessários, seja em relação aos seus beneficiários, seja em relação aos valores dos benefícios, o fato é que a política pública de assistência social tem se demonstrado eficiente tanto em relação à redução da miséria e da desigualdade de renda quanto à promoção do desenvolvimento econômico no país.

Há que se destacar o êxito da proteção social em relação aos idosos, sendo sua cobertura ampla, mesmo com o estabelecimento na Lei Orgânica da Assistência Social do critério de renda de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, tido por muitos, como um critério ineficiente, como se verá a seguir.

Assim, pode-se dizer que o Poder Executivo, em relação à assistência social, tem exercido sua competência típica de planejador e executor das políticas públicas de forma adequada e satisfatória, bem como o legislador, que tem adotado as medidas legislativas necessárias à concretização de tal política.

Essa constatação é fundamental para o assunto que trataremos mais adiante, em relação ao comportamento do Poder Judiciário, inclusive do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento daquelas ações que questionam o critério de renda de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo para efeito

de concessão do Benefício de Prestação Continuada, pois tal critério tem sido taxado de ineficiente na fundamentação de algumas decisões judiciais.

2 A JUDICIALIZAÇÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – BPC DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

2.1 Introdução

O presente Capítulo versará sobre a atuação do Poder Judiciário no tocante à judicialização do Benefício de Prestação Continuada - BPC, em razão da importância que tal benefício representa no âmbito da política pública de assistência social.

Nossa análise restringir-se-á a uma das principais controvérsias jurídicas acerca do BPC, qual seja, o critério de renda de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, definido pelo legislador no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742, de 1993.

Em um primeiro momento, a fim de contextualizarmos o assunto, iniciaremos por delimitar, sucintamente, a questão da judicialização da política, destacando seu significado e as causas do surgimento de tal fenômeno, que compreende, inclusive, a judicialização da política pública em si.

Posteriormente, adentrando no caso específico da judicialização do critério de renda do Benefício de Prestação Continuada – BPC, analisaremos em que consiste a discussão jurídica em torno da questão, o motivo pelo qual a mesma é levada ao Poder Judiciário pelos cidadãos, e, principalmente, qual o entendimento adotado por referido Poder em relação a tal critério.

Cabe salientar que o objeto do presente Capítulo não inclui juízo de valor acerca da política pública em si, ou seja, se referido critério de renda é adequado ou não, nem sobre a viabilidade do direito por aqueles que acionam o Poder Judiciário, mas sim o posicionamento de tal Poder em relação a referida política pública.

Com isso, pretendemos demonstrar se as decisões adotadas por tal Poder sobre o assunto, influenciam, modificam e, até mesmo, definem referida política, bem como se há intenção de “fazer política” por parte dos magistrados.

Para tanto a presente análise focará nas decisões mais expressivas sobre a matéria proferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal - STF, mas, como não pretendemos limitar nossa pesquisa à judicialização da política, que se concentra no modelo abstrato de constitucionalidade, analisaremos,

também, decisões proferidas em outras instâncias, como no Superior Tribunal de Justiça-STJ, nos Tribunais Regionais Federais-TRFs e na Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais-TNU/JEF, cuja função é harmonizar a jurisprudência de tais Juizados, a fim de adentrarmos na judicialização da política pública propriamente dita.⁹⁴

2.2 A Judicialização da Política

A judicialização da política, comumente indicada como “a expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas”⁹⁵, pode ser atribuído a fatores variados, os quais afastam a idéia de que o juiz ambiciona aumentar a sua força propositadamente em detrimento dos demais Poderes, não devendo, portanto, ser associada, necessariamente a “ativismo judicial”.

De acordo com Werneck Vianna, Marcelo Baumann e Paula Martins, o fato de os juízes ocuparem, cada vez mais, lugares pertencentes às instituições responsáveis pela política e pela auto-regulação societária, não decorre da ambição dos próprios juízes, mas sim de processos complexos e permanentes.⁹⁶

Para os mesmos, tais processos decorrem das grandes alterações que afetaram as sociedades ocidentais, desde o segundo pós-guerra. Com efeito, a própria guerra iniciou o processo de punição de agentes estatais violadores de Direitos Humanos, dando ensejo a superposição de um direito de

⁹⁴ De acordo com Júlia Maurmann Ximenes: “Neste sentido que reside nossa reflexão diferenciando judicialização da política na modalidade abstrata, de judicialização das políticas públicas na modalidade individual. Isto porque uma das grandes controvérsias passou a ser o impacto das decisões proferidas pelo Poder Judiciário no âmbito individual – quando o cidadão busca o Poder Judiciário para efetivar um direito social, que passa a ser individualmente demandado. Esta nova demanda exige diferenciar o controle das políticas públicas na modalidade abstrata mencionada anteriormente e o controle dos direitos reflexos às políticas públicas.” XIMENES, Júlia Maurmann. *A Judicialização das Políticas Públicas – ativismo judicial ou instrumento de construção da cidadania inclusiva?* Aprovado para publicação na **Revista de Políticas Públicas e Gestão Governamental – RESPUBLICA**.

⁹⁵ XIMENES, Julia Maurmann. **O Comunitarismo & Dinâmica do Controle Concentrado de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 11.

⁹⁶ VIANNA; BURGOS; SALLES, op. cit., p. 39.

foro internacional sob o poder soberano nacional. Além disso, ocorreu, ainda, a explicitação de valores fundamentais no corpo das Constituições, a obrigarem o poder soberano, surgindo, com isso, a necessidade de um judiciário capaz de exercer jurisdição sobre a legislação elaborada por aquele poder.⁹⁷

Na sequência, os autores acima apontam como outro fator de impulsão da judicialização das políticas o surgimento do *Welfare State*, com seus objetivos de organizar o capitalismo e trazer harmonia entre as classes sociais, tendo contribuído em grande escala para a inserção do direito no centro da vida social. A partir de então, inverte-se a lógica da legislação, passando-se a regular o futuro a partir do tempo presente e não mais pelo tempo passado, como era feito quando a lei era orientada apenas em nome do princípio da certeza jurídica. Ademais, a legislação do *welfare* é aberta, indeterminada e programática, colocando o juiz na condição de um “legislador implícito”.⁹⁸

Além disso, quando o Poder Judiciário já havia se inserido na sociedade e na política, a crise do *Welfare State*, nos anos 70, com o surgimento do neoliberalismo e a implantação de suas reformas, entre elas o enfraquecimento da implantação de direitos sociais pelo Estado e a retração do sindicalismo e de outras formas de associação, acarretou na sucessão de uma sociedade fragmentada entregue às leis do mercado, cujas ideologias e religião perderam sua força de coesão, fazendo com que “as expectativas de direitos deslizassem para o interior do Poder Judiciário”⁹⁹. Desde então, ressaltam os autores, o acesso à Justiça tornou-se em “política pública de primeira grandeza”.¹⁰⁰

São apontados, ainda, como fatores propulsores da judicialização da política a aproximação do Judiciário com a população, mediante a criação de juizados de pequenas causas, a institucionalização da *class action*, a legislação dos direitos do consumidor, a invasão do direito no aspecto social,

⁹⁷ VIANA; BURGOS; SALLES, op. cit., p. 39-40.

⁹⁸ VIANA; BURGOS; SALLES, op. cit., p. 40.

⁹⁹ VIANA, op. cit., p. 40.

¹⁰⁰ VIANA, op. cit., p. 40.

com a regulação dos setores mais vulneráveis, tornando-se o juiz o protagonista das questões sociais.¹⁰¹

Há que se destacar, ainda, o exercício do controle de constitucionalidade das leis e do processo eleitoral pelo Judiciário, o que pode ser apontado como o grande responsável pela “nova arquitetura institucional”.¹⁰²

Acresça-se a isso, a presença do direito no mundo do trabalho e a institucionalização da Justiça Eleitoral, tendo referido processo como ápice a Constituição de 1988, que:

afirmou os princípios e as instituições do liberalismo político, fixando com força os direitos civis da cidadania, concedeu configuração institucional à democracia política e instituiu mecanismos necessários a uma gestão pública mais eficiente.¹⁰³

Ademais, a Carta de 1988 recriou o Ministério Público, consagrou o instituto das Ações Cíveis Públicas e, primordialmente, “admitiu a sociedade civil organizada na comunidade dos intérpretes da Constituição”.^{104 105}

Assim, inúmeros fatores podem ser atribuídos à judicialização da política, sendo tal fenômeno um processo legítimo e comum nas democracias contemporâneas, mas que encontra “antenas sensíveis nas instituições da democracia política, em particular no sistema da representação”.¹⁰⁶

Nesta esteira, vem também a judicialização das políticas públicas em si, passando o Poder Judiciário a intervir em tal área, cuja competência típica de planejar e executar as políticas públicas sempre coube aos Poderes Executivo e Legislativo, o que pode causar certo atrito entre os Poderes, pois

¹⁰¹ VIANA, op. cit., p. 41.

¹⁰² VIANA, op. cit., p. 41.

¹⁰³ VIANA, op. cit., p. 42.

¹⁰⁴ VIANA, op. cit., p. 42.

¹⁰⁵ Para Peter Häberle, a interpretação constitucional deve ser efetuada por uma sociedade aberta, devendo ser banida a taxatividade de intérpretes para estabelecer uma potencial participação de todos os cidadãos no processo de interpretação da Constituição. De acordo com ele, quem vive a norma acaba por interpretá-la ou, pelo menos, por co-interpretá-la, motivo pelo qual não deve apenas os intérpretes jurídicos da Constituição deter o monopólio da sua interpretação. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. Passim.

¹⁰⁶ VIANA, op. cit., p. 40-41.

não se delimitaram os limites a que o Judiciário está adstrito, podendo-se, em alguns casos, configurar-se em “ativismo judicial” a conduta adotada pelos magistrados, o que será tratado no momento oportuno.

2.3 O Critério de Renda Definido no §3º do Art. 20 da Lei nº 8.742, de 1993

Passando-se ao caso específico da judicialização do Benefício de Prestação Continuada – BPC, pode-se dizer que uma das principais controvérsias jurídicas no campo das políticas públicas de assistência social diz respeito ao critério de renda definido pelo legislador para efeito de concessão daquele benefício, requisito este necessário para a comprovação da incapacidade da família de prover a manutenção do idoso ou do deficiente, conforme estipulado no §3º¹⁰⁷ do artigo 20 da Lei nº 8.742, de 1993.

Referido critério de renda familiar, fixado em ¼ (um quarto) do salário mínimo, foi estabelecido pelo legislador pois, de acordo com o inciso V do art. 203 da Constituição Federal, o BPC deverá ser concedido à pessoa portadora de deficiência ou ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Assim, a partir de suas competências típicas de planejar, executar e instituir as políticas públicas, o executivo e o legislador entenderam por bem definir objetivamente que não possui meios de prover à subsistência do idoso ou do deficiente a família cuja renda familiar *per capita* não ultrapasse ¼ (um quarto) do salário mínimo.

A partir da regulamentação do BPC, com a estipulação legal de um critério limitador de renda a ser observado para efeito de concessão do benefício, e em razão do dever de observância do princípio da legalidade pela Administração Pública¹⁰⁸, o Instituto Nacional da Seguridade Social - INSS,

¹⁰⁷ Art. 20 (...)

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

¹⁰⁸ De acordo com Hely Lopes Meirelles: “A legalidade, como princípio (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode

entidade executora de tal benefício, passou a concedê-lo somente àqueles idosos ou deficientes cuja renda familiar não ultrapasse o valor legalmente estabelecido (1/4 do salário mínimo).

A comprovação de atendimento do critério de renda estipulado, conforme Sérgio Pinto Martins, é feita:

(...) mediante a apresentação de um dos seguintes documentos por parte de todos os membros da família do requerente que exerçam atividade remunerada: (a) CTPS com anotações atualizadas; (b) contracheque de pagamento ou documento expedido pelo empregador; (c) carnê de contribuição para o INSS; (d) extrato de pagamento de benefício ou declaração fornecida pelo INSS ou outro regime de previdência social público ou privado; (e) declaração de entidade, autoridade ou profissional de assistência social.¹⁰⁹

Ocorre que, desde a regulamentação do BPC, com a fixação de referido critério de renda, algumas controvérsias jurídicas surgiram, sendo que o tratamento conferido pelo Poder Judiciário, tanto nas demandas individuais em que se pleiteia a concessão do benefício, quanto na análise pelo Supremo da (in)constitucionalidade do critério legal de renda efetuada em sede de controle abstrato, não vem sendo homogêneo, demonstrando a existência de discrepância de entendimentos.

O critério de renda estipulado pelo legislador é constantemente questionado pelos cidadãos perante o Poder Judiciário, sob a alegação de que, embora os mesmos não se enquadrem no critério de renda de ¼ (um quarto) do salário mínimo, não possuem, igualmente, os meios necessários a sua manutenção, tendo, portanto, o direito a referido benefício, utilizando-se, ainda, de argumentos no sentido de que tal critério de renda é extremamente rigoroso, deixando uma gama de beneficiários de fora da proteção assistencial, bem como que legislações posteriores, referentes a outros benefícios assistenciais, adotam critérios mais flexíveis, devendo tais critérios ser aplicados também para efeito de concessão do BPC.

afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.” MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003 p. 86.

¹⁰⁹ MARTINS, op. cit. p.497-498.

O Poder Judiciário, por sua vez, conforme as decisões a seguir mencionadas, diverge em relação ao tratamento a ser conferido à questão, havendo controvérsia no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal.

2.4 A Postura Adotada pelo Poder Judiciário frente às Ações que Questionam o Critério de Renda de ¼ do Salário Mínimo para Efeito de Concessão do BPC

A ampla divergência na jurisprudência dos Juizados Especiais Federais quanto ao sentido e alcance do § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93 resultou, em um primeiro momento, na Súmula 11 da Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, consubstanciada nos seguintes termos:

A renda mensal, “per capita”, familiar, superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante.

Posteriormente, em 24/04/2006, entretanto, referida Súmula fora cancelada.

O § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742, de 1993, por iniciativa do Procurador-Geral da República, foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1232-1 – DF, sob o argumento de que o mesmo restringe o direito garantido por norma constitucional (inciso V do art. 203), tendo o Tribunal¹¹⁰, à época, julgado tal ação improcedente e declarado a constitucionalidade do critério legal impugnado, com o reconhecimento de que a lei traz hipótese de prestação objetiva do Estado¹¹¹.

Cabe ressaltar que, quando do julgamento da liminar da referida ação, o Ministro Maurício Correia asseverou ser “axiomático no direito que a estipulação de pensão e de outros benefícios deve levar em conta,

¹¹⁰ Composição do Supremo Tribunal Federal: Ministros Ilmar Galvão, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence, Moreira Alves, Neri da Silveira, Marco Aurélio, Sidney Sanches, Celso de Mello e Octávio Gallotti.

¹¹¹ ADI 1232-1 DF, Requerente: Procurador-Geral da República, Requerido Presidente da República, Relator originário Ministro Ilmar Galvão, Relator para o Acórdão Ministro Nelson Jobim, D.J. 1/06/2006, p. 95-106. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451> Acesso em: 16/6/2011.

fundamentalmente, dois fatores: de um lado, a necessidade do beneficiário, e de outro, a possibilidade de quem arca com o encargo.”¹¹²

Ademais, o pedido da medida liminar foi indeferido, sob o fundamento de que “o legislador, bem ou mal, mas cumprindo o dever de editar a lei, estabeleceu um parâmetro, que teve a virtude de dar eficácia à norma constitucional”.¹¹³

Quando do julgamento do mérito, o Ministro relator Ilmar Galvão, descartou a inconstitucionalidade do dispositivo legal em questão, frisando que irrefutavelmente é incapaz de prover a manutenção do idoso ou do deficiente a família cuja renda mensal per capita seja igual a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo.

Não obstante, indagou referido Ministro se a hipótese prevista na norma seria a única suscetível de retratar a incapacidade econômica da família, ocasião em que, respondendo negativamente à questão, decidiu ir além e empregar ao texto da norma a interpretação de que o dispositivo impugnado apenas estipulou um critério, mas que o mesmo não limita os meios de prova da condição de miserabilidade da família do idoso ou do deficiente, podendo o juiz, de acordo com o caso concreto, conceder o benefício em tela ainda que ultrapassada a renda estipulada pelo legislador.¹¹⁴

À época do julgamento ora analisado, todavia, preponderou o entendimento orquestrado pelo Ministro Nelson Jobim, segundo o qual “compete à lei dispor a forma da comprovação. Se a legislação resolver criar outros mecanismos de comprovação, é problema da própria lei”¹¹⁵, tendo sido vencido, assim, o voto do Ministro Relator Ilmar Galvão, cujo entendimento relatou-se acima.

Prosseguindo no julgamento da ADI supracitada, o Ministro Sepúlveda Pertence acompanhou o Relator no sentido da inexistência de

¹¹² ADI 1232-1 MC DF, Relator Ministro Maurício Correia, Requerente: Procurador-Geral da República, Requerido Presidente da República, p. 76-82, D.J. 26.05.95, p. 80. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346917>, Acesso em: 20/09/ 2011.

¹¹³ ADI 1232-1 MC DF, op. cit. p. 80.

¹¹⁴ ADI 1232-1 DF, op. cit. p. 101-102.

¹¹⁵ ADI 1232-1 DF, op. cit. p. 103.

inconstitucionalidade em relação ao dispositivo impugnado, mas também discordou no tocante a adoção da técnica da interpretação conforme à lei, entendendo que se há omissão em relação a outras hipóteses de comprovação da incapacidade da família de prover a subsistência do idoso ou do deficiente, tal omissão não encontraria remédio no âmbito daquela ação.¹¹⁶

Ficou decidido, então, que a norma impugnada (§ 3º do art. 20 da Lei n. 8.742/1993) não padecia do vício da inconstitucionalidade, tendo sido a ação julgada improcedente, com a decisão ementada nos seguintes termos:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO.¹¹⁷

Tendo a ADI ora analisada sido julgada improcedente, em razão do caráter ambivalente da ação¹¹⁸, a lei objeto de impugnação teve a sua constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, sendo que o único critério a ser observado na concessão do benefício em questão, de acordo com a decisão, é o previsto pelo legislador no § 3º do art. 20 da Lei n. 8.742, de 1993, não tendo sido aplicado o método da interpretação conforme, a admitir que outros critérios fossem observados pelo juiz de acordo com o caso concreto, conforme proposto pelo Relator da ação, como acima mencionado.

¹¹⁶ ADI 1232-1 DF, op. cit. p. 105.

¹¹⁷ ADI 1232-1 DF, op. cit. p. 95.

¹¹⁸ Gilmar Ferreira Mendes, ao tratar da decisão da ADI, de acordo com a Lei n. 9868/99, aduz que “O art. 24 acentua o caráter “dúplice” ou “ambivalente” da ação direta de inconstitucionalidade ou da ação declaratória de constitucionalidade, estabelecendo que, proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória. MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2007, p. 1074.

Cabe ressaltar que, conforme previsto na própria Constituição Federal¹¹⁹, a decisão supracitada produz eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, o que não se aplica ao legislador, sendo “certo, pois, que, declarada a constitucionalidade de uma norma pelo Supremo Tribunal, ficam os órgãos do Poder Judiciário obrigados a seguir essa orientação, uma vez que a questão estaria definitivamente decidida pelo STF”¹²⁰.

Ocorre que, pela análise do comportamento de vários órgãos do Poder Judiciário a seguir demonstrado, percebe-se que os efeitos da decisão proferida na ADI 1.232-1 não estão sendo estritamente observados por tal Poder.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, consolidou-se o entendimento oposto àquele adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1.232-1 – DF supramencionada.

Com efeito, posteriormente à ADI 1.232-1/DF, a Quinta Turma do STJ decidiu, por unanimidade, no âmbito do Recurso Especial n. 397.943 – SP, que:

II - O preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no artigo 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar per capita inferior a ¼ do salário-mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor.¹²¹

¹¹⁹ Art. 102 (...) § 2 As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas Ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

¹²⁰ MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 1213.

¹²¹ Recurso Especial nº 397.943 – SP, Recorrente: INSS, Recorrido: Luzimar Gomes da Silva, Relator Ministro Felix Fischer, p. 1-9. D.J. 18/03/2002, p. 1. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200101926621&dt_publicacao=18/03/2002 Acesso em: 17/6/2011.

Da mesma forma, no AgRg no Recurso Especial n. 529.928 – SP (DJ 03/04/2006), ignorando-se por completo o decidido pelo STF sobre a questão, foi decidido no âmbito do STJ, que:

1. A Terceira Seção deste Superior Tribunal, no âmbito da Quinta e da Sexta Turma, consolidou entendimento de que a comprovação do requisito da renda familiar per capita não-superior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo não exclui outros fatores que tenham o condão de aferir a condição de miserabilidade da parte autora e de sua família, necessária à concessão do benefício assistencial.¹²²

Além desses, outros acórdãos proferidos no âmbito do STJ podem ser citados: EDcl no AgRg no Recurso Especial n. 824.817 – SP (DJ 11/12/2006), no AgRg no REsp 688.089 – SP (DJ 21/03/2005), no Resp 536451 – SP (DJU 23/08/2004), nos Edcl no Resp 308711 – SP (DJU 03/05/2004) e no Resp 434417/RS (DJU 24/03/2003).

O que chama mais atenção, todavia, é o tratamento concedido a presente questão pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Logo após o julgamento da ADI 1232-1 DF, observa-se, inicialmente, respeito ao entendimento fixado na decisão proferida em tal ação, conforme exemplificado adiante:

RE, a e b, interposto contra decisão que afastou a exigência da Lei 8.742/93 de ser comprovada renda familiar inferior a um quarto do salário mínimo per capita para a concessão do benefício assistencial previsto no artigo 203, V, da Constituição Federal, sob o argumento de que referido limite não se compatibiliza com o objetivo social do benefício. Alega-se que o art. 203, V, da Constituição Federal não é auto-aplicável e que a exigência do parágrafo 3º do art. 20 da Lei 8.742/93 foi declarada constitucional no julgamento da ADIN 1.232/DF. Com efeito, o acórdão recorrido não está em consonância com o entendimento firmado por esta Corte no julgamento da ADIN 1.232 (Ilmar Galvão, DJ 01.06.2001), quando se julgou improcedente a ação direta proposta pelo Procurador-Geral da República contra o § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93 (...) Por isso, dando o efeito vinculante devido à decisão da ADIn 1.232, peço vênua ao Ministro Carlos Britto para acompanhar o voto da Ministra-Relatora”. Assim, dou provimento ao recurso

¹²² AgRg no Recurso Especial nº 529.928 – SP, Agravante: INSS, Agravado: Orlando Jacinto, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, p. 1-5. D.J. 03/04/2006, p. 2. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300729020&dt_publicacao=03/04/2006 Acesso em: 17/06/2011.

extraordinário (art. 557, § 1º - A, C.Pr. Civil) para julgar procedente a ação. (STF, RE 432465/SP, Min. Sepúlveda Pertence, DJU 14-10-2004, p. 88)¹²³

Da mesma forma, no julgamento do Agravo Regimental na Reclamação 2.303-6 – RS, de Relatoria da Ministra Ellen Gracie, deu-se provimento à Reclamação, tendo sido decidido que “a sentença impugnada ao adotar a fundamentação defendida no voto vencido afronta o voto vencedor e assim a própria decisão final da ADI 1.232.”¹²⁴

Abrindo-se um parêntese, apenas para dimensionarmos os debates ocorridos em torno de tal benefício, interessante demonstrar a discussão travada à época, por iniciativa do Ministro Carlos Ayres Britto:

(...) é bem de ver que o diploma legal de nº 8.742 nem sequer devia eleger critério dimensionador da pobreza ocasional do idoso ou da pessoa portadora de deficiência. E não devia eleger nenhum critério ou parâmetro de aferição objetiva de pobreza porque não habilitado pela Constituição para tal mister. Quero dizer: o critério objetivo de carência material do socialmente assistível já está na Constituição e esse critério é o fato mesmo de, num dado instante, o idoso ou deficiente demonstrar que não possui meios de prover à própria manutenção, nem de tê-la provida pela respectiva família. Tudo se resolve é no caso em concreto, porque a serventia da lei se resume em dispor sobre o processo de comprovação de tal carência assistencial e não mais que isso.

(...)

Tal como a pensão alimentícia e a assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, o benefício mensal por carência econômica do idoso e do deficiente físico é demandante de prova em concreto.¹²⁵

¹²³ RE 432465/SP, Min. Sepúlveda Pertence, Reclamante: Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, Reclamado: Clarice Gomes Zacharias. DJU 14-10-2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=198&dataPublicacaoDj=14/10/2004&incidente=2242409&codCapitulo=6&numMateria=153&codMateria=3>. Acesso em: 20/07/2011.

¹²⁴ Ag. Reg. na Reclamação 2.303-6/RS, Relator Ministra Ellen Gracie, Agravante: Patrícia Costa Diogo, Agravado: INSS, p. 110-138, D.J. 01.04.2005, p. 110. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%282303%2E%2E%2E+OU+2303%2EACMS%2E%29+%28%28ELLEN+GRACIE%29%2ENORL%2E+OU+%28ELLEN+GRACIE%29%2ENORV%2E+OU+%28ELLEN+GRACIE%29%2ENORA%2E+OU+%28ELLEN+GRACIE%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordao> s Acesso em: 17/06/2011.

¹²⁵ Ag. Reg. na Reclamação 2.303-6, op. cit. p. 124.

Em que pese os argumentos expendidos no voto-vista acima mencionado, a Relatora da Reclamação Ministra Ellen Gracie confirmou seu voto, em face dos seguintes argumentos:

Verifico, no entanto, que, a seguirmos nesta senda, estaríamos dando, no caso, ao juiz do Juizado Especial o direito de criar e aumentar benefício, o que não é da sua competência. Criaria benefício, deixando de indicar a fonte de custeio, exigência que se faz até àqueles que têm competência legislativa. Isso porque, ao deixar inteiramente a critério do magistrado a aferição desse estado de necessidade e desta verificação de pobreza, foge-se, portanto, daquilo que foi fixado em lei como um parâmetro atuário, ou seja, aquilo que o orçamento da Previdência e Assistência Social comporta. Existe um universo correspondente aos habitantes do País. Dentro dele se calcula que uma determinada parcela não tenha rendimentos que superem a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, e, nestas condições, apenas para beneficiar essas pessoas, e não outras, a lei definiu o benefício que já era previsto pela Constituição Federal. Por isso, Ministro Carlos Britto, pedindo vênua a Vossa Excelência, entendo que a sentença, embora tenha afirmado com todas as letras que não descumpria a decisão deste Supremo Tribunal Federal, de fato, na prática, faz letra morta da nossa decisão, porque a decisão do Supremo Tribunal Federal foi exatamente a de fixar como parâmetro objetivo a ocorrência, a existência ou não deste limitador de ganhos da família: um quarto do salário mínimo.¹²⁶

No presente julgamento, ressaltou sua posição sobre a questão, novamente, o Ministro Nelson Jobim, dizendo que discordou, à época do julgamento da ADI 1.232-DF, do Ministro relator Ilmar Galvão “porque senão instaurar-se-ia –era a discussão do momento-, uma grande desordem. Aí, teríamos critérios regionais, sub-regionais, microrregionais, municipais, distritais e criava uma enorme obrigação, a qual não teria uma forma de controle.”¹²⁷

Referida observação foi acompanhada pela Ministra Ellen Gracie, tendo a mesma frisado que, dessa forma, “cada juiz estabeleceria o seu

¹²⁶ Ag. Reg. na Reclamação 2.303-6, op. cit., p. 127.

¹²⁷ Ag. Reg. na Reclamação 2.303-6, op. cit., p. 129.

critério”¹²⁸, quando o Ministro Nelson Jobim completou alegando que o faria “na sua presunção de conceito de ser bom ou ser mau.”¹²⁹

Na mesma linha de raciocínio, o Ministro Gilmar Mendes manifestou-se no sentido de que:

De fato, ainda que separemos a situação da Previdência da posição da assistência social, é óbvio que isso repercute sobre o quadro da seguridade, que está submetido ao dispositivo já mencionado pela Ministra Ellen Gracie quanto à necessidade de que eventuais despesas novas tenham uma fonte de custeio clara, até mesmo na hipótese dessa criação se fazer por lei. Ora, a multiplicação dessas decisões – e é fácil adivinhar, hoje, com a expansão da Justiça Federal, especialmente com os juizados especiais federais – pode criar uma situação ainda mais imprevisível para esse quadro aflitivo da Previdência Social.¹³⁰

O Ministro Marco Aurélio votou pela procedência do pedido formulado na presente Reclamação, mas tão somente por entender que a matéria em questão não podia ser discutida naquele momento, tendo deixado registrado, entretanto, sua posição quanto ao alcance do inciso V do art. 203 da Constituição Federal de 1988, no sentido de que:

Ora, se, em que pese a percepção, por membro da família, de um quarto do salário mínimo, nós nos defrontamos com uma situação concreta em que se prove ser esse valor insuficiente, é possível ir-se adiante e deferir a assistência prevista no inciso V do artigo 203. Mas, é matéria que não pode ser discutida neste momento.¹³¹

Já o Ministro Sepúlveda Pertence, novamente atento ao efeito vinculante da ADI 1.232, conforme julgado acima mencionado, frisou que:

(...) admitindo que haja uma omissão parcial do legislador, não vejo como deixar a apreciação de cada juiz, em cada caso concreto, estabelecer outras modalidades dessa seguridade social gratuita, quando não o pode fazer na Previdência Social, que pende da contribuição do segurado.¹³²

¹²⁸ Ag. Reg. na Reclamação 2.303-6, op. cit., p. 129.

¹²⁹ Ag. Reg. na Reclamação 2.303-6, op. cit., p. 129.

¹³⁰ Ag. Reg. na Reclamação 2.303-6, op. cit., p. 133-134.

¹³¹ Ag. Reg. na Reclamação 2.303-6, op. cit., p. 136.

¹³² Ag. Reg. na Reclamação 2.303-6, op. cit., p. 137.

Assim, no presente caso, o Tribunal, por maioria, julgou procedente a Reclamação e prejudicado o agravo, conforme o voto da Ministra Relatora Ellen Gracie, cuja transcrição parcial foi acima efetuada.

Verifica-se que, naquela oportunidade, o Supremo Tribunal Federal preocupou-se com o efeito vinculante da decisão por ele adotada em sede de controle de constitucionalidade, com a questão da “reserva legal” e das conseqüências de sua inobservância, em especial com a inexistência de controle dos magistrados ante a falta de critérios objetivos de concessão do benefício, bem como com a preservação dos recursos orçamentários disponíveis e a necessidade de uma fonte de custeio destinada a criação e majoração desses benefícios.

Na mesma época, também pela observância da decisão proferida na ADI 1.232 –1 DF¹³³, temos o julgado na Reclamação 2.323-1 PR, de Relatoria do Ministro Eros Grau, em que o pedido foi procedente, tendo se reconhecido que “a sentença que, embora tenha afirmado a constitucionalidade do artigo 20 da Lei n. 8.742/93, ignorou seu comando, afronta a autoridade de decisão proferida por esta Corte no julgamento da ADI n. 1.232.”¹³⁴

O Ministro Relator frisou que, na oportunidade do julgamento da ADI supracitada, a Corte entendeu que o benefício está condicionado às exigências legais, entre elas, a comprovação da renda familiar per capita de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, ressaltando que isso não exclui a possibilidade da lei abrir novas possibilidades.¹³⁵

A preocupação com a preservação da lei e da vontade do legislador, bem como com os limites da discricionariedade judicial, observada no voto do Ministro Relator, condiz com a doutrina elaborada pelo mesmo, para quem o juiz não pode produzir normas livremente, estando vinculado ao texto

¹³³ Composição do STF à época: Ministros Eros Grau, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Carlos Velloso, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa.

¹³⁴ Reclamação 2.323-1, Relator Ministro Eros Grau, Reclamante: União, Reclamado Juiz Federal da 2ª Vara de Londrina da Seção Judiciária do Estado do Paraná, p. 302-310. D.J. 20.05.2005, p. 302. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365584> Acessado em: 17/06/2011.

¹³⁵ Reclamação 2.323-1, op. cit., p. 305.

normativo, mesmo quando o mesmo seja aberto para permitir que o direito permaneça vinculado à realidade, pois o rompimento do intérprete autêntico com o texto resultará em sua subversão.¹³⁶

A Reclamação ora analisada foi ajuizada em face de uma decisão que adotou uma nova fundamentação para a superação do dispositivo legal em tela (§ 3º do art. 20 da Lei n. 8.742, 1993).

Conforme já abordado, algumas decisões, como é o caso da decisão ora reclamada, passaram, através da utilização de uma interpretação infralegal e sistemática de normas editadas posteriormente ao julgamento da ADI 1.232-1, a utilizar o mesmo critério de renda definido em tais normas, mais elástico, para efeito de concessão do Benefício de Prestação Continuada.

Na decisão objeto da Reclamação em tela, utilizou-se dos critérios definidos na Lei n. 9.533, de 1997, que autoriza o Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima a associados a ações socioeducativas, bem como na Lei n. 10.291, de 2001, instituidora do Programa Nacional de Renda Mínima vinculado à educação – Bolsa Escola, que consideram necessitados, para efeito dos respectivos benefícios, aquele cuja renda mensal per capita é inferior a ½ (meio) salário mínimo.

Assim, de acordo com a decisão reclamada, esse (½ salário mínimo) deveria ser o novo patamar a ser considerado também para a concessão do Benefício de Prestação Continuada - BPC.

Porém, o Supremo, na Reclamação em tela, não acatou tal entendimento, considerando-se uma afronta à decisão proferida no julgamento da ADI 1.232-1, pois, conforme o Ministro Eros Grau, “embora tenha afirmado ser constitucional o artigo 20 da Lei n. 8.742/93, ignorou seu comando, estendendo o benefício previdenciário a pessoas que, segundo aquele artigo, a ele não fazem juz.”¹³⁷

Cabe destacar o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro relator:

¹³⁶ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 56.

¹³⁷ Reclamação 2.323-1, op. cit., p. 306.

6. Ao julgar citada ADI, este Tribunal assentou que o requisito objetivo previsto no artigo 20 da Lei n. 8.742/93 deve ser satisfeito para a concessão do benefício, a não ser que a lei venha a dispor de forma diversa. Entretanto, não se cuida aqui de qualquer lei que conceda outro benefício. Há de ser uma lei que disponha sobre o benefício de prestação continuada para pessoa portadora de deficiência ou idoso com 70 (setenta) anos ou mais, previsto no inciso V do artigo 203 da Constituição do Brasil.

7. Leis que disciplinem outros benefícios não têm o condão de alterar as disposições da Lei n. 8.742/93, que tem como fim específico regulamentar aquele benefício constitucionalmente previsto.

Assim, é inegável que a decisão atacada afastou-se da orientação desta Corte e invadiu esfera de competência do legislador, razão pela qual julgo procedente o pedido formulado nesta reclamação.¹³⁸

O que se considerou na decisão supracitada é que não se podem aplicar os mesmos critérios de uma legislação específica, criada para regular um determinado benefício, com todas as suas especificidades e nuances, para a concessão de outro benefício, cujos beneficiários e objetivos são totalmente diversos.

De acordo com o Ministro Relator acima mencionado, há que se ater para essas diferenciações, de modo que somente uma lei versando sobre o BPC poderia dispor sobre seus critérios de concessão.

Entretanto, como se demonstrará adiante, algumas decisões consideraram superado o § 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742, de 1993, que trata do critério de renda do BPC, passando a utilizar como parâmetro o critério de renda definido para efeito de concessão do benefício pago pelo Programa Bolsa Família (½ salário mínimo), criado, posteriormente, através da Lei n. 10.836, de 2004, sem levarem em conta a diferença entre tal benefício e o BPC.

Ademais, outra lei que tem sido utilizada como fundamento para alargar o critério de renda do BPC é a Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003, que instituiu o Estatuto do Idoso, tendo a mesma criado um privilégio aos idosos, no parágrafo único do seu artigo 34, segundo o qual, quando da análise

¹³⁸ Reclamação 2.323-1, op. cit., p. 307.

do pedido de concessão do BPC, não se deve computar, na renda familiar do idoso, o benefício assistencial já pago a qualquer membro da família, sob o argumento de que, a partir disso, não resta dúvida de que o critério de renda de ¼ (um quarto) do salário mínimo, estipulado na Lei nº 8.742, de 1993, foi ampliado.

Retornando à postura adotada pelo Supremo após o julgamento da ADI 1.232-1 DF, também pelo respeito ao efeito vinculante produzido por tal decisão podemos mencionar:

(...) Embora a sentença não sustente a inconstitucionalidade da lei 8.742/1993, ela considera gastos com transporte e medicamentos relevantes no cômputo da renda média familiar. Isso altera sensivelmente o critério previsto pelo legislador no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, que se refere a ¼ do salário mínimo, sem referência alguma a desconto, por razão de gastos com transporte e medicamentos. Por consequência, há ofensa ao que ficou decidido no julgamento da ADI 1.232. Como já tive oportunidade de afirmar, o Plenário da Corte, ao julgar improcedente a ADI 1.232, concluiu pela constitucionalidade do art. 20, § 3º da Lei 8.742/1993. (...) A sentença impugnada ao adotar a fundamentação defendida no voto vencido afronta o voto vencedor e assim a própria decisão final da ADI 1.232.¹³⁹

Neste sentido, outros julgados, ainda, podem ser mencionados: RE 430575/SC, RE 421886/SC, RE 412427/SC, RE 406281/SP.

Podemos verificar, assim, conforme os julgados supracitados que, à época, em respeito ao julgado na ADI 1.232-1/DF, a posição que se adotava no Supremo Tribunal Federal, apesar dos votos divergentes, era a de que em tal ação direta de inconstitucionalidade definiu-se que o critério de ¼ (um quarto) do salário mínimo é objetivo e não pode ser conjugado com outros fatores indicativos da miserabilidade do indivíduo e de seu grupo familiar, cabendo ao legislador, e não ao juiz na solução do caso concreto, a criação de outros requisitos para a aferição do estado de pobreza daquele que pleiteia o benefício assistencial, não sendo o caso, ainda, de se utilizar de interpretação

¹³⁹ RCL 3890, Reclamante: INSS, Reclamado: Juiz Federal da 8ª Vara Federal de Mossoró, Ministro Joaquim Barbosa, DJ 04/11/2005, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=212&dataPublicacaoDj=04/11/2005&incidente=3711230&codCapitulo=6&numMateria=166&codMateria=2>, Acessado em: 20/07/2011.

sistemática das leis, concedendo-se o benefício assistencial com base em outros critérios estabelecidos por legislações posteriores cujos objetos são diferentes.

Recentemente, porém, algumas decisões proferidas no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal têm julgado improcedentes as Reclamações interpostas pelo INSS contra decisões que afastam o critério legal e concedem o BPC com base nas condições verificadas no caso concreto¹⁴⁰.

Com isso, verifica-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está se modificando, pois, se, em um primeiro momento, posicionou-se de forma contrária àquilo que vinha sendo decidido em outras instâncias e adotou-se o entendimento de que o critério legal de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo é constitucional e deve ser o único a ser considerado para efeito de concessão do BPC, ao que parece, está ocorrendo uma ruptura com o sistema interpretativo até então adotado no âmbito da Corte, passando-se a permitir que referido critério seja conjugado com outros fatores de miserabilidade, constatados no caso concreto pelo magistrado.

Tais decisões, como se verá, utilizam diferentes fundamentos, seja aquele de que legislações posteriores, que criaram outros benefícios, ampliaram o critério de renda a ser considerado, devendo estender-se tal critério ao BPC, seja o de que o critério de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo é ineficiente e rigoroso, deixando uma gama de beneficiários desamparados.

Utilizando-se de outros argumentos, ainda, recentemente, no Agravo Regimental na Reclamação nº 3.805/SP, DJ 18.10.2006, de Relatoria da Ministra Carmem Lúcia, negou-se provimento ao recurso, mantendo-se a decisão que negou seguimento à Reclamação interposta pelo INSS, tendo sido invocada a dignidade da pessoa humana, os objetivos constantes do artigo 3º da Constituição, a garantia da jurisdição e o papel do Tribunal como guardião da Carta como fundamentos da decisão.¹⁴¹

¹⁴⁰ Rcl 4.164/RS, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio; Rcl nº 3.805/SP, de relatoria da Ministra Carmem Lúcia; Rcl 4.280/RS, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, entre outras.

¹⁴¹ Ag. Reg. na Reclamação 3.805-0 SP, Relatora Ministra Carmem Lúcia Agravante: INSS, Agravado: Juiz de Direito da 3ª Vara da Comarca de Jaboticabal, D.J. 21/08/2009, p. 263-269. Disponível em:

Quando da negativa de seguimento à Reclamação interposta pelo INSS, a Ministra Relatora fundamentou sua decisão com base nos seguintes argumentos:

(...)a miséria constatada pelo juiz é incompatível com a dignidade da pessoa humana, princípio garantido no art. 1º, inciso III, da Constituição da República; e a política definida a ignorar a miserabilidade de brasileiros é incompatível com os princípios postos no art. 3º e seus incisos da Constituição; e a negativa do Poder Judiciário em reconhecer, no caso concreto, a situação comprovada e as alternativas que a Constituição oferece para não deixar morrer à míngua algum brasileiro é incompatível com a garantia da jurisdição, a todos assegurada como um direito fundamental (art. 5º, inciso XXXV da Constituição da República). Portanto, não apenas não se comprova afronta à autoridade de decisão do Supremo Tribunal na sentença proferida, como, ainda, foi exatamente para dar cumprimento à Constituição da República, de que é guarda este Tribunal, que se exarou a sentença na forma que se pode verificar até aqui.”¹⁴²

Em tal decisão, deixou-se de lado a questão da reserva legal e da necessidade de observância da lei e privilegiou-se o direito dos cidadãos com base nos casos concretos que são submetidos ao Poder Judiciário, tendo-se utilizado como fundamento da decisão certos princípios e objetivos da Constituição.

Cabe ressaltar que, no julgamento do Agravo Regimental contra a decisão supracitada, fora levantada pela Ministra Carmem Lúcia a hipótese de se rever o teor do que foi decidido no julgamento da ADI 1.232-1, o que indica estar havendo uma mudança de entendimento no âmbito da Corte sobre a questão.

A averiguação de eventual modificação de entendimento sobre a (in)constitucionalidade do dispositivo legal em debate (§3 do art. 20 da Lei n. 8.742/1993), todavia, não ocorreu no âmbito do referido julgamento, tendo sido mantida a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos e sido negado seguimento ao agravo regimental, sob a alegação de que os fundamentos adotados na decisão que se pretendia modificar não tinham sido impugnados.

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601143> Acesso em: 17/06/2011.

¹⁴² Ag. Reg. na Reclamação 3.805-0, op. cit., p. 265.

Eventual modificação de entendimento pela Corte poderá ocorrer, todavia, quando do julgamento do mérito da Reclamação 4374 MC/PE, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, sendo que, no julgamento da medida cautelar já se observou a necessidade de se verificar a ocorrência de eventual “inconstitucionalização” do § 3º do art. 20 da Lei n. 8.742, de 1993.¹⁴³

Na presente Reclamação, na esteira de outras decisões com igual teor, a decisão agravada manifestou a possibilidade de a hipossuficiência ser comprovada por outros meios de prova, através da análise do caso concreto pelo juiz, tendo sido considerado que o limite legal de renda *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo é apenas um critério objetivo para julgamento, não impedindo o deferimento do benefício quando demonstrada a situação de miséria. Ademais, ficou ressaltado que o próprio legislador já reconheceu a hipossuficiência na hipótese de renda superior ao referido limite, quando da edição de leis posteriores referentes a outros benefícios, estabelecendo critério mais vantajoso, qual seja, a renda familiar de $\frac{1}{2}$ (meio) salário mínimo.

Ao decidir o pedido de liminar, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, após analisar o que fora decidido pelo Tribunal quando do julgamento da ADI 1.232-1 – DF, e depois de realizar um histórico acerca das decisões proferidas pelo Supremo sobre a matéria desde então, o que nos remete à idéia de “justiça com integridade” de Ronald Dworkin¹⁴⁴, frisou que “algumas decisões monocráticas recentes têm dado tratamento diferenciado ao tema”.¹⁴⁵

¹⁴³ Reclamação 4374 MC/PE Relator Ministro Gilmar Mendes, Reclamante: INSS, Reclamado: Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado de Pernambuco. D. J. 06/02/2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%284374%2ENOME%2E+OU+4374%2EDMS%2E%29%28%28GILMAR+MENDES%29%2ENOR%2E+OU+%28GILMAR+MENDES%29%2ENPRO%2E%29%29+NAO+S%2EPR%2E&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 17/06/2011.

¹⁴⁴ A justiça como integridade foi concebida a partir da idéia da aplicação do Direito como um romance escrito por vários autores. Assim, quem tem a responsabilidade de interpretar e criar precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer o que é o romance criado até então. Deve-se criar um romance único, integrado, em vez de uma série de contos independentes, com personagens de mesmo nome. De acordo com essa idéia nós não podemos prescindir do que já foi decidido no passado, mas também não devemos considerar isso como imodificável. Assim, deve-se criar algo de novo do que estava estabelecido no passado e assim sucessivamente. Para Dworkin,

Ficou registrado, assim, no âmbito da referida decisão, estar havendo, efetivamente, uma mudança de entendimento sobre a questão.

Para tanto, no voto do Ministro supracitado, levantou-se o que fora decidido pelos Ministros Celso de Mello, Carlos Britto e Ricardo Lewandowski¹⁴⁶, que negaram seguimento às reclamações do INSS por considerarem que esta via processual não é adequada para se reexaminar as provas que embasaram a decisão reclamada.¹⁴⁷

Citou-se, da mesma forma, a posição adotada pelo Ministro Sepúlveda Pertence na Rcl. nº 4.280/RS (DJ 30.6.2006) que enfatizou que as decisões reclamadas não têm declarado a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei n. 8.742/1993, mas apenas dado interpretação a tal dispositivo em conjunto com legislações posteriores que não foram objeto da ADI 1.232 – DF.¹⁴⁸

Mencionou-se, ainda, o posicionamento sempre adotado pelo Ministro Marco Aurélio no sentido da insuficiência do critério definido pelo § 3º do art. 20 da Lei n. 8.742/93, entendendo que a política adotada pelo legislador é ineficiente.¹⁴⁹

Destacando, por fim, a recente decisão adotada pela Ministra Carmem Lúcia na Rcl nº 3.805/SP, cuja transcrição parcial efetuamos acima.¹⁵⁰

Assim, fazendo uma análise dessas decisões, o Ministro Gilmar Mendes registrou em seu voto que a “interpretação da Lei nº 8.742/93 em face da Constituição vem sofrendo câmbios substanciais neste Tribunal”.¹⁵¹

Considerou-se que, de fato, a superveniência da legislação estabeleceu novos critérios mais elásticos, mencionando-se, inclusive, o

devemos descobrir o que já foi decidido no passado, ainda que não se vá aplicar a decisão exatamente da mesma forma. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes 2001, p. 235-242.

¹⁴⁵ Reclamação 4374 MC, op. cit.

¹⁴⁶ Rcl nº 4.422/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 30.6.2006; Rcl nº 4.133/RS, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 30.6.2006; Rcl nº 4.366/PE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 1.6.2006.

¹⁴⁷ Reclamação 4374 MC, op. cit.

¹⁴⁸ Reclamação 4374 MC op. cit.

¹⁴⁹ Reclamação 4374 MC op. cit.

¹⁵⁰ Reclamação 4374 MC op. cit.

¹⁵¹ Reclamação 4374 MC, op. cit.

Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), que no parágrafo único do seu art. 34 estabeleceu que, quando da análise do pedido de concessão do BPC ao idoso, não se deve computar na renda familiar do requerente o benefício assistencial já pago a outro membro da família, o que teria elevado a renda familiar considerada pelo legislador como parâmetro para comprovar a hipossuficiência.

Ademais, o Ministro Gilmar Mendes fez uma análise da efetividade da política em questão e dos resultados alcançados em face dos critérios eleitos pelo legislador, afirmando que:

Os inúmeros casos concretos que são objeto do conhecimento dos juízes e tribunais por todo o país, e chegam a este Tribunal pela via da reclamação ou do recurso extraordinário, têm demonstrado que os critérios objetivos estabelecidos pela Lei nº 8.742/93 são insuficientes para atestar que o idoso ou o deficiente não possuem meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.¹⁵²

Referida afirmação revela que essa política de assistência social está sendo modificada com base na análise dos casos concretos levados ao Poder Judiciário, que, no âmbito das primeiras instâncias, através da verificação dos estudos sociais da família, anexados aos autos do processo, ou das provas colhidas em audiências, tem constatado a ineficiência da política em questão, promovendo a sua alteração através do alargamento dos critérios, com o conseqüente acréscimo no número de beneficiários.

Com efeito, continua o Ministro em sua decisão:

Constatada tal insuficiência, os juízes e tribunais nada mais têm feito do que comprovar a condição de miserabilidade do indivíduo que pleiteia o benefício por outros meios de prova. Não se declara a inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, mas apenas se reconhece a possibilidade de que esse parâmetro objetivo seja conjugado, no caso concreto, com outros fatores indicativos do estado de penúria do cidadão. Em alguns casos, procede-se à interpretação sistemática da legislação superveniente que estabelece critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais.¹⁵³

¹⁵² Reclamação 4374 MC, op. cit.

¹⁵³ Reclamação 4374 MC, op. cit.

Com base nessa constatação e tendo em vista as recentes decisões do Supremo sobre a questão, o Ministro Gilmar Mendes asseverou que tais julgados poderiam perfeitamente se compatibilizar com o conteúdo decisório da ADI nº 1.232, porém, essa conclusão não pode ser extraída do teor do julgado na Rcl – Agr 2.303/RS, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, ocasião em que o Tribunal manteve firme seu posicionamento em relação à constitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93.¹⁵⁴

Constata, entretanto, o Ministro Gilmar Mendes que:

O Tribunal parece caminhar no sentido de se admitir que o critério de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo pode ser conjugado com outros fatores indicativos do estado de miserabilidade do indivíduo e de sua família para concessão do benefício assistencial de que trata o art. 203, inciso V, da Constituição.¹⁵⁵

Pondera, então, referido Ministro, que a manutenção do que decidido na Rcl 2.303/RS, revelaria, ao menos, a ocorrência de inconstitucionalidade por omissão do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, em face à insuficiência de critérios para se aferir os meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, nos termos do preconizado pelo inciso V do art. 203 da Constituição.¹⁵⁶

Assim, suscita-se, no âmbito da Rcl 4374/PE, a eventual ocorrência de inconstitucionalidade superveniente, uma vez que o STF já declarara, anteriormente, a constitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742, de 1993, através da ADI 1.232-DF, o que ensejaria a necessidade de reexame da questão pelo Tribunal, pois, conforme o supracitado Ministro “toda essa reinterpretção do art. 203 da Constituição, que vem sendo realizada tanto pelo legislador como por esta Corte, pode ser reveladora de um processo de inconstitucionalização do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93.”¹⁵⁷

¹⁵⁴ Reclamação 4374 MC op. cit.

¹⁵⁵ Reclamação 4374 MC op. cit.

¹⁵⁶ Reclamação 4374 MC op. cit.

¹⁵⁷ Reclamação 4374 MC op.cit.

Com isso, encerra seu voto, indeferindo o pedido de liminar, reconhecendo, entretanto, que “diante de todas essas perplexidades sobre o tema, é certo que o Plenário do Tribunal terá que enfrentá-lo novamente.”¹⁵⁸

Apenas abrindo um parêntese, a nosso ver, quando do enfrentamento dessa questão novamente pelo Supremo, importantes aspectos devem ser observados.

Os juízes de primeira instância analisam e julgam os casos individuais que lhe são submetidos com base nos estudos sociais sobre a família do requerente, anexados aos autos, e nas audiências de instrução realizadas em juízo. Com isso, acabam fazendo “justiça” naquele caso concreto específico, constatando a insuficiência do critério legal de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo sem analisar a política pública como um todo.

Com efeito, os juízes não analisam os objetivos sociais a serem alcançados com tal política, cujos critérios são estipulados visando o alcance de tais objetivos, nem os resultados obtidos para a sociedade em geral, ignorando os dados globais existentes, como aqueles apontados, por exemplo, no Capítulo 1 da presente dissertação, resultados esses, aliás, considerados positivos, conforme frisado na ocasião.

Assim, necessário que se estabeleça qual a postura a ser adotada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do eventual reexame da questão da constitucionalidade do dispositivo legal em tela, considerando, ainda, seu papel de guardião da Constituição¹⁵⁹, o seu dever de manter a unidade da Constituição¹⁶⁰, o constante questionamento sobre a sua legitimidade

¹⁵⁸ Reclamação 4374 MC, op. cit.

¹⁵⁹ KELSEN, Hans, **Quem deve ser o guardião da Constituição?** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹⁶⁰ De acordo com Canotilho: “O princípio da unidade da Constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que o Direito Constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas e, sobretudo, entre os princípios jurídicos-políticos constitucionalmente estruturantes. Como ‘ponto de orientação’, ‘guia de discussão’ e ‘factor hermenêutico de decisão’ o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão [...] existentes entre as normas constitucionais a concretizar. Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário

democrática em rever uma deliberação adotada pelos representantes do povo, a necessária observância do princípio da separação de poderes, bem como a crescente preocupação com a superlativização das funções do Poder Judiciário¹⁶¹.

Outro aspecto a ser observado é o referente às condições necessárias para que o Tribunal reveja questão por ele previamente julgada constitucional, como no presente caso.

A questão da (in)constitucionalidade do dispositivo em tela (§ 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742, de 1993), como se viu, foi resgatada na Reclamação 4374/PE, sendo que, quando do julgamento do seu mérito, poderá vir a se discutir a ocorrência de inconstitucionalidade superveniente.

Ocorre que, tal tarefa, como o próprio Ministro Gilmar Mendes registrou, não se demonstra fácil, em razão da perplexidade do tema, sendo que o Tribunal deverá enfrentar grandes obstáculos em tal julgamento.

Com efeito, para que ocorra a reversão de um posicionamento do Supremo acerca da constitucionalidade de um dispositivo legal, necessário mais do que a mera modificação de entendimento da Corte, o que é suscetível de ocorrer em razão da mera alteração de sua composição.

Cabe frisar que nenhum problema existe em relação ao Tribunal rever questão por ele já declarada constitucional, desde que presentes certas circunstâncias que demonstrem a inconstitucionalidade superveniente do dispositivo legal.

Conforme Gilmar Ferreira Mendes:

(...) declarada a constitucionalidade de uma lei, ter-se-á de concluir pela inadmissibilidade de que o Tribunal se ocupe uma vez mais da aferição de sua legitimidade, salvo no caso de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes.¹⁶²

de normas e princípios” CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1991, p. 162.

¹⁶¹ De acordo com Tércio Sampaio Ferraz Jr., a posição do juiz restou alterada, sendo ele co-responsável pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do estado social. FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, São Paulo, n. 21, p. 12-21, 1994, p. 19.

¹⁶² MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 1214.

Ocorre que, em face do atual estágio social alcançado pelas políticas públicas de assistência social, adotadas amplamente nos últimos tempos, e de seus resultados favoráveis, conforme demonstrado no Capítulo 1 dessa dissertação, mais dificultosa ainda fica a demonstração da superveniência de inconstitucionalidade do dispositivo legal em questão, quando seria necessário comprovar-se a alteração, para pior, das circunstâncias fáticas ou a modificação de relevantes concepções jurídicas dominantes.

Assim, diante do que fora demonstrado no começo da presente dissertação, dificilmente ficaria demonstrada a inconstitucionalidade superveniente do dispositivo legal em questão em razão das alterações fáticas havidas, uma vez que as mesmas restaram modificadas para melhor, após o julgamento da ADI 1232-01/DF que reconheceu a constitucionalidade do § 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742, de 1993.

Por outro lado, conforme as decisões mais recentes adotadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal sobre o critério de renda do BPC, em que o requisito legal vem sendo deixado de lado pelos Ministros, privilegiando-se o direito ao benefício assistencial em si, poderia se argumentar no sentido de estar havendo uma modificação, no Tribunal, em relação a uma concepção jurídica dominante, qual seja, a concepção sobre Estado de Direito, pois parece que o Tribunal está abandonando aquela concepção centrada no texto legal e adotando aquela outra concepção centrada nos direitos dos cidadãos a serem protegidos pelo sistema jurídico como um todo, o que daria ensejo à eventual declaração de inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742, de 1993.

Fechando o parêntese, ocorre que, enquanto essa questão não é definitivamente resolvida no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal, a discrepância de entendimentos acima retratada repercute em outras instâncias, predominando a posição no sentido de que a miserabilidade pode ser aferida no caso concreto pelo magistrado, sendo passível a concessão do BPC ainda que a renda familiar ultrapasse $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo.

Com efeito, recentemente, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, negou-se provimento ao Recurso Especial interposto pela recorrente (nº 868.6000- SP) sob o fundamento de que:

É verdade que a Terceira Seção deste Tribunal, examinando essa questão, consolidou o entendimento de que o referido dispositivo legal deve ser tido como um limite mínimo, um *quantum* considerado insuficiente à subsistência da pessoa portadora de deficiência ou idosa, não impedindo, contudo, que o julgador faça uso de outros fatores que digam respeito à situação econômica-financeira do beneficiário e que tenham o condão de comprovar a sua condição de miserabilidade e de sua família.

Contudo, no presente caso, as instâncias ordinárias, considerando outros elementos de prova produzidos nos autos, notadamente o estudo social, entenderam restar ausente o requisito da hipossuficiência da autora.¹⁶³

Veja-se que o Recurso impetrado pela recorrente, que pleiteava judicialmente a concessão do BPC, apesar de ter sido improcedente, só o foi porque as provas produzidas nos autos, especialmente o estudo social elaborado, comprovaram que a mesma não se enquadrava na condição de hipossuficiente e não porque a mesma não preenchia o requisito previsto no § 3º do art. 20, na linha dos julgados anteriores daquele Tribunal Superior, no sentido de que a insuficiência da renda familiar para prover o sustento do idoso ou do deficiente deva ser constatada diante do caso concreto, ignorando-se o legislador.

Há que se ressaltar que essas decisões recentes a respeito do tema, adotadas tanto no âmbito do Superior Tribunal de Justiça quanto na alçada do próprio Supremo Tribunal Federal, acerca da possibilidade de averiguação do caso concreto para efeito de constatação da miserabilidade e concessão do BPC, repercutem nas decisões proferidas pelo Judiciário Federal em praticamente todas as Regiões.

Inúmeras decisões adotadas no âmbito dos Tribunais Regionais Federais e da Turma Nacional de Uniformização fizeram menção expressa às

¹⁶³ RE nº 868.600/SP Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Recorrente: Angelina Ribeiro Thomaz, Recorrido INSS, p. 1-7. D.J. 26/03/2007, p. 5. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200601555503&dt_publicacao=26/03/2007 Acesso em: 17/06/2011.

decisões supracitadas, proferidas pelo STJ e pelo STF, como fundamento para permitir a utilização de outros meios de prova para o reconhecimento da condição de miserabilidade.¹⁶⁴

Recentemente, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, proferiu decisão no seguinte sentido:

7. Ao desconsiderar o limite objetivo de ¼ do salário mínimo como renda familiar per capita mínima para fins de concessão do benefício assistencial, a sentença afastou-se da atual orientação do Supremo Tribunal Federal, no sentido da constitucionalidade do referido requisito para tal fim (ADI 1.232-1).

8. Considerando, no entanto, que o objetivo do legislador, tanto o constituinte quanto o ordinário, foi de proteção social reforçada da pessoa portadora de deficiência e do idoso, passa ao largo do princípio da razoabilidade entendimento que inclui na renda familiar – para efeito de averiguar o preenchimento de requisito à concessão de benefício em favor daqueles – valores desde já comprometidos com os cuidados inerentes a tal condição, razão pela qual devem ser deduzidos (a) as despesas que decorram diretamente da deficiência, incapacidade ou idade avançada dos requerentes, notadamente com medicamentos, alimentação especial, fraldas descartáveis, tratamento médico, psicológico e fisioterápico, entre outros; (b) o valor auferido por pessoa idosa a título de benefício assistencial ou benefício previdenciário de renda mínima; (c) o valor auferido a título de benefício assistencial em razão de deficiência (a título de benefício previdenciário por incapacidade (de renda mínima) percebido por integrante da unidade familiar, independentemente da idade.¹⁶⁵

Referida decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região estabeleceu prazo de 180 (cento e oitenta) dias para cumprimento e

¹⁶⁴ Como, por exemplo: Apelação em Mandado de Segurança n. 200335000169530 TRF1, Apelação Cível n. 200538040001228 TRF1; Agravo de Instrumento n. 200901000226149 TRF1, Embargos Infringentes n. 200461130030989 e n. 200161130007681 TRF3; Apelação/Reexame Necessário n. 1111904 TRF3; Apelação Cível n. 1440911 TRF3; Apelação Cível n. 200471140020534 TRF4; Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal n. 200643009023178, n. 200543009040184, n. 200543009043180, n. 200543009018871 e n. 200543009039683.

¹⁶⁵ Apelação Cível nº 2003.72.00.001108-0/SC, Relator José Francisco Andreotti Spizzirri Juiz Federal, Apelante: INSS e União Federal, Apelado: Ministério Público Federal, D.E. 13/01/2010, Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=3212670&hash=215d461274ef11c730a27ce676817be9 Acesso em: 20/09/2011.

estabeleceu multa diária de R\$ 50,00 (cinquenta reais) para cada caso de descumprimento da decisão relativamente aos benefícios individualmente considerados.¹⁶⁶

O Recurso Especial impetrado contra referida decisão foi parcialmente provido pelo STJ para “excluir do cômputo da renda mensal per capita familiar apenas o benefício assistencial de que trata o art. 34 da Lei 10.741/2003”, mantendo, no mais, o acórdão recorrido.¹⁶⁷

Assim, no que se refere ao requisito de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, previsto na LOAS, art. 20, § 3º, o INSS restou condenado a excluir do cálculo aquelas despesas originárias diretamente da deficiência, incapacidade ou idade avançada dos requerentes, entre elas as despesas com “medicamentos, alimentação especial, fraldas descartáveis, tratamento médico, psicológico e fisioterápico, entre outros”.¹⁶⁸

Contra a decisão supracitada proferida no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, foi interposto, ainda, o Recurso Extraordinário nº 645348/SC perante o Supremo Tribunal Federal, bem como a Ação Cautelar nº 2920, esta última para obtenção de efeito suspensivo àquele recurso, tendo a Suprema Corte acolhido os argumentos utilizados pelo INSS, entre eles o de que a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região geraria, somente no Estado de Santa Catarina, um pagamento irregular de R\$ 38.000.000,00 (trinta e oito milhões), considerando apenas os valores relativos ao pagamento de atrasados.¹⁶⁹

No presente caso, de acordo com as razões do INSS constantes da petição inicial da Ação Cautelar nº 2920 acima referida “o legislador optou por esse critério certamente por ser o único passível de aferição sem custos

¹⁶⁶ Apelação Cível nº 2003.72.00.001108-0/SC, op. cit., página única, texto sem formatação.

¹⁶⁷ Informação extraída da petição inicial da Ação Cautelar Incidental ajuizada pelo INSS perante o STF, para fins de obtenção de efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário 645348/SC, interposto contra a decisão do TRF da 4ª Região nos autos da Apelação Cível nº 2003.72.00.001108-0/SC.

¹⁶⁸ Apelação Cível nº 2003.72.00.001108-0/SC, op. cit.

¹⁶⁹ Informação extraída da petição inicial da Ação Cautelar Incidental ajuizada pelo INSS perante o STF, para fins de obtenção de efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário 645348/SC, interposto contra a decisão do TRF da 4ª Região nos autos da Apelação Cível nº 2003.72.00.001108-0/SC.

maiores que o do próprio valor do benefício. Importa, portanto, a baixa renda, e não a alta despesa.”¹⁷⁰

O Poder Judiciário, todavia, alterou o critério eleito pelo legislador, passando a considerar as despesas do idoso e do deficiente e não a renda familiar.

2.5 Conclusão

Concluindo o presente capítulo, podemos dizer que, em relação à política pública de assistência social, no tocante à concessão do Benefício de Prestação Continuada, referida política vem sofrendo uma forte intervenção por parte do Poder Judiciário, ainda que referido benefício tenha sido objeto de regulamentação legal e que o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido a constitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742, de 1993.

Referida intervenção por parte do Poder Judiciário acaba por alterar a política pública em questão, na medida em que o critério de renda estipulado pelo legislador para efeito de concessão do BPC não é o único a servir de parâmetro pelo Poder Judiciário, que, sem se ater aos recursos orçamentários disponíveis e independentemente dos resultados gerais e positivos obtidos por tal política de forma geral, levando em conta apenas os casos concretos que lhe são submetidos, utiliza-se de outros critérios de miserabilidade, extrapolando a lei.

Assim, o Poder Judiciário, por si próprio, está definindo tal política, utilizando-se de outros critérios, além do critério de renda definido pelo legislador no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742, de 1993, fazendo-o com base nos casos concretos que lhe são submetidos, ao invés de realizar uma análise contextualizada e global da situação dos idosos e deficientes no país, ampliando, com isso, o número de beneficiários a ser suportado por tal política.

¹⁷⁰ Informação extraída da petição inicial da Ação Cautelar Incidental ajuizada pelo INSS perante o STF, para fins de obtenção de efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário 645348/SC, interposto contra a decisão do TRF da 4ª Região nos autos da Apelação Cível nº 2003.72.00.001108-0/SC.

Referido critério de renda já fora objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (ADI 1232-1/DF), tendo referido Tribunal, em um primeiro momento, reconhecido a constitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742, de 1993, sob o entendimento de que somente a lei poderia dispor sobre os requisitos de concessão de tal benefício, não cabendo ao juiz adentrar em tal questão.

Ocorre que, decisões recentes adotadas no âmbito de referido Tribunal, passaram a enfeixar entendimento diverso, demonstrando estar ocorrendo uma modificação jurisprudencial a respeito do tema.

O Supremo Tribunal Federal, muito em breve, poderá deparar-se, novamente, com a questão da (in)constitucionalidade do dispositivo legal supracitado, ocasião em que deverá verificar a ocorrência de eventual inconstitucionalidade superveniente, única hipótese possível de modificar decisão previa adotada pelo Tribunal que tenha reconhecido a constitucionalidade de um determinado dispositivo legal.

Tal tarefa, no entanto, demonstra-se complexa, em razão da necessidade de se demonstrar alteração na situação fática existente, sendo que no caso da política pública de assistência social voltada aos idosos e deficientes os resultados alcançados tem sido exitosos e promissores, o que demonstra uma melhora na situação fática se comparada com a situação existente quando do julgamento anterior proferido pelo Supremo sobre o § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742, de 1993, sendo que a única hipótese a permitir a alteração do julgado seria a comprovação de alteração em uma concepção jurídica dominante, sendo que o Supremo está sinalizando uma modificação em sua concepção acerca do Estado de Direito.

Assim, a situação fática retratada no presente Capítulo, e o tratamento conferido pelo Supremo Tribunal Federal e pelas demais instâncias do Poder Judiciário ao critério de renda de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, definido pelo legislador ordinário, deixa clara a ocorrência de dois fenômenos: o da judicialização da política, efetuada em sede de controle abstrato de constitucionalidade; e o da judicialização da política pública em si, a partir da

alteração/ampliação, efetuada pelo Poder Judiciário, dos critérios de concessão do BPC.

Pode-se constatar, ainda, a intenção dos magistrados em “fazer a política”, uma vez que tal política já fora definida pelo legislador, mas a respectiva regulamentação é ignorada, e o Supremo já reconheceu a constitucionalidade do critério de renda definido na lei, mas, em face das recentes decisões adotadas, tal entendimento parece estar enfraquecendo e, possivelmente, restará alterado.

Efetuada as presentes constatações, no próximo Capítulo da presente dissertação, pretendemos analisar um fenômeno bastante controvertido, utilizado para avaliar o comportamento do Poder Judiciário, mais precisamente para criticá-lo, que é o “ativismo judicial”, buscando um conceito de ativismo judicial relacionado ao controle jurisdicional das políticas públicas, em razão do escopo de nosso trabalho.

3 O ATIVISMO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

3.1 Introdução

O presente Capítulo visa delimitar quando se configura o “ativismo judicial” no controle das políticas públicas.

Em um primeiro momento, analisaremos se existe, afinal, uma definição certa e uniforme de “ativismo judicial”. Para tanto, e a fim de contextualizarmos a questão, demonstraremos em que meios são travados os debates sobre o “ativismo” e qual o foco das discussões.

A seguir, para entendermos um pouco a origem do termo, perpassaremos, brevemente, pela história do “ativismo judicial”, cuja expressão surgiu nos Estados Unidos, bem como pelas bases do surgimento do termo, o que pode ser encarado como a pré-história do “ativismo”, cuja abordagem será efetuada através de uma análise sucinta dos casos mais controvertidos envolvendo o Judiciário naquele país, ocorridos antes ou paralelamente ao surgimento de tal expressão, e que causaram muita controvérsia acerca do comportamento judicial adotado.

Em um momento seguinte, analisaremos algumas das dimensões de “ativismo judicial” traçadas pela doutrina, ou seja, quais as condutas do Poder Judiciário que são comumente relacionadas a tal fenômeno, isto é, qual o comportamento dos magistrados que são geralmente taxados de serem “ativistas”, e quais as críticas que se fazem a tais condutas.

Por fim, buscaremos as conceituações mais modernas de “ativismo judicial”, a fim de delimitarmos o conceito para, ao final, propormos uma conceituação própria vinculada à área de implementação das políticas públicas, visando delimitar qual(is) comportamento(s) do Poder Judiciário é (são) considerado(s) “ativista(s)” neste setor, o qual será utilizado no objeto específico desta dissertação, qual seja, a judicialização do Benefício de Prestação Continuada.

3.2 A Discussão sobre “Ativismo Judicial”

O “ativismo judicial” é mais uma daquelas expressões sem definição certa, como outras existentes no meio jurídico, como, por exemplo, a “dignidade da pessoa humana”, mas que, apesar de sua imprecisão, são utilizadas amplamente nas mais diversas searas, sem se saber ao certo do que se trata.

A propósito, válida a observação de Paulo Gustavo Gonet Branco para quem:

As referências ao que se tem designado como *ativismo judicial* refletem outro caso de expressão utilizada sem maiores cuidados com a definição dos seus contornos. Nem mesmo se encontra um consenso em torno de saber se se refere a uma atitude desejável ou negativa. O risco disso está em tornar a expressão inútil por superabrangente, ou, ainda pior, transformá-la numa daquelas armadilhas semânticas que enredam os participantes desavisados do debate público, fazendo-os supor verdades ainda não estabelecidas e a julgar instituições e a formar opiniões políticas sobre bases dissolventes da mistificação.¹⁷¹

A imprecisão de tal expressão não é exclusividade do Brasil, sendo constatada, inclusive, nos Estados Unidos, onde o termo foi criado.

Apesar da falta de clareza acerca do termo no seu próprio país de origem, muito se tem discutido sobre o mesmo em tal localidade, seja na mídia, nas campanhas eleitorais, nas pesquisas junto ao público em geral, bem como no meio acadêmico.

Com efeito, nos Estados Unidos o assunto tem sido sempre discutido de forma proeminente, inclusive nos editoriais dos jornais mais importantes do país em circulação.¹⁷²

A fim de medir o nível de atenção da mídia ao assunto, em anos recentes, chegou-se a elaborar uma medida simples da freqüência de referências sobre “o ativismo judicial” no New York Times, Wall Street Journal, Los Angeles Times, Washington Post e Chicago Tribune, de 1985 a 2005, demonstrando-se graficamente a combinação anual da freqüência que o

¹⁷¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. Texto não publicado, 2011, p. 2.

¹⁷² LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. **Measuring Judicial Activism**. New York: Oxford University Press, 2009, p. 11.

“ativismo” foi mencionado naqueles jornais, tanto de forma positiva, quanto neutra ou negativa, chegando-se ao seguinte resultado¹⁷³:

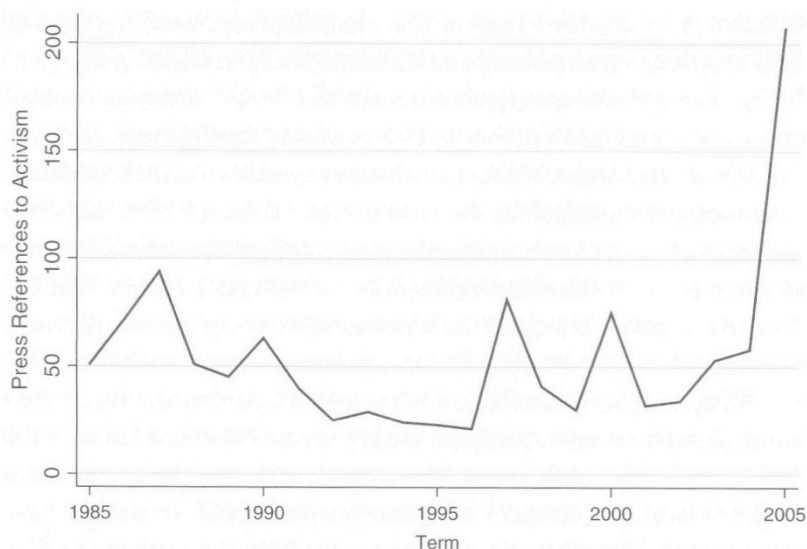


FIGURE 1 References to Judicial Activism in Major Newspapers, 1985–2005

O povo americano também se preocupa muito com este tópico, sendo que, de acordo com uma pesquisa realizada em 2005 por uma associação americana, 56% dos entrevistados defenderam que o ativismo judicial consistia em uma crise contemporânea e 46% concordavam que a opinião dos juízes era arrogante, fora de controle e não confiável. Além disso, no mesmo ano, realizou-se uma pesquisa, tendo-se concluído que somente 2% dos americanos acreditavam que os juízes federais não permitiriam que sua visão política influenciasse suas decisões.¹⁷⁴

Além disso, nas audiências de confirmação dos Ministros indicados para a Suprema Corte, as quais representam uma importante ferramenta através da qual o Senado pode controlar a Corte, senadores preocupados com o “ativismo judicial” aproveitam para afastar nomes prováveis de serem “ativistas” ou, no mínimo, para tornarem pública sua oposição a tal prática.¹⁷⁵

Da mesma forma, nas campanhas eleitorais, políticos, como George Bush, por exemplo, têm utilizado o tópico “ativismo judicial” para promover suas candidaturas.

¹⁷³ LINDQUIST; CROSS, op. cit., p. 12.

¹⁷⁴ LINDQUIST; CROSS, op. cit., p. 10.

¹⁷⁵ LINDQUIST; CROSS, op. cit., p. 14.

Confirmando suas promessas de campanha, quando das nomeações para o judiciário federal, durante seu primeiro mandato como Presidente, Bush declarou que cada um de seus nomeados seriam pessoas que claramente compreendem o papel do juiz na interpretação da lei e que não legislam de suas tribunas.¹⁷⁶

Na comunidade acadêmica daquele país, apesar do foco da discussão acadêmica sobre o “ativismo judicial” ser as objeções ao papel contra-majoritário do Judiciário, ressaltam Lindquist e Cross que tais objeções não alcançam o coração da crítica ao “ativismo”, dado que o sistema governamental norte-americano foi criado para moderar a influência de maiorias nacionais imediatas, buscando evitar a tirania da maioria.¹⁷⁷

3.3 O Foco das Discussões sobre “Ativismo Judicial”

Como se pôde constatar, apesar da ampla discussão sobre o tema, tanto na mídia, quanto no meio político e acadêmico, o foco do assunto raramente se concentra na questão básica sobre o que constitui o “ativismo judicial” em si.¹⁷⁸

O enfoque da discussão é variado, podendo centrar-se na nulidade da legislação liberal por juízes conservadores, na mudança brusca dos princípios do *commow law*, no caso dos países que adotam referido sistema, bem como na modificação de políticas públicas¹⁷⁹, entre outros, como se verá adiante.

Muitas das discussões sobre ativismo judicial possuem, na verdade, um fundo ideológico, sendo ele equiparado, muitas vezes, com política liberal, em contraposição ao conservadorismo, tanto que a Corte de Warren, nos Estados Unidos, é constantemente apontada como produtora de uma jurisprudência “ativista” e de resultados liberais¹⁸⁰, conforme apontamentos a serem efetuados a seguir.

¹⁷⁶ LINDQUIST; CROSS, op. cit., p. 17-18.

¹⁷⁷ LINDQUIST; CROSS, op. cit., p. 23.

¹⁷⁸ CANON, Bradley C. Defining the Dimensions of Judicial Activism. **Judicature**, s.l, Volume 66, n.6, 1983, p. 237-247.

¹⁷⁹ CANON, op. cit., p. 237-238.

¹⁸⁰ CANON, op. cit., p. 237-238.

Conforme Lindquist e Cross, pode-se dizer, até mesmo, que se tornou lugar comum para aqueles que buscam o caminho político e para pessoas de todas as ideologias transformar o “ativismo judicial” no alvo de todos os ataques demagógicos.¹⁸¹

O discurso moderno sobre a questão, de acordo com Graig Green, divide-se em: de um lado, o público enxerga o “ativismo judicial” como um quadro conceitual chave para criticar a conduta dos juízes, e de outro, os acadêmicos encaram o ativismo como um mito ou um clichê.¹⁸²

Comumente, utiliza-se a expressão “ativismo judicial” em tom pejorativo, identificando-o com algo negativo e danoso para a sociedade, motivo pelo qual poucos juízes assumem ser “ativistas”¹⁸³.

Não é em vão que Lindquist e Cross encaram o “ativismo judicial”, na verdade, como um termo carregado, repleto de múltiplos significados e conotações politizadas, sendo que uma decisão é considerada “ativista” de acordo com os olhos de quem a vê.¹⁸⁴

Cabe ressaltar, todavia, não haver, necessariamente, um sentido negativo na expressão, sendo o “ativismo”, muitas vezes, elogiado, em razão da promoção pelo Judiciário da adaptação do direito em face das novas exigências sociais e das novas pautas axiológicas.¹⁸⁵

Como se viu, apesar de todo o debate sobre o assunto, não há uma preocupação em se delimitar o significado de “ativismo judicial”, sendo que as discussões quase nunca enfocam nessa questão¹⁸⁶.

Como consequência, a expressão “ativismo judicial”, em que pese sua extrema popularidade, é entendida de forma pobre, sendo tal assunto tão comum entre políticos, juízes e o público, a ponto de ser encarado como algo natural e eterno, sem que se conheça onde o termo surgiu ou por que tem se

¹⁸¹ LINDQUIST; CROSS, op. cit., p. 12.

¹⁸² GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. **Emory Law Journal**, s.l., Vol. 58, p. 1196- 1263, 2009, p. 1198.

¹⁸³ CANON, op. cit., p. 240.

¹⁸⁴ LINDQUIST; CROSS, op. cit., p.1.

¹⁸⁵ RAMOS, op. cit., p. 110.

¹⁸⁶ CANON, op. cit., p. 237.

tornado uma tendência¹⁸⁷, motivo pelo qual adentraremos um pouco na história do “ativismo judicial”.

3.4 Um Pouco da História do “Ativismo Judicial”

O termo “ativismo judicial” é atribuído a Arthur Schlesinger, o qual, em um artigo publicado em 1947 para a revista *Fortune*, em meio a “propagandas de whisky e Aqua Velva”¹⁸⁸, dividiu os Ministros da Suprema Corte em “ativistas” (Black, Douglas, Murphy e Rutledge) e “campeões da auto-contenção” (Frankfurter, Jackson e Burton), sendo que, os juízes “ativistas” eram aqueles mais inclinados a utilizar o poder judicial em nome de sua própria noção de bem social, enquanto os campeões da auto-contenção eram aqueles mais focados em garantir um processo legítimo preservando as legislações.

De acordo com Lindquist e Cross, por conta desta perspectiva de Schlesinger acerca do “ativismo judicial”, este é geralmente associado à tomada de decisão judicial que, inapropriadamente, invade as prerrogativas dos ramos eleitorais.¹⁸⁹

Ocorre que a formulação de “ativismo judicial” empreendida por Schlesinger encontra duras críticas, como as de Graig Green, para quem Schlesinger falhou em explicar o que se entendia como “ativismo” e se tal fenômeno era bom ou mal.¹⁹⁰

De acordo com Green, Schlesinger não definiu de forma coerente o termo “ativismo judicial”, sendo que a popularidade do termo só ocorreu em razão de eventos posteriores que confundiram o significado da expressão.

Destaca ainda referido autor que o “criador” do termo apenas descreve um momento na história, sendo que o ano de 1947 marcou 10 (dez) anos após a mudança no tempo que acabou com a era *Lochner* e, durante aquela década, Franklin Roosevelt preencheu 7 (sete) assentos da Suprema Corte. Assim, entende o autor que a intenção de Schlesinger era desmistificar a Corte, como muitos ensaios o fazem nos dias de hoje.

¹⁸⁷ GREEN, op. cit. p., 1197.

¹⁸⁸ GREEN, op. cit., p. 1201.

¹⁸⁹ LINDQUIST; CROSS, op. cit., p. 1-2.

¹⁹⁰ GREEN, op. cit., p. 1200.

Ademais, atesta o autor supracitado que o foco de Schlesinger era sempre pessoal, sendo que ele nunca explicou exatamente o que aqueles Ministros fizeram para receber o título de “ativistas” ou “heróis da auto-contenção”.

Graig Green exemplifica o fracasso de Schlesinger em explicar suas categorias, com base em dois fatores: (1) no fato de Schlesinger, um zeloso Harvardiano, ter descrito a visão ativista Black-Douglas como originária das idéias jurisprudenciais “particularmente dominantes na escola de direito de Yale”, tendo pintado a visão de Yale de Black-Douglas como uma mistura sem lei de “cinismo sobre um Judiciário objetivo” e uma tendência em favorecer resultados imediatos sobre o sistema de direito e interesses políticos sobre doutrinas legais, o que demonstra na verdade, uma rivalidade acadêmica; e (2) porque sua análise doutrinal não esclarecia qual a sua metodologia.

De acordo com o autor supracitado, por exemplo, Schlesinger discutia o caso da *West Virginia State Board of Education v. Barnette*¹⁹¹, que defendia que escolas públicas tinham ferido a primeira emenda ao forçar os estudantes a cumprimentar a bandeira contra suas crenças religiosas, sendo que sua própria visão sobre o caso era conflituosa, tendo ignorado, ainda, a decisão de *Korematsu v. United States*¹⁹², na qual os supostos ativistas Black e Douglas aprovaram certas ordens militares racistas que oprimiram os americanos japoneses durante a Segunda Guerra Mundial, enquanto Jackson,

¹⁹¹ O Conselho de Educação do Estado da Virginia do Oeste determinou que a bandeira fosse saudada como parte do programa de atividades em todas as escolas públicas. Todos os professores e estudantes foram obrigados a honrar a bandeira; a recusa em saudar foi tratada como insubordinação e a punição era a expulsão e acusação de delinquência. A Corte revogou essa decisão por entender que compelir escolas públicas infantis a saudar a bandeira era inconstitucional por ferir os valores da Primeira Emenda. Disponível em: http://www.oyez.org/cases/1940-1949/1942/1942_591 Acesso em: 31/5/2011.

¹⁹² Durante a II Guerra Mundial, a Ordem Executiva Presidencial 9066 e legislações do Congresso concederam autoridade militar para excluir cidadãos ancestrais de japoneses de áreas consideradas críticas para a defesa nacional e potencialmente vulneráveis à espionagem. Korematsu permaneceu em San Leandro, Califórnia, e violou a Ordem n. 34 de exclusão civil dada pelo exército dos Estados Unidos. A Corte ficou do lado do governo e estabeleceu que a necessidade de proteção contra a espionagem é mais importante que os direitos de Korematsu. O Ministro Black argumentou que a expulsão compulsória é justificada durante circunstâncias de emergência e perigo. Disponível em: http://www.oyez.org/cases/1940-1949/1944/1944_22 Acesso em: 31/5/2011.

o campeão da auto-contenção, votava para negar a autoridade presidencial de aplicar tais ordens.

Ademais, continua o autor, na análise doutrinária de Schlesinger é endereçado um campo explosivo do “ativismo judicial” em relação ao direito do trabalho, tendo o mesmo especulado que “o grupo Black-Douglas” talvez pudesse causar problemas, em razão de um projeto de lei existente à época para fechar estabelecimentos sindicais, sendo que sua previsão foi um fracasso, pois, apesar de o Congresso ter fechado os estabelecimentos sindicais, os “ativistas” nunca emascularam tal legislação, sendo que, ao contrário, escreveram a maioria de suas opiniões aceitando tais previsões legais anti-sindicais.

Conforme o autor supracitado, a par desses equívocos, todavia, o uso do termo espalhou-se rapidamente nos mais altos níveis de debate, o que foi fomentado pelo fato de Schlesinger ter obtido um Prêmio Pulitzer.

Sustenta, ainda, que outro fator que reforçou a atenção sobre a terminologia de Schlesinger ocorreu 7 (sete) anos depois, em 1954, quando a Corte derrubou a segregação racial em *Brown v. Board of Education*¹⁹³, sendo que, desde então, o ativismo da Corte Federal em promover questões sociais tem sido, constantemente, uma preocupação dominante.¹⁹⁴

De acordo com Lindquist e Cross, apesar de o termo ser atribuído a Schlesinger, as bases da idéia de ativismo judicial, todavia, são historicamente mais antigas¹⁹⁵.

Conforme Green, um exemplo de comportamento judicial bastante controvertido à época é aquele adotado pela Corte de Marshall. Apesar do

¹⁹³ Crianças negras eram proibidas de serem admitidas em escolas públicas frequentadas por crianças brancas de acordo com leis permitindo a segregação de acordo com as raças. As escolas brancas e negras ofertavam igualdade em termos de prédios, currículo, qualificação e salário dos professores. Foi decidido que, apesar da igualdade das escolas em fatores objetivos, questões intangíveis promovem e mantêm a desigualdade. Segregação racial na educação pública tem um efeito danoso sobre as crianças em minoria porque isto é interpretado como um sinal de inferioridade. Separados mas iguais é inerentemente desigual no contexto da educação pública. A opinião unânime emitida foi pela destruição de todas as formas de separação racial mantidas pelo Estado. Disponível em: http://www.oyez.org/cases/1950-1959/1952/1952_1 Acesso em: 31/5/2011.

¹⁹⁴ GREEN, op. cit., p. 1201-1208.

¹⁹⁵ LINDQUIST; CROSS, op. cit., p.2.

trabalho da Corte, de 1801 a 1835, ser muito admirado nos dias de hoje, muitas de suas decisões foram intensamente debatidas naquele tempo.¹⁹⁶

Os julgamentos de Marshall eram ridicularizados por suas consequências e eram criticados por usar métodos judiciais impróprios, incluindo uma fraca análise textual e uma abordagem partidária à Constituição.¹⁹⁷

Para Lindquist e Cross, os anos de Marshall confirmam que (i) a crítica judicial pode ser traçada do começo da tradição judicial americana, e (ii) a Corte tem recebido pesadas críticas tanto pelas decisões que diminuem o poder governamental, como em *Marbury*¹⁹⁸, quanto por decisões que expandem tal poder, como em *McCulloch*¹⁹⁹ e *Gibbons*.^{200 201}

¹⁹⁶ GREEN, op. cit., p. 1215.

¹⁹⁷ GREEN, op. cit., p. 1216.

¹⁹⁸ O caso começou em 2/03/1801, quando um obscuro Federalista, William Marbury, foi indicado como o Ministro da Paz no Distrito de Columbia. Marbury e muitos outros foram indicados para postos do governo criados pelo Congresso nos últimos dias da Presidência de John Adams, mas estas nomeações de último minuto nunca foram concretizadas. Os indicados descontentes invocaram um ato do Congresso e entraram com um processo pelos seus empregos na Suprema Corte (Ministros William Cushing e Alfred Moore não participaram). Os Ministros decidiram baseados no forte argumento de Marshall de que a Constituição era o direito fundamental da nação e que um ato legislativo que repudia a Constituição é inválido. Em outras palavras, quando a Constituição – o direito máximo da nação – conflita com um ato legislativo, tal ato é inválido. Este caso estabelece o poder de revisão judicial da Suprema Corte. Disponível em: http://www.oyez.org/cases/1792-1850/1803/1803_0 Acesso em: 31/5/2011.

¹⁹⁹ Em 1816, o Congresso criou o Segundo Banco dos Estados Unidos. Em 1818, o Estado de Maryland aprovou uma legislação para impor taxas sobre o banco. McCulloch, funcionário do banco de Baltimore se recusou a pagar as taxas. Em uma decisão unânime, a Corte firmou o posicionamento de que o Congresso tinha o poder de criar bancos e que o Estado de Maryland não poderia estabelecer tributos a serem pagos por órgãos do governo criados pelo Congresso em decorrência de seus poderes constitucionais. Disponível em: http://www.oyez.org/cases/1792-1850/1819/1819_0/ Acesso em: 31/5/2011.

²⁰⁰ Uma lei do Estado de Nova York concedeu a dois indivíduos o exclusivo direito de operarem barcas sobre as águas daquela jurisdição estadual. Leis como esta foram repetidas em todos os lugares, sendo que alguns deles passaram a demandar de barcas estrangeiras pagamentos substanciais de taxas para terem o privilégio de navegação. Neste caso um barco próprio que fazia negócio entre Nova York e Nova Jérsei desafiou o monopólio que Nova York havia garantido, o qual forçou-o a obter uma licença especial do Estado para navegar sobre essas águas. A Corte achou que a licença que New York requeria daqueles operadores de fora do Estado era inconsistente com o ato do Congresso regulador do comércio na costa. A Lei do Estado de Nova York foi invalidada em virtude da Cláusula Suprema. Em sua opinião o Ministro Chefe Marshall desenvolveu uma clara definição da palavra comércio, a

Outro caso bastante polêmico é o caso Dred Scott²⁰² que, segundo Green, representa hoje o pior caso imaginável de “ativismo judicial”, talvez o único com o qual todos concordem, sendo um desastre nacional, sem competidor na história judicial.²⁰³

Conforme o autor supracitado, Dred Scott foi um escravo afro-americano que fracassou em obter sua liberdade no caso decidido pela Corte em 1857. A Corte decidiu que nenhum descendente de escravo africano poderia ser considerado cidadão americano e, portanto, Dred Scott não poderia ter ajuizado uma ação em um tribunal federal já que as regras de cidadania não o permitiam, tendo sido a reação pública e política imediata e avassaladora.²⁰⁴

Ainda sobre as bases do “ativismo judicial”, de acordo com Lindquist e Cross, em 1861, Abrahan Lincon argumentou em seu discurso inaugural que caso os tópicos políticos fossem resolvidos pelo Judiciário, o povo deixaria de ser o seu próprio governante.²⁰⁵

Um outro período de controvérsia judicial, conforme Green, envolve as décadas posteriores à Guerra civil americana, também conhecida como guerra de secessão. Em uma série de decisões, a Corte submeteu direitos

qual incluía navegação sobre as águas entre os Estados. Ele concluiu que aquela regulação de navegação sobre operadores de barcas e outras com o propósito de comércio interestadual era um poder reservado e exercido pelo Congresso. Disponível em: http://www.oyez.org/cases/1792-1850/1824/1824_0 Acesso em: 31/5/2011.

²⁰¹ GREEN, op. cit., p. 1216.

²⁰² Dred Scott era um escravo em Missouri. De 1833 a 1843, ele residiu em Illinois (um Estado livre), em uma área do Território de Louisiana, onde a escravidão foi proibida pelo Compromisso de Missouri de 1820. Após retornar para Missouri, Scott entrou com um processo sem sucesso na Corte de Missouri pela sua liberdade, alegando que sua residência em um território livre fez dele um homem livre. Scott, então ingressou com um novo processo em uma Corte federal. O patrão de Scott asseverou que um negro não puro sangue de descende africano ou de descendente de escravo poderia ser um cidadão de acordo com o Artigo III da Constituição. Sobre os Artigos III e IV, argumentou Taney, nenhum cidadão dos Estados Unidos poderia ser um cidadão de apenas um Estado e que somente o Congresso poderia conferir cidadania nacional. Taney chegou a conclusão de que nenhuma pessoa descendente de um escravo americano seria um cidadão para os propósitos do Artigo III. A Corte então considerou o Compromisso de Missouri inconstitucional, esperando, desta forma, terminar de uma vez por todas com a questão da escravidão. Disponível em: http://www.oyez.org/cases/1851-1900/1856/1856_0 Acesso em: 31/5/2011.

²⁰³ GREEN, op. cit., p. 1214.

²⁰⁴ GREEN, op. cit., p. 1213.

²⁰⁵ LINDQUIST; CROSS, op. cit., p.2.

individuais ao poder militar federal, extirpando a liberdade e igualdade constitucional, e, como membros de uma comissão eleitoral, ajudaram a decidir a eleição presidencial.

Para o autor, algumas das ações da Corte de 1865 a 1885 foram, de forma estridente, criticadas em seus dias, outras nem tanto. Ainda assim, os especialistas enxergam este período uniformemente como um capítulo excessivamente negro da história judicial.²⁰⁶

Mais próximo ao tempo do artigo de Schlesinger, tem-se a chamada era Lochner. Durante este período, o alegado “ativismo” da Corte assumiu várias formas²⁰⁷.

Na virada do século vinte, cobranças de tomadas de decisões políticas inapropriadas foram niveladas pelas decisões conservadoras da Suprema Corte, invalidando regulamentações econômicas, especialmente em 1905, em *Lochner v. New York*²⁰⁸, em que foi derogada uma lei de New York limitando o número de horas que os padeiros poderiam trabalhar.²⁰⁹

Conforme Green, em tal era, a Corte permitiu ampla escala de negócios, a operarem com poucos limites regulatórios.²¹⁰

Assim, conclui o autor, o caso Lochner estabeleceu o palco para as invalidações da legislação do *New Deal* pela Corte, sendo, freqüentemente, apresentado como um exemplo de “ativismo judicial”, no sentido de recusa da Corte em permitir a legislação sobre assuntos de regulação econômica.²¹¹

²⁰⁶ GREEN, op. cit., p. 1211-1212.

²⁰⁷ GREEN, op. cit., p. 1209.

²⁰⁸ O Estado de Nova York editou uma lei proibindo padeiros de trabalhar mais do que 60 horas por semana ou 10 horas por dia. A Corte invalidou a lei de Nova York. A maioria sustentou que o estatuto interferia na liberdade de contrato e que o direito à liberdade da Décima Quarta Emenda deve ser respeitado em relação aos empregadores e empregados. A Corte vislumbrou o estatuto como um direito do trabalho, sendo que o Estado não tem razoável grau de interferência na liberdade para determinar sobre as horas de trabalho. Disponível em: http://www.oyez.org/cases/1901-1939/1904/1904_292 Acesso em: 31/5/2011.

²⁰⁹ LINDQUIST; CROSS, op. cit., p.2.

²¹⁰ GREEN, op. cit., p. 1210.

²¹¹ LINDQUIST; CROSS, op. cit., p.2.

Em reação às decisões tais como a de *Lochner*, Franklin Delano Roosevelt propôs indicar Ministros da Suprema Corte simpáticos a suas políticas.²¹²

Como se percebe, apesar destes críticos do poder judicial não usarem a expressão “ativismo judicial”, eles claramente invocaram-no, em princípio, para criticar a Corte.²¹³

Lindquist e Cross afirmam que o conceito de “ativismo judicial”, nos primeiros dias, teve uma conotação positiva, muito mais próxima do “ativismo” dos direitos civis do que da autoridade mal utilizada pelos juízes, pois, de fato, a decisão do caso *Brown v. Board of Education* pôs fim a segregação racial na educação, sendo que outras decisões da corte de Warren promoveram uma visão expansiva dos direitos sociais e políticos.²¹⁴

De acordo com os autores acima mencionados, tanto nos discursos acadêmicos quanto nos populares, a Corte de Warren tornou-se o retrato do “ativismo judicial”. Referida associação foi esclarecida em um dicionário de política de 1992, que define “ativismo judicial” como a prática de alguns juízes da Suprema Corte de não considerar precedentes judiciais estabelecidos ou até mesmo princípios do direito, de modo a proteger e aumentar direitos individuais de acordo com as condições sociais, econômicas e políticas.

Reforçam os autores, ainda, não haver dúvidas de que a Corte de Warren estava repleta de juízes dispostos a fortalecer o poder da Corte para promover mudanças sociais. Logo após a posse de Earl Warren como Ministro Chefe, a Corte começou a produzir dramáticos julgamentos protegendo direitos individuais e eliminando a segregação racial, sendo que tais decisões provocaram a reação dos sulistas americanos.^{215 216}

²¹² LINDQUIST; CROSS, op. cit., p.2.

²¹³ LINDQUIST; CROSS, op. cit., p.2-3.

²¹⁴ LINDQUIST; CROSS, op. cit., p.2-3.

²¹⁵ “Após a consolidação de sua Independência, os Estados Unidos viveram um próspero período marcado pelo crescimento de seus níveis econômicos e o alargamento de suas fronteiras. No entanto, os projetos de desenvolvimento que nortearam a nação norte-americana estabeleceram, paulatinamente, uma grave rixa entre os estados do Norte e do Sul. Os nortistas apoiavam a expansão da pequena propriedade, a utilização do trabalho livre e a diversificação econômica. Já os sulistas, defendiam o uso do latifúndio monocultor sustentado pelo uso da mão-de-obra escrava. Durante o século XIX, essas oposições acabaram impedindo a consolidação

Para eles, muito da animosidade centrava-se na figura do Ministro Chefe, que era descrito como o paradigma do juiz que usava sua autoridade judicial para promover sua visão pessoal de justiça social.²¹⁷

Diante disso, Richard Nixon prometeu em sua campanha que iria indicar Ministros que não leriam suas próprias preferências dentro de cláusulas ambíguas da Constituição. Três anos depois, Nixon indicou quatro novos Ministros para a Suprema Corte, entre eles Warren Burger, com o objetivo de que Ministros mais conservadores reorientassem a política da Corte, afastando os resultados liberais defendidos por Earl Warren e seus membros.

Alguns chegaram a antecipar que a Corte de Burger anularia precedentes da Corte de Warren, mais isso não ocorreu no que concerne as mais impressionantes decisões, de acordo com os autores supracitados.

Conforem Lindquist e Cross, apesar da Corte de Burger ter falhado em desfazer os precedentes da Corte de Warren, todavia, aquele continuou a representar o pior de um ativista judiciário, particularmente à luz de decisões tal qual *Roe v. Wade*²¹⁸, de maneira que os conservadores continuaram atacando o governo ao longo dos anos Burger²¹⁹.

Abrindo um parêntese apenas para retratar o impacto de decisões como esta, cabe trazer a análise de Shapiro e Swett sobre a questão.

dos interesses dos estados nortistas. De forma geral, desejavam o fim da escravidão, para que os mercados consumidores se expandissem, e a elevação das taxas alfandegárias, beneficiando diretamente o fortalecimento da indústria norte-americana. Essas medidas eram mal vistas pelos estados do sul, que tinham interesse na manutenção do escravismo e na prática de taxas menores que favorecessem as importações". Tais rixas acabaram provocando a guerra da secessão, o conflito civil que marcou a história dos EUA. Disponível em: <http://guerras.brasilecola.com/seculo-xvi-xix/a-guerra-secessao.htm> Acesso em: 2/6/2011.

²¹⁶ LINDQUIST; CROSS, op. cit., p.3.

²¹⁷ LINDQUIST; CROSS, op. cit., p.4.

²¹⁸ Roe, uma residente do Texas, procurou terminar sua gravidez através de um aborto. A lei do Texas proibia abortos exceto pra salvar a vida da mulher grávida. A Corte decidiu que o direito da mulher em fazer um aborto se insere dentro do direito à privacidade (reconhecido no caso *Griswold v. Connecticut*) protegido pela Décima Quarta Emenda. A decisão deu à mulher total autonomia sobre a gravidez durante o primeiro trimestre e definiu diferentes níveis de interesses do Estado para o segundo e o terceiro trimestre. Como resultado, as leis de 46 Estados foram afetadas pelas regras da Corte. Disponível em: http://www.oyez.org/cases/1970-1979/1971/1971_70_18 Acesso em: 31/5/2011.

²¹⁹ LINDQUIST; CROSS, op. cit., p.5-6.

Conforme os autores, desde que a Suprema Corte americana tomou a decisão fundamental em *Roe v. Wade* (1973) o direito constitucional e as políticas legislativas de direitos reprodutivos têm sido intimamente interligados. Em *Roe*, a Corte regulamentou, entre outras coisas, que cada mulher tem o direito de terminar sua gravidez, utilizando procedimentos médicos apropriados, durante o primeiro trimestre da gravidez, sendo que, após este trimestre, o direito, gradualmente, se volta ao interesse do governo na proteção da saúde da mulher e da vida do feto.²²⁰

De acordo com os autores acima mencionados, alguns Estados buscaram restringir o número de abortos exercidos, ao requerer o consentimento prévio dos esposos e, no caso de menores, dos pais.

Em 1976, a Suprema Corte derrubou, por 5 x 4, uma lei estadual que exigia o consentimento anterior dos esposos e, naquele mesmo ano, no caso *Bellotti*, a Corte manteve uma lei estadual que exigia, no caso de menores, o consentimento dos pais, mas estabeleceu que o Estado também deveria providenciar aos menores cujos pais negaram o consentimento ou que não desejavam pedir aos pais tal permissão o direito de obtê-la de uma autoridade judicial.

Na Califórnia, antes de 1967, o aborto só podia ser realizado legalmente quando necessário à preservação da vida da mulher grávida. No *Therapeutic Abortion Act* (Ato de Aborto Terapêutico) de 1967, a Assembléia do Estado tornou os abortos legais sob duas condições: quando havia risco substancial para a continuidade da gravidez que colocasse em risco a capacidade física ou mental da mulher ou quando a gravidez fosse resultado de estupro ou incesto.

Fechando o parêntese, conforme os autores supracitados, como resultado direto da liberação do aborto pelas Cortes, o número de abortos realizados na Califórnia subiu de 5.018 (cinco mil e dezoito), em 1968, para

²²⁰SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On Law, Politics, and Judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 358.

116.749 (cento e dezesseis mil setecentos e quarenta e nove) três anos depois.²²¹

Como Nixon, Ronald Reagan começou seu governo sobre uma plataforma que incluía uma forte oposição ao “ativismo judicial”, proclamando que ele somente indicaria Ministros que entendessem o perigo de processos eleitorais que privassem o povo de seus direitos civis ou eleitorais. Reagan reclamou da indulgência judicial em relação a criminosos; de juízes que pensam que é seu direito fazer a lei e não apenas interpretá-la; de juízes que produzem novas regras que eram uma catástrofe para os cidadãos seguidores da lei, novas regras que tornavam difícil condenar mesmo o mais duro e óbvio dos criminosos.²²²

De acordo com Lindquist e Cross, com a aposentadoria de Warren Burger, em 1986, Reagan indicou Rehnquist para Ministro Chefe da Suprema Corte. Rehnquist representava a ala direita da Corte. Com a sua nomeação e a indicação de Scalia no mesmo ano, Reagan conseguiu modificar a orientação da Suprema Corte para a direita, apesar de outros indicados por ele (O’Connor e Kennedy) serem menos conservadores que Rehnquist e Scalia.

Com isso, alguns comentaristas anteciparam que esta mudança resultaria em uma nova era de contenção judicial da Corte, sendo que outros estavam divididos se a Corte de Rehnquist realmente cumpriria esta promessa.

Apesar da Corte de Rehnquist ser conservadora em muitos tópicos, foram tomadas algumas decisões liberais (amplamente apoiadas pelo bloco liberal da Corte de Rehnquist) que produziram críticas dos conservadores alegando a existência de “ativismo”, como, por exemplo, no caso *Lawrence v. Texas*²²³, em que a Corte derrubou a lei de sodomia do Estado do Texas.²²⁴

²²¹ SHAPIRO; SWEET, op. cit., p. 358-359.

²²² LINDQUIST; CROSS, op. cit., p.6-7.

²²³ Atendendo a um chamado de relato de distúrbio em uma residência privada, o policial Houston entrou no apartamento de John Lawrence e viu ele e outro homem adulto, Tyron Garner, praticando ato sexual. Lawrence e Garner foram acusados e condenados por desvio de relação sexual em violação a um estatuto do Texas proibindo duas pessoas do mesmo sexo em adotar certas condutas sexuais íntimas. A Corte de Apelação do Estado decidiu que o estatuto não era inconstitucional sobre a Cláusula do Devido Processo da Décima Quarta Emenda, com *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S (1986). Por 6 a 3, liderado pelo Ministro Anthony M. Kennedy, a Corte decidiu que o estatuto do Texas tornando crime o fato de duas pessoas do mesmo sexo terem

3.5 Dimensões do “Ativismo Judicial”

Conforme visto acima, não há um tratamento uniforme acerca do que se entende por “ativismo judicial”. Tendo em vista a dificuldade em se conceituar referido termo, vários autores têm buscado identificar dimensões específicas associadas ao “ativismo”.

Lindquist e Cross, condensando as dimensões identificadas em outros estudos, agruparam as mesmas em quatro categorias: (1) majoritarianismo e deferência a outros atores governamentais; (2) estabilidade e fidelidade interpretativa; (3) engrandecimento institucional (do Poder Judiciário); e (4) julgamento com resultado orientado.²²⁵

De acordo com os autores, a primeira dimensão apontada corresponde à situação na qual a Corte opta por não acatar decisões adotadas por outros atores governamentais. Já a segunda dimensão está relacionada com a desestabilização de um precedente judicial. A terceira, por sua vez, significa a simples expansão da autoridade institucional judicial através de suas decisões sobre certos casos e controvérsias. Por fim, a quarta e última dimensão apontada é aquela em que o Judiciário declara uma lei inconstitucional segundo as preferências políticas pessoais do julgador.²²⁶

Bradley C. Canon, da mesma forma, não procurou definir um significado definitivo sobre “ativismo judicial”, até por que isso seria muito difícil em razão de todos os focos existentes sobre a questão, conforme visto acima, tendo se limitado a propor uma estrutura geral do conceito, identificando e elaborando seis diferentes dimensões sobre ativismo judicial, quais sejam:

- (1) Majoritarianismo – o grau pelo qual políticas adotadas através de processos democráticos são judicialmente negadas.
- (2) Estabilidade Interpretativa – o grau pelo qual recentes decisões das Cortes, doutrinas ou interpretações são alteradas.

intimidade sexual viola a Cláusula do Devido Processo. "O direito deles de liberdade garantido pela Cláusula do Devido Processo dá a eles o direito total a praticar a conduta deles sem intervenção do governo", escreveu o Ministro Kennedy. Disponível em: http://www.oyez.org/cases/2000-2009/2002/2002_02_102 Acesso em: 31/5/2011.

²²⁴ LINDQUIST; CROSS, op. cit., p.7.

²²⁵ LINDQUIST; CROSS. op. cit., p. 32.

²²⁶ LINDQUIST; CROSS. op. cit., p. 32-39.

(3) Fidelidade interpretativa – o grau pelo qual provisões constitucionais são interpretadas contrariamente à clara intenção dos seus elaboradores ou à clara implicação da linguagem usada.

(4) Distinção do Processo Substantivo/Democrático – o grau pelo qual decisões judiciais fazem políticas substantivas mais do que afetam a preservação do processo político democrático.

(5) Especificidade da Política – o grau pelo qual uma decisão judicial estabelece a política ela mesma em oposição à discrição permitida de outras agências ou indivíduos.

(6) Avaliação de um Produtor de Política Alternativo – o grau pelo qual uma decisão judicial ultrapassa sérias considerações do mesmo problema por outras agências governamentais.²²⁷

Conforme o autor, o “majoritarianismo”, ou seja, quando a Corte exercita revisão judicial, substituindo as políticas adotadas pelos representantes eleitos no Congresso por suas próprias políticas, é, provavelmente, o critério mais frequentemente utilizado para se avaliar o “ativismo” da Suprema Corte nos Estados Unidos²²⁸.

Para os críticos do “ativismo” a substituição pela Corte de uma política adotada pelos corpos legislativos por outro tipo de política é visto como ilegítimo de acordo com a perspectiva da teoria democrática.

Canon afirma que referida dimensão é mais pronunciada quando a Corte declara um ato do Congresso inconstitucional, podendo ser visualizada, ainda, quando a Suprema Corte anula legislações estaduais, provisões constitucionais estaduais e regulamentos locais, observando, contudo, que tais nulidades são menos ofensivas em princípio, tendo em vista que um sistema federal necessita de alguns mecanismos de revisão da legislação local a fim de manter a supremacia federal em áreas específicas.²²⁹

Em relação à estabilidade interpretativa, segunda dimensão apontada por Bradley Canon, tal dimensão mede o grau pelo qual decisões da Suprema Corte mantém ou abandonam precedentes ou doutrinas judiciais existentes, sendo um importante elemento no debate sobre os méritos do “ativismo”.²³⁰

²²⁷ CANON, op. cit., p. 239.

²²⁸ CANON, op. cit., p. 240.

²²⁹ CANON, op. cit., p. 240-241.

²³⁰ CANON, op. cit., p. 241.

Com efeito, não podemos nos esquecer das importantes guinadas jurisprudenciais promovidas pela Corte de Warren, cujos resultados sociais foram extremamente benéficos para a sociedade.

Conforme Canon, a mais visível e dramática instância da instabilidade interpretativa aparece quando a Corte explicitamente anula uma de suas próprias decisões anteriores, ressaltando, todavia, a prática da Corte de enfraquecer drasticamente um precedente sem formalmente anulá-lo.

De acordo com o autor, é comum e até esperado que decisões futuras possam colocar alguns limites sobre a aplicabilidade de um precedente, podendo o mesmo ser tanto ampliado quanto restringido.²³¹

De acordo com Elival da Silva Ramos, diante de um precedente, os órgãos incumbidos da função jurisdicional podem: 1) verificar a pertinência do julgado com o caso que lhes é submetido; 2) interpretar o texto da decisão precedente, podendo restringir ou ampliar os efeitos da norma a ele acoplada ou reconhecer a revogação, total ou parcial, do precedente (*overruling*)²³².

Outra dimensão apresentada por Canon consiste na fidelidade interpretativa, a qual mede a atual ou inferencial construção da Corte de previsões da Constituição, de modo que o “ativismo” se revela na medida em que uma interpretação não se coaduna com o significado original da previsão e/ou com o significado, as intenções consensuais ou os objetivos dos elaboradores da Constituição.

De acordo com o autor, há juízes e estudantes que, em maior ou menor grau, entendem ser possível medir a fidelidade interpretativa de algumas decisões da Corte, uma vez que palavras e frases têm um significado, e os legisladores das previsões constitucionais tinham intenções e objetivos, de modo que, quando isso parece estar sendo transgredido, ministros e estudantes engajam-se em uma considerável análise semântica ou em pesquisas históricas²³³.

Ressalta o autor que, enquanto se admitir a necessidade de discrição na aplicação de frases vagas em determinadas situações

²³¹ CANON, op. cit., p. 241.

²³² RAMOS, op. cit., p. 106.

²³³ CANON, op. cit., p. 242.

particulares, críticos do “ativismo”, nesta dimensão, defendem que a Constituição não é uma Constituição se a mesma puder ser significativamente alterada ao desejo de nove ou cinco ministros no curso do processo judicial.

Para Canon, com relação ao modo de expressão das palavras, é justo chamar de “ativista” qualquer decisão que aparenta claramente contradizer uma previsão constitucional em relação ao seu significado original, sendo também “ativistas” aquelas decisões que efetivamente criam novas previsões constitucionais mediante uma ilógica interpretação da linguagem²³⁴.

Ainda dentro desta dimensão, o autor categorizou como “ativista” aquelas decisões que interpretam uma previsão contrariamente à razoável, clara e consensual intenção dos seus criadores, sendo mais comuns aquelas decisões que aplicam previsões constitucionais para situações em que os legisladores não anteciparam a aplicação, enfatizando, por fim, seja em razão de conflitos nas evidências ou na existência de registros pobres, nem sempre ser fácil verificar a intenção dos legisladores²³⁵.

Em relação à quarta dimensão apresentada por Canon, a da distinção do processo substantivo/democrático, o autor considera que, algumas vezes, se argumenta haver melhor justificação, em algumas áreas, para a Corte fazer política do que em outras, citando, como exemplo, a famosa nota de rodapé do caso *Carolén Products*²³⁶ em que o Ministro Stone ofereceu a clássica identificação daquelas áreas preferenciais, quais sejam: legislação que limita processos políticos que podem promover a revogação de uma legislação

²³⁴ CANON, op. cit., p. 243.

²³⁵ CANON, op. cit., p. 244.

²³⁶ Um ato do Congresso de 1923 banuiu o transporte interestadual de um tipo de leite (leite desnatado com óleo vegetal adicionado). Um fabricante, acusado de transportar o referido leite, desafiou o direito. A Corte defendeu o ato. Neste diferente e notável caso, a Corte plantou as sementes para uma nova jurisprudência em uma nota de rodapé com a opinião de Stone sobre a Corte. Lá Stone forneceu a presunção de constitucionalidade da regulação econômica. A Corte não poderia amplamente substituir sua visão sobre política econômica pela visão do Congresso. Stone foi além, na nota de rodapé, ao cuidadosamente afirmar que certos tipos de legislação não poderiam valorizar deferência com relação à validade constitucional. O elemento mais controverso da nota de rodapé foi a sugestão de que o preconceito direcionado a discretas e insulares minorias poderia dar espaço para uma busca judicial por informação mais cautelosa. Disponível em: http://www.oyez.org/cases/1901-1939/1937/1937_640 Acessado em: 2/6/2011.

indesejável; e legislação que tende seriamente a abreviar a operação daqueles processos políticos ordinariamente confiados a proteger os desacreditados e as minorias, as quais foram seguidas pela Corte a aproximadamente uma década²³⁷.

De acordo com Canon, a distinção crucial é entre as decisões da Corte que levam em conta a integridade do processo político democrático e aquelas que não se atém a isso. As decisões da Corte que protegem ou elevam o princípio de que as minorias políticas têm uma oportunidade, através de uma aberta comunicação e um processo político democrático, em se tornar uma maioria, podem ser consideradas como mais justificadas do que decisões afetando outros tipos de política pública, de modo que, de acordo com tal lógica, decisões desenvolvendo ou alterando políticas que afetam o processo político não são ativistas, sendo consideradas como tais apenas aquelas decisões que fazem política econômica, regulam atividades do processo não político de instituições e grupos, ou subjugam a carreira das pessoas, estilos de vida, estilos morais, ou valores religiosos²³⁸.

No Brasil, tal linha pode ser comparada com aquela adotada por Claudio Pereira de Souza Neto, defensor da democracia deliberativa, para quem a democracia deliberativa tende a definir como atribuição do Judiciário aplicar de modo imediato as normas que configuram condições para um bom funcionamento da vida democrática, bem como as normas que, formalmente, são passíveis de tal aplicação²³⁹, de modo que uma decisão judicial que altere uma política com o fim de preservar ou fortalecer o processo político democrático é plenamente aceitável.

Em relação à quinta dimensão traçada por Canon, denominada de especificidade da política, o autor entende que, tradicionalmente, as Cortes adentram na política pública somente para anular as leis que as regulamentam,

²³⁷ CANON, op. cit., p. 244.

²³⁸ CANON, op. cit., p. 245.

²³⁹ SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 281.

sendo que, em recentes anos, as Cortes têm, sobremaneira, tornado-se positivos “fazedores de política” também.

O autor afirma que as críticas voltadas para tal dimensão são no sentido de que as Cortes podem ter o direito de anular políticas inconstitucionais, mas elas não têm garantias de se conduzir bem como um corpo legislativo ou administrativo na definição da política.

Assevera Canon que, nesta dimensão, a chave do “ativismo” é fazer política positivamente pela Corte, incluindo aquelas decisões que, de fato, desenvolvem nova política, algumas vezes com atenção para o detalhe, ou que especificam particulares comportamentos que agências governamentais precisam adotar na perseguição de uma política existente²⁴⁰.

Por fim, em relação a sexta e última dimensão de “ativismo” apresentada por Canon, denominada “avaliação de um produtor de política alternativo”, o autor inicia utilizando-se da ideia do Ministro Stone, exposta em 1936, para quem as Cortes não são a única instância que, presumivelmente, devem ter a capacidade para governar.

Conforme Canon, o tema que frequentemente ecoa é se a Suprema Corte deve exercer auto-contenção em face do esforço de outras agências em desenvolver políticas para problemas urgentes. Tal preocupação geralmente leva em conta o quanto as Cortes estão bem equipadas, assim como o legislativo ou uma agência administrativa, para fazer de forma inteligente políticas em determinadas áreas.

Para o autor, a questão central é: em que medida poderia outra agência fazer política similar àquela encontrada nas decisões das Cortes?

Bradley Canon responde baseado em dois fatores que devem ser averiguados, quais sejam: primeiro, se nenhuma outra agência tem autoridade para fazer política e, se tiver, se é politicamente ou praticamente viável para ela fazê-la; segundo, se nenhuma outra agência tem mais *expertise* e acesso a informação para fazer política do que a Suprema Corte.

²⁴⁰ CANON, op. cit., p. 245.

Argumenta o autor que, algumas vezes, decisões da Corte ou interpretações adotadas deixarão um potencial produtor de política alternativo incerto sobre sua autoridade legal.

Para ele a frase "probabilidade política ou prática" de ação não quer dizer que o elaborador da política alternativo necessariamente tem que chegar a mesma política elaborada nas decisões da Corte, sendo que, ocasionalmente, a estrutura da decisão judicial efetivamente impossibilita uma escolha.

Ademais, juízes podem não deter de uma particular *expertise* em áreas políticas substantivas, sendo que poucos têm adquirido algum conhecimento especializado, adotando-se procedimentos judiciais amplos no escopo.

Além disso, a informação obtida pelo elaborador da decisão judicial não é, geralmente, capaz de informar o suficiente para a elaboração da política, ressaltando-se, é claro, que nem todas as decisões judiciais, entretanto, clamam por *expertise* ou complexos dados.

Com efeito, algumas vezes, a informação necessária é simples e a questão crucial é sobre valores, de modo que juízes são tão competentes como qualquer um para fazer escolhas.

Conclui o autor, assim, que o ativismo nesta dimensão aparece em decisões que (a) estabelecem política onde há uma razoável probabilidade de que uma agência de política alternativa adotaria uma política similar em um futuro previsível, e/ou (b) a natureza da política é tal que escolhas são melhor informadas por dados não avaliados normalmente no processo judicial.²⁴¹

3.6 Constatações sobre a Definição de "Ativismo Judicial"

Após esse retrospecto acerca dos períodos considerados "ativistas" nos Estados Unidos, em que se viu a variedade de críticas voltadas a atuação do Poder Judiciário, bem como depois de analisar algumas das dimensões associadas ao "ativismo", fica muito difícil, praticamente impossível, chegar-se

²⁴¹ CANON, op. cit., p. 246-247.

a um consenso sobre o que significa a famosa expressão “ativismo judicial”, mesmo no contexto norte-americano onde a expressão foi criada.

A única coisa que se pode constatar é que ele é identificado com posturas mais arrojadas da Corte, sendo, entretanto, um fenômeno multi-direcional, podendo ser apontado tanto por conservadores quanto por liberais, sendo utilizado, geralmente, por aqueles que não concordam com o sentido de determinada decisão, motivo pelo qual acabam por adjetivá-la como “ativista” mais como uma forma de ataque a determinado comportamento judicial.

Essa conceituação ampla de “ativismo judicial” encontrada nos Estados Unidos deve-se, em parte, ao sistema de direito por eles adotado (o *common law*), sendo que esta mesma explicação pode ser utilizada para se entender por que no Brasil (adepto do *civil law*) o foco da crítica ao ativismo se concentra mais na questão da “disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, da função legislativa”, na linha de Elival da Silva Ramos²⁴², opositor ferrenho do “ativismo judicial” no Brasil.

É que no sistema do *common law*, adotado pelos Estados Unidos e pela Inglaterra, a jurisprudência ocupa o posto de principal fonte do direito, sendo que, de acordo com a doutrina do *stare decisis*, possui valor de precedente, ao contrário das decisões judiciais adotadas nos sistemas da família romano-germânica, as quais não são consideradas como fontes do direito.

Assim, conforme Elival da Silva Ramos, em razão de nos sistemas de *common law* as decisões judiciais serem atos veiculadores de normas jurídicas, é muito mais complicado para os países que adotam tal sistema caracterizar uma atuação “ativista” da magistratura no sentido geralmente empregado no Brasil, relacionado à usurpação da função legislativa pelo Poder Judiciário, com violação à separação dos poderes.²⁴³

Com efeito, por conta das características do sistema de direito americano é que:

a discussão sobre ativismo, como se constata nos Estados Unidos, desloca-se mais para o plano da filosofia política,

²⁴² RAMOS, op. cit., p. 107.

²⁴³ RAMOS, op. cit., p. 107.

sendo a indagação central a legitimidade do Poder Judiciário, tendo em vista a ideologia democrática que permeia o sistema político norte-americano.²⁴⁴

Em face da enorme gama de associações feitas entre o desempenho do Judiciário e o “ativismo judicial”, conforme amplamente demonstrado acima, poucos são os autores que se arriscam a formular uma definição própria de “ativismo judicial”, por outro lado, como o tema é super abrangente, qualquer um pode se sentir à vontade para criar sua própria definição, o que não significa que será a única a ser seguida.

3.7 Definições Modernas de “Ativismo Judicial”

Graig Green, analisando as interpretações mais modernas sobre o ativismo judicial, organiza as definições em: (1) qualquer sério erro legal; (2) qualquer resultado controverso e indesejável; (3) quaisquer decisões que anulem um estatuto; ou (4) uma mistura destes e outros fatores.²⁴⁵

Referido autor, após refutar as interpretações mais modernas sobre o “ativismo” e partindo da premissa de que muitas decisões judiciais não são supervisionadas por outros órgãos governamentais, apresenta a sua própria definição, propondo que “o ativismo judicial deveria ser definido como o abuso do poder não supervisionado que é exercido fora dos limites do papel judicial”.²⁴⁶

No Brasil, Elival da Silva Ramos apresenta um conceito amplo de “ativismo judicial”, mais próximo aos sistemas constitucionais da família romano-germânica, informado pelo princípio da separação dos poderes, qual seja:

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 interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).²⁴⁷

²⁴⁴ RAMOS, op. cit., p. 110.

²⁴⁵ GREEN, op. cit., p. 1217.

²⁴⁶ GREEN, op. cit., p. 1222.

²⁴⁷ RAMOS, op. cit., p. 129.

De acordo com o autor supracitado, o “ativismo” é claramente negativo, “por importar na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.”²⁴⁸

Ambas as definições concentram na questão do papel do Poder Judiciário, considerando como “ativistas” aquelas decisões que extrapolam a atividade típica de tal Poder.

Referidas definições, todavia, demonstram-se muito amplas, pois o problema consiste na definição da atividade típica do Poder Judiciário, a qual não se encontra expressamente na Constituição ou em outros atos normativos, havendo mais de uma teoria a respeito, o que não contribuiria para afirmar, com segurança, quando uma determinada decisão é “ativista” ou não, pois dependeria da teoria a ser adotada.

3.8 Aspectos a serem Observados na Conceituação de “Ativismo”

Embora no Brasil o ativismo seja associado mais a questão da invasão das competências do Legislativo pelo Judiciário, conforme acima mencionado, não se define quando tal invasão efetivamente ocorre.

Para tanto devemos levar em conta as peculiaridades de nossa estrutura jurídica, cuja configuração se encontra na própria Constituição Federal de 1988.

Há uma grande preocupação, hoje em dia, quanto ao novo papel que o Poder Judiciário vem assumindo no Brasil, com a superlativização de suas funções, mas não se atém, em geral, para a causa disso e se essa “pro-atividade” é permitida ou até mesmo exigida por nosso sistema jurídico.

Essa nova face do Poder Judiciário, se deve, em grande parte, pela modificação do direito e pela alteração provocada pelo texto constitucional com o próprio modelo de Estado.

Conforme Lenio Streck²⁴⁹ o novo texto constitucional superou o velho modelo de direito e de Estado (liberal-individualista), em face do seu

²⁴⁸ RAMOS, op. cit., p. 129.

²⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à necessidade**

caráter dirigente e compromissório, e publicizou espaços antes reservados aos interesses privados. Para ele, neste momento, o direito não é mais ordenador e nem promovedor, mas sim transformador da realidade, fazendo com que aumente o foco de tensão acerca da jurisdição constitucional, que é a garantidora dos direitos fundamentais-sociais e, ao mesmo tempo, da democracia em nosso Estado Democrático de Direito.

De acordo com Tércio Sampaio Ferraz Júnior²⁵⁰, tanto a divisão de poderes quanto a neutralização do Poder Judiciário sofreram grandes transformações em nosso século, especialmente nos últimos cinquenta anos.

Referido autor atribui essas alterações ao advento da sociedade tecnológica, movimento este que altera o sentido dos controles sociais, políticos e, conseqüentemente, dos controles jurídicos, bem como as preocupações, que não se voltam mais para o passado, mas, sim, para o futuro, alterando, ainda, as fórmulas de governo, cujos valores máximos são a eficiência dos resultados e a alta probabilidade de sua consecução, bem como o comportamento do Tribunal, que passa a ser chamado para uma avaliação prospectiva e um julgamento pautado naquilo que ele poderá fazer.

Afirma, então, ser este o contexto em que se há de entender o advento do Estado do Bem-Estar Social, tendo acarretado uma profunda alteração na neutralização inerente ao Poder Judiciário, pois “trouxe o problema da liberdade positiva, participativa, que não é um princípio a ser defendido, mas a ser realizado”²⁵¹.

Conforme enfatiza Tércio Sampaio:

Os direitos sociais, produto típico do estado do bem-estar social, não são, pois, conhecidamente, somente normativos, na forma de um a priori formal, mas têm um sentido promocional prospectivo, colocando-se como exigência de implementação. Isto altera a função do poder Judiciário, ao

de respostas corretas em Direito. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1-16.

²⁵⁰ FERRAZ JR., op. cit., p. 18.

²⁵¹ FERRAZ JR., op. cit., p. 18.

qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados.²⁵²

Com isso, ressalta o autor, a posição do juiz restou alterada, sendo ele co-responsável pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do estado social.²⁵³

Essas alterações, todavia, com a desneutralização política do juiz e a repolitização do Judiciário, são alvo de tensões e acirradas discussões acerca dos limites de atuação de referido Poder, conforme referido no Capítulo anterior.

As preocupações existentes acerca da assunção pelo Judiciário desse seu novo papel não é analisada apenas sob a ótica da necessidade de observância da divisão de poderes, mas, também, sobre o dever de respeitarmos a escolha do poder constituinte por um Estado Democrático de Direito.

Ocorre que a própria concepção de Estado Democrático de Direito se mostra ambígua, segundo Oscar Vilhena²⁵⁴, se considerarmos a democracia apenas em seu significado procedimental, como governo da maioria, e o estado de direito em seu sentido substantivo, enquanto governo das leis, ressaltando que a conciliação entre essas duas concepções, que estão em constante tensão, é tarefa das democracias constitucionais contemporâneas, sendo que os tribunais constitucionais, em face do seu dever de zelar pela aplicação das normas constitucionais, são essenciais na concretização do ideal deste Estado.

Como visto, na nossa estrutura jurídica o juiz é convidado a tomar decisões políticas, dessa forma, o juiz brasileiro não pode ser acusado de ser “ativista” quando adota decisões de tal natureza, pois ele está exercendo uma competência prevista na própria Constituição Federal.

²⁵² FERRAZ JR., op. cit., p. 18.

²⁵³ FERRAZ JR., op. cit., p. 19.

²⁵⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena – Império da lei ou da corte? **Revista USP**, São Paulo, n. 21 p. 70-77, mar/abr/mai 1994. p. 72.

Nem por disso, todavia, o juiz pode decidir livremente, sem parâmetros de decisão, pois, afinal, vivemos em um regime democrático, motivo pelo qual devemos ao menos tentar definir certos limites à prestação jurisdicional, limites estes que, ao serem desrespeitados, passarão a caracterizar uma decisão como “ativista”.

3.9 Definição de “Ativismo Judicial” no Controle das Políticas Públicas

Na tentativa de delimitarmos um pouco o conceito de “ativismo judicial”, iniciaremos por estipular um critério, a partir do esquema de Robert Alexy acerca das margens de discricionariedade que devem ser reconhecidas ao legislador, cujo desrespeito pelo Poder Judiciário, a nosso ver, configura um tipo de “ativismo judicial” de conotação negativa.

Referido esquema decorre da adoção por Alexy do modelo material-procedimental na relação entre Constituição e Legislativo, em que a sua teoria dos princípios²⁵⁵ é capaz de estabelecer uma moldura ao legislador sem lhe retirar toda e qualquer discricionariedade.

Assim, a metáfora da moldura é definida da seguinte maneira: aquilo que é obrigatório ou proibido em virtude das normas constitucionais constitui a moldura, sendo que o interior da moldura é aquilo que é facultado ou permitido, podendo ser conformado pelo legislador, consistindo essa faculdade naquilo que ele chama de discricionariedade estrutural, sendo que, em não se ultrapassando os limites da moldura, a opção do legislador deve ser respeitada pelo Judiciário.²⁵⁶

Quando é incerta a cognição daquilo que é obrigatório, proibido ou facultado, configura-se uma discricionariedade epistêmica, podendo ela ser causada pela insegurança das premissas empíricas ou normativas.²⁵⁷ Nessas circunstâncias, também cabe ao juiz aderir à ponderação levada a cabo pelo legislador, pois essa margem de liberdade do legislador fica imune de críticas

²⁵⁵ Para Alexy os direitos fundamentais têm a natureza de princípios e são mandamentos de otimização. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, POSFÁCIO.

²⁵⁶ ALEXY, op. cit., POSFÁCIO.

²⁵⁷ ALEXY, op. cit., p. 612.

pelo Judiciário, tendo em vista os princípios formais da democracia representativa e da separação dos poderes.²⁵⁸

De acordo com o autor:

É exatamente esse o ponto no qual entra em jogo o princípio formal da competência decisória do legislador democraticamente legitimado. Esse princípio é um princípio formal, porque ele não determina nenhum conteúdo, mas apenas diz quem deve definir conteúdos. Por isso, seria possível também denominá-lo “princípio procedimental”. Enquanto princípio procedimental, ele exige que as decisões relevantes para a sociedade devam ser tomadas pelo legislador democraticamente legitimado.

Nesses termos, o princípio formal colide com o princípio material de direito fundamental. Este último exclui *prima facie* a competência do legislador para fundamentar decisões desvantajosas para o direito fundamental em premissas empíricas incertas; o primeiro requer *prima facie* exatamente essa competência²⁵⁹.

Assim, baseando-se na tese de Alexy, pode-se dizer que se o juiz não respeita o espaço de interpretação das normas constitucionais (margem de discricionariedade) conferido ao legislador, está havendo “ativismo”.

Paulo Gustavo Gonet Branco, na tentativa de delimitar o conceito de “ativismo”, utilizou-se do mesmo critério, tendo considerado que:

Quando atua dentro das fronteiras dessa margem de discricionariedade interpretativa não se abre ao julgador, por força da separação de 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 espaço próprio de outros poderes.²⁶⁰

Elival da Silva Ramos também considera inadmissível a obstaculização do exercício de discricionariedade legislativa pelo Judiciário naqueles casos de textos normativos veiculadores de conceitos jurídicos indeterminados.²⁶¹

²⁵⁸ BRANCO, op. cit., p. 183-184.

²⁵⁹ ALEXY, op. cit., p. 615.

²⁶⁰ BRANCO, op. cit., p.15.

²⁶¹ RAMOS, op. cit., p. 139.

Ressalte-se, todavia, que não somos contrários ao controle judicial das políticas públicas em qualquer hipótese, mas favoráveis a tal intervenção apenas quando o legislador tiver se omitido ou tiver procedido na conformação da política de forma desarrazoada.

Nessa linha, recentemente, alguns ministros do Supremo Tribunal Federal, abordaram em seus votos a questão do “ativismo judicial”, merecendo destaque o seguinte trecho de voto do Ministro Celso de Mello:

A colmatação de omissões inconstitucionais: um gesto de respeito pela autoridade da Constituição da República. Nem se alegue, finalmente, no caso ora em exame, a ocorrência de eventual ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República. Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.²⁶²

Julgando o MS 26.915/DF, o Ministro Gilmar Mendes fez constar em seu voto:

Assim, alternando momentos de maior e menor ativismo judicial, o Supremo Tribunal Federal, ao longo de sua história, tem entendido que a discricionariedade das medidas políticas não impede o seu controle judicial, desde que haja violação a direitos assegurados pela Constituição. Mantendo essa postura, o Supremo Tribunal Federal, na última década, tem atuado ativamente no tocante ao controle judicial das questões

²⁶²ADI 4277/DF, Relator Ministro Ayres Britto, Requerente: Procurador-Geral da República, D. J. 14/10/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 15/10/2011.

políticas, nas quais observa violação à Constituição. Os diversos casos levados recentemente ao Tribunal envolvendo atos das Comissões Parlamentares de Inquérito corroboram essa afirmação.²⁶³

Rogério Gesta Leal, ao tratar do controle jurisdicional das políticas públicas, aduz que se estará diante de uma situação que autorize o controle jurisdicional das políticas públicas “quando o Legislativo ou Executivo agirem de modo desarrazoado ou procederem com a clara intenção de neutralizar ou comprometer a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais”.²⁶⁴

As políticas públicas, conforme mencionado no Capítulo 1, são programas governamentais, planejados para coordenar os meios à disposição do Estado, buscando melhorias em determinadas áreas, sendo a sua elaboração e execução realizadas predominantemente no âmbito do Legislativo e do Executivo.

Aplicando a teoria de Alexy à área das políticas públicas, ocorrerá “ativismo” quando o Judiciário adentrar na política, anulando a legislação que a regulamenta e “fazendo a própria política”, ainda que o legislador tenha observado o espaço permitido pela Constituição quando da conformação da política.

Em não havendo omissão do legislador, tendo ele cumprido com seu dever constitucional de implementar a política, e tendo utilizado a margem que lhe era permitida pela própria Constituição, não pode o Judiciário desfazer a conformação da política pública levada a cabo pelo legislador.

Assim, devemos averiguar se: a) a norma constitucional permite alguma margem de discricção ao legislador; b) o legislador cumpriu com seu

²⁶³ MS 26915 MC / DF - Relator Ministra Ellen Gracie, Impetrante: Carlos Fernando Coruja Agustini e Outro (a/s), Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados, D.J. 16/10/2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2826915%2E%2E%2E+OU+26915%2EDMS%2E%29%28%28GILMAR+MENDES%29%2ENORL%2E+OU+%28GILMAR+MENDES%29%2ENPRO%2E%29%29+NAO+S%2EPR ES%2E&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 20/09/2011.

²⁶⁴ LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais, p. 160, In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006, p. 157-196.

dever de concretizar a política dentro de um prazo aceitável, não se omitindo; e c) a regulamentação da política pública é razoável, ou seja, o legislador não extrapolou a moldura constitucional e não aniquilou com o direito fundamental concretizado através da adoção da política pública regulamentada pelo legislador.

Se ambas as respostas forem positivas, caso o juiz tenha desconsiderado a decisão do legislador, substituindo-a pela adoção dos seus próprios critérios, o “ativismo judicial” estará configurado.

É aí, portanto, que se configura o “ativismo judicial” de acordo com o conceito que pretendemos formular, qual seja: o “ativismo judicial” se configura quando há o desrespeito à discricção do legislador na conformação da política pública, invalidando-se a respectiva legislação regulamentadora, cuja elaboração pautou-se em critérios razoáveis e permitidos pela Constituição, alterando-se, ainda, substancialmente a política através da utilização de critérios que o juiz entende mais adequados e eficazes.

Assim, a chave da questão para se saber se uma decisão é “ativista” ou não, de acordo com tal conceito, é verificar se havia uma margem de discricção por parte do legislador a ser explorada, e se os critérios estabelecidos em lei foram razoáveis, não tendo aniquilado com o direito fundamental regulamentado.

3.10 Conclusão

Como visto, o “ativismo judicial”, embora não tenha uma definição clara quanto ao seu significado e seus efeitos, vem sendo muito utilizado na análise do comportamento judicial por diferentes segmentos.

Tal prática não é de agora, sendo que a criação da expressão em si, ocorrida nos Estados Unidos, tem mais de 60 anos, sendo que as bases para a formulação do “ativismo” são bem anteriores, podendo-se dizer que as críticas ao Poder Judiciário são praticamente contemporâneas a sua criação.

O “ativismo judicial”, na verdade, tornou-se um rótulo a ser empregado quando se quer criticar o comportamento judicial adotado por uma

Corte ou uma decisão judicial específica, embora existam poucas associações benéficas ao “ativismo”.

Em razão da ampla abrangência na utilização do termo, corre-se o risco de tal expressão perder a sua real importância e passar a ser desconsiderada, sendo salutar e até necessário que sejam efetuadas análises críticas em relação não só à atuação do Poder Judiciário, como também dos demais Poderes.

Nos Estados Unidos essa abrangência na utilização da expressão “ativismo judicial” para criticar o comportamento dos magistrados se deve, em parte, pelo sistema de direito por eles adotado, o *common law*, no qual a jurisprudência assume a qualidade de fonte de direito, sendo o precedente considerado uma norma, o que torna mais complexa a caracterização do “ativismo” no sentido de usurpação da competência do legislador, como geralmente ocorre no Brasil, onde o “ativismo” usualmente é associado à intervenção indevida do Judiciário nas competências do Poder Legislativo.

Ocorre que, no Brasil, a doutrina pouco se dedica ao estudo do tema e, ao abordar a questão do “ativismo”, limita-se a caracterizá-lo como uma usurpação da função do legislador, sem, entretanto, demonstrar quando essa invasão ocorre.

Da mesma forma, apesar do grande número de críticas que se faz ao Poder Judiciário, tendo em vista que a competência típica para planejar, executar e implementar as políticas públicas pertence aos Poderes Executivo e Legislativo, não se trata com precisão quando a judicialização da política pública invade referida competência.

Buscando contornar essa insuficiência, passamos a perseguir esse propósito, utilizando-se, para tanto, da doutrina de Alexy, em relação às margens de discricionariedade do legislador, delimitadas na própria Constituição através da fixação de uma moldura que seriam os limites de atuação do legislador, de modo que em o legislador respeitando tais limites tal procedimento fica indene de críticas pelo Judiciário, impossibilitando a invalidação da legislação e a fixação de outros critérios que o juiz entende cabíveis.

Aplicando referida delimitação ao campo das políticas públicas, passamos a considerar que o “ativismo judicial” ocorre quando há o desrespeito à discricção do legislador na conformação da política pública, invalidando-se a legislação regulamentadora cuja elaboração pautou-se em critérios razoáveis e permitidos pela Constituição, alterando-se substancialmente a política através da utilização de critérios que o juiz entende mais adequados e eficazes.

Referida análise será efetuada no Capítulo 4, em relação à postura do Poder Judiciário brasileiro no tocante à política pública de assistência social, mais precisamente em relação às decisões acerca do critério de renda de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo estabelecido pelo legislador para efeito de concessão do Benefício de Prestação Continuada – BPC, cuja postura do Poder Judiciário já fora amplamente analisada no Capítulo 2, objeto da presente dissertação.

4 O CONTROLE JUDICIAL EFETUADO EM RELAÇÃO AO CRITÉRIO DE RENDA ESTIPULADO PELO LEGISLADOR NO § 3º DO ARTIGO 20 DA LEI Nº 8.742, DE 1993: JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA OU ATIVISMO JUDICIAL?

4.1 Introdução

Conforme visto no Capítulo 3, de acordo com nossa concepção o “ativismo judicial” ocorre no âmbito do controle das políticas públicas quando há o desrespeito à discricção do legislador na conformação da política, invalidando-se a respectiva legislação cuja elaboração pautou-se em critérios razoáveis e permitidos pela Constituição, e alterando-se a política através da utilização dos critérios que o juiz entende adequados e eficazes.

A partir disso, pretendemos, no presente Capítulo, demonstrar se o controle judicial efetuado em relação ao critério de renda previsto no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742, de 1993, para efeito de concessão do Benefício de Prestação Continuada – BPC, está compreendido naquele espaço permitido ao Judiciário no âmbito da judicialização da política pública ou se está ultrapassando os limites de sua atuação, podendo referido comportamento ser considerado “ativista”.

Como visto no Capítulo anterior, nosso conceito de “ativismo” foi elaborado com base no esquema de Robert Alexy a respeito das margens de discricionariedade existentes em favor do legislador, sendo tais margens definidas por aquilo que é permitido e proibido pela Constituição, espaço este dentro do qual o legislador poderá atuar sem a intervenção do Poder Judiciário, sob pena de se configurar o desrespeito à separação dos poderes e à democracia representativa.

Iniciaremos o presente Capítulo detalhando um pouco mais esse esquema formulado por Alexy para podermos identificar com mais clareza os tipos de discricionariedade que se apresentam ao legislador – estrutural ou epistêmica – pois, assim, poderemos traçar qual o comportamento esperado do Poder Judiciário no controle dessa política.

Posteriormente, buscaremos demonstrar quais os limites que as normas constitucionais impõem ao legislador em relação ao Benefício de Prestação Continuada, a fim de verificarmos quais as bordas da moldura constitucional a que o legislador está adstrito na conformação de tal política e se as mesmas foram por ele observadas, o que acarretará em um juízo de valor acerca da política pública em si, ou seja, se referido critério de renda é adequado ou não, ressaltando-se que a definição do que é proibido, permitido ou facultado ao legislador poderá ser inviável por razões empíricas ou normativas, de acordo com a teoria de Alexy, hipótese em que não se poderá constatar com exatidão sobre a adequação da política implantada, devendo-se, nessa hipótese, acatar-se a decisão do legislador democraticamente legitimado.

Feito isso, passaremos a efetuar uma análise crítica do comportamento judicial adotado em relação ao critério de renda do BPC, amplamente exposto no Capítulo 2 da presente dissertação mediante a análise de farta jurisprudência sobre o assunto.

Ultrapassadas tais etapas, poderemos concluir se a postura do Poder Judiciário no tocante à política pública de assistência social, mais especificamente em relação ao critério de renda do BPC, respeita os limites existentes à judicialização da política ou se a mesma pode ser considerada “ativista” a partir do conceito de “ativismo” traçado por nós no Capítulo 3 da presente dissertação.

4.2 A Base do Esquema de Robert Alexy Acerca das Margens de Discricionariedade do Legislador

A formulação de Alexy do esquema das margens de discricionariedade do legislador, que será discutida com mais detalhes no presente tópico, foi realizada principalmente para rebater as críticas, especialmente as de Habermas e as de Böckenförde, no tocante a sua tese central de que os direitos fundamentais têm a natureza de princípios e são

mandamentos de otimização, e se encontra no Pós-fácio de seu livro sobre a Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.²⁶⁵

Conforme Alexy, a crítica formulada por Habermas consiste em que o modelo de princípios por ele traçado retira a força dos direitos fundamentais, na medida em que a aplicação destes princípios naquilo que é faticamente possível exigiria uma orientação por finalidades²⁶⁶, com a consequente possibilidade de que, em algumas situações, alguns direitos fossem sacrificados em prol de fins coletivos²⁶⁷. Para Habermas, somente uma estrutura de regras garantiria força aos direitos fundamentais. Ademais, Habermas considera que esse sopesamento poderia levar a juízos irracionais, ante a falta de parâmetros racionais²⁶⁸.

Já a crítica de Böckenförde alerta para o risco de um excesso de direitos, sendo que o feitiço principiológico alteraria o papel dos direitos fundamentais, fazendo com que eles produzissem efeitos por todo o sistema jurídico, acarretando ações positivas pelo Estado, não se limitando a exigência de abstenção estatal. Para Böckenförde há apenas duas opções: considerar os direitos fundamentais como princípios e, com isso, optar-se por um Estado judiciário, ou limitar os direitos fundamentais como direitos de defesa apenas, optando-se por um Estado legislativo.²⁶⁹

De acordo com Alexy, ao rebater esta última crítica, essa dicotomia está relacionada com a contraposição entre ordem-moldura e ordem-fundamento.

De acordo com o autor, atribuiu-se à teoria dos princípios o conceito de ordem-fundamento, o que a torna suscetível de críticas, pois ela condena o legislador, sendo que para Böckenförde a Constituição é a ordem jurídica fundamental na medida em que todos os princípios e formas de harmonização do ordenamento jurídico já se encontram na Constituição, não havendo nenhuma possibilidade de conformação política pelo legislador, o que, segundo

²⁶⁵ ALEXY, op. cit., PÓS-FÁCIO. Passim.

²⁶⁶ ALEXY, 2008, apud HABERMAS, 1994, p. 310.

²⁶⁷ ALEXY, 2008, apud HABERMAS, 1996, p. 368.

²⁶⁸ ALEXY, 2008, apud HABERMAS, 1994, p. 316.

²⁶⁹ ALEXY, 2008, apud BÖCKENFÖRDE, 1991, p. 185.

Alexy, violaria os princípios do parlamentarismo democrático e da separação dos poderes.

A partir daí, Alexy questiona se a teoria dos princípios, de fato, leva a uma ordem-fundamento, excluindo qualquer liberdade do legislador. Para ele, dependerá dos conceitos de moldura e de fundamento.

Conforme o autor, deve-se diferenciar o conceito de moldura dos critérios utilizados para o preenchimento de seu conteúdo.

Analisando a relação entre Constituição e Legislativo, Alexy aduz que a opção por uma constituição puramente procedimental, que não apresenta nenhum dever ou proibição material que limite o legislador, devendo o mesmo apenas ficar adstrito às normas de forma, competência e procedimento, sendo tanto sua competência material quanto sua discricionariedade ilimitada, não é compatível com a vinculação do legislador aos direitos fundamentais.

Por outro lado, a adoção de uma constituição puramente material, em que ela contém proibições e deveres para todo tipo de situação, não havendo nenhuma liberdade do legislador para decidir, sendo eliminado qualquer tipo de discricionariedade, contradiz “o princípio da competência decisória do legislador democraticamente legitimado”.²⁷⁰

Propõe, então, como modelo de Constituição a ser seguido o modelo material-procedimental, quando a teoria dos princípios seria capaz de fixar uma moldura ao legislador sem lhe retirar toda e qualquer discricionariedade, pois referida teoria pode obrigar e proibir o legislador a algumas coisas e, quanto ao resto, nem obrigar nem proibir.

A partir daí, a moldura ficaria delimitada da seguinte maneira: a moldura é aquilo que é obrigatório ou proibido, sendo que aquilo que se encontra no interior da moldura é o que é facultado, sendo isso a discricionariedade do legislador, cuja extensão é delimitada pelo que é juridicamente válido em relação às normas constitucionais.

Alexy distingue essa discricionariedade, que ele denomina de discricionariedade estrutural, da discricionariedade epistêmica ou cognitiva,

²⁷⁰ ALEXY, op. cit., p. 581-582.

que se configura quando não é possível o conhecimento acerca daquilo que é proibido, permitido e facultado pela Constituição, decorrendo ela, portanto, não dos limites do que a Constituição proíbe ou faculta, mas dos limites da capacidade de se conhecer tais limites, o que será esmiuçado mais adiante.

Em relação ao conceito de ordem-fundamento, Alexy entende que tal conceito deve ser compreendido de duas maneiras: quantitativamente e qualitativamente. Assim, uma Constituição é uma ordem-fundamento, no sentido quantitativo, se para tudo há uma proibição ou uma permissão, nada sendo facultado, o que se contrapõe ao conceito de ordem-moldura.

Em sentido qualitativo, uma Constituição é uma ordem-fundamento, se por meio dela “são decididas questões que sejam fundamentais para a comunidade”²⁷¹, o que, de acordo com o autor, é compatível com o conceito de ordem-moldura, uma vez que “uma constituição pode decidir questões fundamentais e, nesse sentido, ser uma ordem-fundamento, e, mesmo assim, deixar muitas questões em aberto, e, nesse sentido, ser uma ordem-moldura.”²⁷²

Para Alexy, de acordo com a teoria dos princípios a Constituição deve conciliar ambos os conceitos, obrigando e proibindo algumas coisas, com o que estaria formando uma moldura, e facultando outras, permitindo, assim, uma discricionariedade ao legislador, e, ainda, decidindo questões fundamentais para a sociedade através de seus deveres e proibições.

Portanto, na sua visão, a Constituição deve ser tanto uma ordem-moldura quanto uma ordem-fundamento.

Retomando a questão da discricionariedade do legislador, Alexy a divide em discricionariedade estrutural e discricionariedade epistêmica ou cognitiva, cuja diferenciação já se tratou acima.

A discricionariedade estrutural pode ser de três tipos:

a) para definir objetivos: quando há uma autorização ao legislador para intervir em um direito fundamental, podendo ele escolher as razões para referida intervenção, que geralmente consistem em interesses coletivos;

²⁷¹ ALEXY, op. cit., p. 584.

²⁷² ALEXY, op. cit., p. 584.

b) para escolher meios: naquelas hipóteses em que as normas de direitos fundamentais exigem ações positivas, havendo vários meios que fomentam a finalidade em níveis diversos, ou havendo incerteza sobre o grau que eles o fazem, ou, ainda, quando seus efeitos negativos se dão em diferentes graus em relação a outras finalidades ou princípios, circunstância em que a decisão dependerá de sopesamentos e da viabilidade em se identificar os graus de fomento e de prejuízo em face de outras finalidades e princípios; e

c) para sopesar, quando deverá ser observada a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas – as máximas da adequação²⁷³, da necessidade²⁷⁴ e da proporcionalidade em sentido estrito, que representarão aquilo que é considerado “otimização” para a teoria dos princípios.

Conforme Alexy, citando um caso analisado, em 1994, pelo Tribunal Constitucional Federal alemão²⁷⁵, os exames da adequação e da necessidade demandam a existência de uma relação entre meio e fim, mas nem sempre é simples, pois, pode ser que não haja conhecimentos suficientes que possam levar a uma decisão segura sobre um ou outro caminho, de modo que, nesse caso, a decisão do legislador deveria ser aceita, pois o mesmo, segundo o Tribunal acima referido, “tem uma prerrogativa de avaliação e decisão para a escolha entre diversos caminhos potencialmente adequados para alcançar um objetivo legal” (BVerfGE 90, 145 (182-183)).²⁷⁶

Ressalta-se aí a importância das discricionariedades epistêmicas, cujo problema surge tanto no exame da adequação quanto no da necessidade.

²⁷³ Ela elimina meios não adequados.

²⁷⁴ Entre dois meios aproximadamente adequados, deve-se escolher o que menos intervenha no direito fundamental, sendo vedado seu sacrifício desnecessário.

²⁷⁵ O Tribunal deveria “decidir se a criminalização da fabricação, comercialização, disseminação e aquisição de produtos derivados de *cannabis* seria compatível com a liberdade geral de ação (art. 2º, § 1º, da Constituição alemã) e com a liberdade pessoal (art. 2º, § 2º, 2 também da Constituição alemã). Nesse contexto, era também necessário indagar se uma liberação de *cannabis*, como meio menos gravoso em relação à liberdade, não poderia afastar os perigos associados a essa droga e a seu conteúdo ilegal de forma tão ou mais eficiente que uma criminalização geral. A resposta do tribunal baseou-se na tese de que não existem “conhecimentos fundados cientificamente que decidam indubitavelmente em favor de um ou outro caminho.” (BVerfGE 90, 145 (182-183) ALEXY, op. cit., p. 591.

²⁷⁶ ALEXY, op. cit., p. 591.

Em relação à máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ela expressa a otimização em relação a princípios colidentes, sendo que princípios devem realizar-se da maneira mais ampla possível, tanto em relação às possibilidades fáticas, quanto às possibilidades jurídicas, que são determinadas principalmente pelos princípios colidentes.

De acordo com Alexy, a discricionariedade epistêmica suscita uma das questões mais polêmicas em relação à teoria dos princípios, pois o problema deste tipo de discricionariedade deve ser resolvido pelo sopesamento entre princípios materiais e princípios formais.

Conforme acima aludido, referida discricionariedade surge quando não se sabe ao certo aquilo que é obrigatório, proibido ou facultado em virtude dos direitos fundamentais.

Tal incerteza pode ocorrer em face da insegurança das premissas empíricas ou normativas. A insegurança empírica representa um importante papel nos exames da adequação e da necessidade, já a insegurança normativa relaciona-se com a dúvida quanto a melhor quantificação dos direitos em questão e com o reconhecimento ao legislador de uma área dentro da qual ele pode decidir de acordo com suas próprias valorações.

Conforme Alexy, poderia se pensar que tal tipo de discricionariedade deveria ser negada ao legislador, pois se uma intervenção a um direito pelo legislador pode ser fundamentada com base em uma premissa incerta, então, esse direito poderia não ter uma proteção devida, nos casos em que a premissa que fundamenta a intervenção for equivocada.

Ademais, poder-se-ia dizer que os princípios devem ser realizados da melhor maneira possível dentro das condições fáticas e jurídicas existentes, assim, o reconhecimento de tal tipo de discricionariedade ao legislador significa admitir que os direitos não sejam realizados plenamente.

Ressalta Alexy, entretanto, que, se isso fosse o único fator a ser observado, só poderia haver restrição em um direito fundamental quando as premissas empíricas fossem certas, de modo que, se essa veracidade não puder ser constatada, poderia partir-se apenas das premissas empíricas mais

vantajosas ao direito, não se justificando em relação a elas a intervenção ou a não-garantia de proteção.

Para o autor, é aí que se revela o princípio formal da competência decisória do legislador democraticamente legitimado. Tal princípio não estipula nenhum conteúdo, mas apenas cuida da competência para definir conteúdos, podendo também ser chamado de “princípio procedimental”, decorrendo dele que “as decisões relevantes para a sociedade devam ser tomadas pelo legislador democraticamente legitimado”.²⁷⁷

Assim, conforme Alexy, há uma colisão entre o princípio formal e o princípio material de direito fundamental, na medida em que este último refuta a competência do legislador para adotar decisões desvantajosas para o direito fundamental, nos casos em que as premissas empíricas forem incertas, enquanto o primeiro defende exatamente tal competência.

Ressalta o autor que referida colisão apresenta dois tipos de solução bem diferenciada.

Uma pautada na precedência absoluta do princípio material, cuja consequência seria que o legislador, ao intervir em um direito fundamental, somente o poderia fazer se estivesse diante de premissas empíricas comprovadas. Mas como se sabe que conhecimentos empíricos verdadeiros quase nunca estão presentes, a precedência desse princípio acarretaria uma total inação pelo legislador, sendo que, de acordo com Alexy, essa solução não pode ser a de uma Constituição que prevê um Poder Legislativo e, ainda por cima, que o alce à condição de legitimado democraticamente de forma direta, o que não estaria de acordo com o princípio da separação dos poderes e com o princípio democrático.

Pondera, entretanto, mais uma vez concordando com o Tribunal Constitucional alemão, que “a incerteza não pode ser suficiente, enquanto tal, para fundamentar uma discricionariedade para prognósticos por parte do legislador que seja infensa ao controle por parte da jurisdição constitucional.” (BVerfGE 50, 290 (332))²⁷⁸

²⁷⁷ ALEXY, op. cit., p. 615.

²⁷⁸ ALEXY, op. cit., p. 617.

Assim, para Alexy, deve-se buscar por soluções intermediárias, como exigir-se o mesmo grau de certeza para todas as intervenções em direitos fundamentais, ou diferentes graus de certeza, conforme forem as diferentes intervenções.

De acordo com a teoria dos princípios, quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, maior deverá ser a certeza das premissas que fundamentam tal intervenção.

Alexy faz, ainda, uma importante ressalva em relação à admissão da tomada de decisões com base em uma discricionariedade epistêmica, pois, eventualmente essa decisão poderá ser incorreta, o que poderia acarretar lesões a direitos fundamentais e, ainda, sem que o Tribunal Constitucional pudesse invalidá-la, pois infensa a controles.

De acordo com o autor a discricionariedade epistêmica e os princípios formais parecem levar a uma divergência entre normas de ação, as quais ditam o que é proibido, obrigatório e facultado ao legislador, e normas de controle, direcionadas ao controle do legislador pelo Tribunal.

A principal resistência aos princípios formais reside em que a discricionariedade epistêmica é incapaz de conciliar a vinculação do legislador com os direitos fundamentais e com a Constituição.

Mas para o autor, deve-se distinguir o quanto de divergência os princípios formais criam e se, realmente, essa divergência existe.

Quanto à primeira indagação, Alexy sustenta que os princípios formais somente criariam essa divergência se eles fossem capazes de afastar direitos fundamentais e, ainda, se eles pudessem o fazer por completo.

Ressalta o autor, todavia, que o princípio formal da competência decisória do legislador não é forte o suficiente para afastar um princípio material de direito fundamental, só podendo o fazer se conectados a outros princípios materiais.

Tanto no caso de uma discricionariedade cognitiva empírica, presente quando as premissas empíricas que sustentam a intervenção são incertas, quanto no caso de uma discricionariedade cognitiva normativa, em que os pesos dos princípios são incertos, os princípios formais apenas

participam das competências decisórias em relação às incertezas na relação entre os princípios materiais. Tão logo a incerteza desapareça, os princípios formais também somem. Logo, não se pode sustentar que a concepção jurídica do legislador deva ser respeitada apenas por razões formais.

Concluindo sua teoria, para refutar de vez a crítica a ela formulada por Habermas, Alexy reforça a assertiva de que são possíveis avaliações racionais acerca das intensidades de intervenções e graus de importância, sendo viáveis também cognições racionais no sopesamento. Ademais, quanto maior a intervenção em um direito fundamental, maior é também o seu poder de resistência e a viabilidade de cognição de diferenças graduais.

Sustenta o autor, assim, que “o grau de divergência nos casos de admissibilidade de uma discricionariedade cognitiva é, em geral, limitado e controlável”.²⁷⁹

Em relação à efetiva sustentabilidade dessa divergência, sustenta que a defesa de que sempre é exigível uma convergência entre o que é válido e o que pode ser considerado válido em virtude dos direitos fundamentais redundaria no postulado segundo o qual só se deve agir em uma situação ideal de cognição, mas isso acarretaria no pagamento de um preço muito alto, qual seja, reconhecer a incapacidade de ação do legislador.

Conforme Alexy, a possibilidade de restrição aos direitos fundamentais é parte da essência da Constituição, pois aquelas que garantem direitos fundamentais o fazem organizando ações coletivas e, ao mesmo tempo, assegurando direitos individuais.

Finaliza o autor, assim, afirmando que as discricionariedades cognitivas adicionam um limite epistêmico à restrição material, limite este requerido pela Constituição como um todo, fazendo com que, a partir daquilo que a Constituição como um todo exige, não haja nenhuma divergência. A discricionariedade cognitiva, portanto, conjuga-se com o direito fundamental, internalizando-o. Ainda que a divergência persista cravada como um espinho no princípio de direito material, tal espinho é o preço que os direitos

²⁷⁹ ALEXY, op. cit., p. 626.

fundamentais devem pagar pela sua institucionalização no mundo na forma como eles são, o que lhe traz um ganho considerável.²⁸⁰

4.3A Aplicação da Teoria de Alexy no Campo das Políticas Públicas

A teoria de Alexy, acima abordada, embora focada basicamente nos direitos fundamentais individuais, também pode ser utilizada em relação aos direitos sociais, que são aqueles que demandam uma prestação material por parte do Estado, conforme se verá adiante.

Conforme aludido no Capítulo 1 da presente dissertação, as políticas públicas são responsáveis pela implementação dos direitos sociais, sendo tais políticas resultantes de um conjunto de processos que culminam na edição de uma norma, cuja principal função é conformar e tornar exequível o direito social instituído pela Constituição.

A Constituição não detalha com exatidão os direitos sociais, mas apenas institucionaliza-os, sem definir um prazo para a concretização do direito, definindo apenas algumas diretrizes, de modo que tais direitos necessitam de providências legislativas e administrativas para serem efetivamente implementados.

Conforme Krell:

A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado “livre espaço de conformação”. Essa função legislativa seria degradada se entendida como mera função executiva da constituição. Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante às alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe principalmente aos governos e parlamentos.²⁸¹

²⁸⁰ ALEXY, op. cit., p. 627.

²⁸¹ KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 22.

A partir disso, duas situações poderão se apresentar: a) o legislador se omite na conformação da política, fazendo com que ela permaneça inexecutável; e b) o legislador, ao conformar o direito social, através da adoção de políticas públicas, restringe o direito.

Em relação à primeira hipótese, a força normativa atribuída à Constituição²⁸² obriga o legislador a adotar as medidas necessárias para a concretização do direito dentro de um prazo razoável, de modo que, em se extrapolando excessivamente o tempo transcorrido, sua omissão será inconstitucional.

No tocante à segunda situação, qual seja, quando o legislador restringe o direito ao proceder à conformação da política, necessário que se esclareça ser possível e, até mesmo, necessária a restrição de direitos, principalmente de direitos sociais, em face da existência de fatores condicionantes, como se verá a seguir.

Nessa hipótese, deverão ser observadas a adequação e a necessidade da restrição imposta pelo legislador, de maneira que em elas sendo desarrazoadas, também se configurará um comportamento inconstitucional pelo legislador.

Em ambos os casos, ou seja, em o legislador se omitindo ou impondo restrições inadequadas, o controle judicial estará legitimado.

Assim, a aplicação do esquema de Alexy sobre a discricionariedade do legislador se demonstra pertinente no campo das políticas públicas quando da análise da omissão do legislador e da adequação e da razoabilidade de eventual restrição imposta pelo mesmo ao direito social, tendo em vista os meios utilizados e os fins a serem alcançados pela norma.

Para tanto, necessário, em primeiro lugar, que se defina a moldura constitucional a que o legislador está adstrito, em face do direito social previsto na Constituição, de modo que em a restrição efetuada situando-se naquele espaço reservado ao legislador, que é o interior da moldura, não se pode afirmar que a política adotada seja inadequada ou desproporcional.

²⁸² HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

Por outro lado, pode ser que a moldura constitucional não seja de clara demonstração, não se sabendo ao certo o espaço de liberdade concedido ao legislador, hipótese em que sua decisão deverá ser respeitada, pois configurado está um caso de discricionariedade epistêmica, do qual decorre a preponderância do princípio formal da competência decisória do legislador, em detrimento do princípio material do direito fundamental.

4.4 As Bordas da Moldura Constitucional Referente ao Benefício de Prestação Continuada – BPC Instituído no Inciso V do Art. 203 da Constituição Federal de 1988

No presente tópico pretendemos verificar se ao legislador foi concedida alguma margem de discricção na conformação do Benefício de Prestação Continuada, bem como demonstrar quais os limites da moldura constitucional que delimitam eventual discricionariedade.

Por intermédio do inciso V do artigo 203 da Constituição Federal de 1988 foi instituída “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”.

Trata-se de um caso de indeterminação intencional do ato de aplicação do direito, de acordo com a classificação de Hans Kelsen²⁸³, segundo o qual o estabelecimento ou fixação de uma norma simplesmente geral opera-se sempre sob o pressuposto de que a norma individual que resulta da sua aplicação continua o processo de determinação que constitui, afinal, o sentido da seriação escalonada ou gradual das normas jurídicas.

Com efeito, no presente caso, o poder constituinte deixou ao legislador ordinário a tarefa de regulamentar um benefício constitucionalmente criado, delegando expressamente poderes ao legislador para fixar as formas de sua implementação, conforme se constata através da utilização da expressão “nos termos da lei”.

²⁸³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1976, p. 246.

O constituinte condicionou o gozo do BPC à existência de uma lei regulamentadora, o que configura, de acordo com a classificação de José Afonso da Silva²⁸⁴, um típico caso de dispositivo constitucional de eficácia limitada, de modo que, enquanto não for editada a lei exigida, referido benefício não pode ser concedido, por ter sido adotada pelo constituinte a cláusula de proteção da atividade legislativa (reserva legal)²⁸⁵.

Cláudio Pereira de Souza Neto, entretanto, ao tratar da “força normativa da constituição”²⁸⁶, ressalta que, apesar de tais normas terem eficácia limitada, não sendo passíveis de aplicação integral autônoma pelo Judiciário, sem a intermediação legislativa, já produzem uma série de efeitos, entre eles:

Em primeiro lugar, as normas de eficácia limitada passam a constituir parâmetro para a realização do controle de inconstitucionalidade por ação: todas as vezes que o legislador legisle contrariamente à diretriz estabelecida na norma programática, o Judiciário estará legitimado para declarar a nulidade do ato legislativo. Em segundo lugar, fornecem também padrões para a constatação da inconstitucionalidade por omissão: se o legislador deixar de cumprir o programa constitucional, haverá a possibilidade de o Judiciário declará-lo em mora. Além desses dois efeitos, previstos originalmente na tipologia mencionada, a doutrina mais recente tem atribuído a tais normas uma “eficácia impeditiva do retrocesso social: uma vez concretizada a norma constitucional, o legislador não mais poderia retroceder, revogando a legislação concretizadora. Com esses três efeitos, é posta em termos mais justiciáveis a “vinculação do legislador” ao programa constitucional, que é o aspecto nuclear da “teoria da constituição dirigente”.²⁸⁷

Como se percebe, ao mesmo tempo em que o poder constituinte criou o benefício a ser pago ao idoso e ao deficiente delegou a sua conformação ao legislador, tendo sido concedida a ele certa discricionariedade.

Conforme se viu anteriormente, o espaço de discricionariedade do legislador não é totalmente livre, devendo ser preenchido com atenção aos

²⁸⁴ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 116-165.

²⁸⁵ Appio, Eduardo. **Discricionariedade Política do Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 96.

²⁸⁶ SOUZA NETO, op. cit., p. 262.

²⁸⁷ SOUZA NETO, op. cit., p. 266.

limites da moldura constitucional, sendo tais limites aquilo que é permitido e proibido pelas normas constitucionais.

Necessário, portanto, que se busquem as normas constitucionais que digam respeito, de alguma forma, à concessão do Benefício de Prestação Continuada, a fim de se verificar o terreno pelo qual o legislador pode atuar.

No artigo 203 da Constituição Federal foram traçados os objetivos da assistência social, quais sejam:

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

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Identifica-se em tais objetivos a intenção de equalizar o acesso às oportunidades, bem como de enfrentar as condições de destituição de direitos, riscos sociais e pobreza. Valoriza-se a ideia de igualdade e solidariedade, sendo que a igualdade perseguida aqui não é aquela que visa tratar a todos uniformemente, mas, pelo contrário, é aquela que visa tratar das desigualdades. Para tanto, busca-se uma discriminação compensatória, a fim de garantir o mínimo essencial àqueles extremamente necessitados, que não tem condições de contribuir para a Seguridade Social, sendo desprovidos da proteção previdenciária, permitindo a eles a participação nos bens materiais distribuídos pelo Estado.²⁸⁸

A moldura constitucional do Benefício de Prestação Continuada, todavia, não se restringe à análise de referido dispositivo constitucional, pois os limites de conformação de tal benefício devem ser buscados em face de outros

²⁸⁸ VALCANOVER, Fabiano Haselof. A Constitucionalidade da Restrição Imposta pelo Artigo 20, §3, da Lei n. 8.742/1993 para o Gozo do Benefício de Prestação Continuada Frente ao Disposto no Artigo 203, Inciso V, da Constituição Federal. **Revista Direito Público**, Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, n. 18, p. 93-119, out/nov/dez/ 2007, p. 95.

dispositivos existentes na Constituição, sendo assente a necessidade de observância da unidade da Constituição.

De acordo com Canotilho:

O princípio da unidade da Constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que o Direito Constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas e, sobretudo, entre os princípios jurídicos-políticos constitucionalmente estruturantes. Como ‘ponto de orientação’, ‘guia de discussão’ e ‘factor hermenêutico de decisão’ o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão [...] existentes entre as normas constitucionais a concretizar. Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.²⁸⁹

A assistência social está inserida no Título VIII da Constituição, referente à Ordem Social, sendo, portanto, considerada um direito fundamental de segunda geração, abrangido pela categoria dos direitos sociais.

De acordo com Krell:

Os Direitos Fundamentais Sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais. São os Direitos Fundamentais do homem-social dentro de um modelo de Estado que tende cada vez mais a ser social, dando prevalência aos interesses coletivos antes que aos individuais. O Estado, mediante leis parlamentares, atos administrativos e a criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas “políticas sociais” (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.²⁹⁰

Para Canotilho tais direitos têm a sua proteção condicionada a uma série de fatores, designados por pressupostos de direitos fundamentais, entre eles “capacidade económica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento económico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa”.²⁹¹

²⁸⁹ CANOTILHO, op. cit., p. 162.

²⁹⁰ KRELL, op. cit., p. 19-20.

²⁹¹ CANOTILHO, op. cit., p. 431.

Elival da Silva Ramos sustenta que:

os direitos fundamentais sociais dependentes de prestações estatais, veiculados por norma constitucional de eficácia limitada, constituem direitos fundamentais *derivados*, entendidos como direito dos cidadãos a uma participação igual nas prestações estaduais concretizadas por lei segundo a medida das capacidades existentes.²⁹²

No caso da assistência social referido balizador é reforçado, ainda mais, pelos objetivos a serem seguidos pelo legislador, quando da organização da Seguridade Social, previstos no inciso III do parágrafo único do artigo 194 da Constituição Federal, quais sejam, a seletividade e a distributividade na prestação dos benefícios e serviços.

Sérgio Pinto Martins, aclarando o significado de tais objetivos, afirma que:

A seleção (escolha) das prestações vai ser feita de acordo com as possibilidades econômico-financeiras do sistema da seguridade social (arts. 40 e 201 da Constituição). Nem todas as pessoas terão benefícios: algumas o terão, outras não, gerando o conceito de distributividade.

(...)

Implica a escolha das necessidades que o sistema poderá proporcionar às pessoas. O legislador seleciona para poder distribuir.

A lei é que irá dispor a que pessoas os benefícios e os serviços serão estendidos. É uma escolha política.

(...)

A distributividade implica a necessidade de solidariedade para poderem ser distribuídos recursos. A ideia da distributividade também concerne à distribuição de renda, pois o sistema, de certa forma, nada mais faz do que distribuir renda. A distribuição pode ser feita aos mais necessitados, em detrimento dos menos necessitados, de acordo com a previsão legal. A distributividade tem, portanto, caráter social.²⁹³

Em relação à aplicação da seletividade e distributividade no tocante à assistência social, Fabiano Haselof Valcanover sustenta que:

Nos termos do art. 194, parágrafo único, III, da Constituição Federal, temos a previsão de que a distribuição de benefícios e serviços estatais de cunho social devem estar pautadas pelos princípios da seletividade e da distributividade.

²⁹² RAMOS, op. cit., p. 266.

²⁹³ MARTINS, op. cit., p. 56.

Os referidos princípios assistenciais são nortes que determinam, dentre outros fins, a forma de aplicação do comando constitucional estatuído no art. 203, V, da Constituição Federal, especialmente quando dispõe que o benefício de prestação continuada deve ser regulado por meio de lei ordinária, que deverá indicar os parâmetros para a constatação da miserabilidade apta a ensejar o gozo do benefício de prestação continuada.²⁹⁴

O dever de observância da seletividade e da distributividade está diretamente associada a questão da limitação dos recursos orçamentários, o que nos obriga a adentrarmos nesse ponto.

As ações de governo voltadas à assistência social, conforme o artigo 204 da Constituição Federal, deverão ser realizadas com os recursos previstos no orçamento da Seguridade Social, que são aqueles constantes do artigo 195²⁹⁵ da Carta, recursos estes a serem compartilhados com as ações da previdência social e da saúde.

Assim, os critérios estipulados pelo legislador em relação à concessão do Benefício de Prestação Continuada – BPC devem ser fixados, inevitavelmente, levando-se em conta “a formação de uma gama de necessitados a serem atendidos com o benefício de prestação continuada num

²⁹⁴ VALCANOVER, op. cit., p. 98.

²⁹⁵ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro;

II - dos trabalhadores;

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

universo de prestação assistencial social maior, para fins de viabilização do sistema como um todo”.²⁹⁶

Tal raciocínio espalha-se para outras políticas públicas, tendo sido frisado por nós em outra oportunidade²⁹⁷, que por mais que se empregue à interpretação constitucional atual aquele conceito de construção²⁹⁸, bem como, por mais que se reconheça a essencialidade dos direitos fundamentais, não podemos achar que a capacidade material do Estado é ilimitada. Com efeito, não podemos acreditar que o Estado tudo pode prover, sendo notórios os casos que demonstram o contrário, como, por exemplo, a limitação do número de leitos em hospitais públicos²⁹⁹. Não podemos nos esquecer, ainda, da insuficiência dos recursos orçamentários em si, em face da destinação prévia a eles atribuída por lei a outras necessidades indispensáveis, bem como em razão do próprio valor dos recursos, cuja fonte é limitada.

²⁹⁶ VALCANOVER, op. cit., p. 100.

²⁹⁷ BICCA, Carolina Scherer. O Papel da Jurisdição Constitucional na Implementação das Políticas Públicas de Assistência Social. O Juízo de Adequação dos Critérios Legais do Benefício de Prestação Continuada – BPC pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito Público**, Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, n. 37, p. 35-62, jan/fev 2011, p. 53.

²⁹⁸ Conforme Luis Roberto Barroso: A interpretação constitucional exige, ainda, a especificação de um outro conceito relevante, que é o da construção. Por sua natureza, uma Constituição contém predominantemente normas de princípio ou esquema, com grande caráter de abstração. Destina-se a Lei Maior a alcançar situações que não foram expressamente contempladas ou detalhadas no texto. Enquanto a interpretação, ensina Cooley, é a arte de encontrar o verdadeiro sentido de qualquer expressão, a construção significa tirar conclusões a respeito de matérias que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados. São conclusões que se colhem no espírito, embora não na letra da norma. A interpretação é limitada à exploração do texto, ao passo que a construção vai além e pode recorrer a considerações extrínsecas. BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 107-108.

²⁹⁹ Conforme Ximenes e Ribeiro: os índices apurados refletem que a crise enfrentada hoje pelo Sistema Único de Saúde reside na escassez de leitos na Unidade de Terapia Intensiva – UTI. Isto porque, 58,53% dos pedidos liminares, constantes das ações judiciais ora estudadas, pretendem a internação de paciente em leito na UTI da rede pública, o que evidencia colapso na infra-estrutura disponibilizada para atendimentos de alta complexidade. XIMENES, Júlia Maurmann; Ribeiro, Ana Cândida Eugênio Pinto Ribeiro. Efetivação dos direitos fundamentais e ativismo judicial. Uma proposta de análise empírica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, p. n. 2306, 24 out. 2009. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/13752>. Acesso em: 21/03/2011.

De acordo com Rogério Gesta Leal não podemos deixar de considerar:

outro universo de variáveis múltiplas e complexas, a saber: disponibilidade de recursos financeiros alocados preventivamente, políticas públicas integradas em planos plurianuais e em diretrizes orçamentárias, medidas legislativas ordenadoras das receitas e despesas públicas, etc. Todos estes condicionantes, por sua vez, encontram-se dispersos em diferentes atores institucionais, com competências e autonomias reguladas também pela Constituição.³⁰⁰

Ademais, conforme a doutrina de Stephen Holmes e Cass R. Sustein, todos os direitos, entre eles a liberdade dos cidadãos, direito considerado de cunho “negativo”, naquele sentido de que o Estado deve adotar uma postura abstencionista, devem ser amparados, acarretando um custo a ser suportado por todos os cidadãos, por meio da tributação.³⁰¹

Portanto, por mais que os chamados direitos “positivos” requeiram uma atuação pró-ativa por parte do Estado, bem como, ainda que se constate que as necessidades da sociedade são imensas, ainda mais naqueles países de “modernidade atrasada” como o nosso, conforme frisado por Streck³⁰², devemos levar em conta a escassez dos recursos disponíveis, pois os mesmos são voltados à garantia de vários outros direitos igualmente indispensáveis, sejam eles tanto de feição negativa quanto de cunho positivo, sendo que, nesse sentido, todos os direitos devem ser considerados “positivos”.³⁰³

O entendimento acerca da condicionalidade da prestação dos direitos sociais à disponibilidade de recursos encontra respaldo na jurisprudência constitucional alemã, para quem os direitos a prestações por parte do Estado estão sujeitos à “reserva do possível”, ou seja, aquilo que racionalmente o indivíduo pode cobrar da sociedade.

³⁰⁰ LEAL, Rogério Gesta. **Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais. Os desafios do Poder Judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 79.

³⁰¹ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: Norton & Company Ltd, 1999. Passim.

³⁰² Segundo Lenio Streck, no Brasil, em que há muitas deficiências e onde a modernidade é atrasada, o modelo ideal é aquele preconizado pela teoria substancialista, devendo o Poder Judiciário atuar positivamente na implementação dos direitos fundamentais quando os demais Poderes falham. STRECK, op. cit., p. 17-36.

³⁰³ BICCA, op. cit., p. 53.

Referida teoria estabelece um limite básico social, em que exigências acima do mesmo ficam impossibilitadas.

Nesse sentido, a Corte Constitucional alemã não acatou a tese de que o Estado teria a obrigação de criar vagas nas universidades públicas para todos os candidatos.³⁰⁴

Alguns autores criticam a aplicação de referida teoria no Brasil, alegando que as condições de vida de grande parte da população são muito ruins e a distribuição de renda é extremamente desigual, se comparadas com a situação dos países europeus.³⁰⁵

Há que se lembrar, todavia, que o Brasil, ao contrário de vários países europeus que estão passando atualmente por uma grande crise econômica e social, está em franco desenvolvimento e tem conseguido reduzir a desigualdade de renda existente no país de forma animadora, tudo em decorrência das políticas adotadas nas áreas econômicas e sociais, cujos resultados positivos foram demonstrados no Capítulo 1 da presente dissertação.

As críticas quanto à adoção do conceito da “reserva do possível” e a preocupação de que isso acarretaria um enfraquecimento dos direitos sociais não se justifica em relação a todas as políticas, pois se os recursos são eventualmente mal utilizados e distribuídos em relação a algumas áreas, o mesmo não se pode afirmar em relação à assistência social, em que, como amplamente demonstrado no começo do presente trabalho, o Estado tem investido muito e obtido resultados favoráveis.

³⁰⁴ KRELL, op. cit., p. 54.

³⁰⁵ De acordo com Andréas Krell: Os problemas de exclusão social no Brasil de hoje se apresentam numa intensidade tão grave que não podem ser comparados à situação social dos países-membros da União Européia. Pensando bem, o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de “caixas cheias” do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero; a subordinação aos “condicionantes econômicos” relativiza sua universalidade, condenando-os a serem considerados “direitos de segunda categoria”. Num país com um dos piores quadros de distribuição de renda no mundo, o conceito da “redistribuição” de recursos ganha uma dimensão completamente diferente. Assim, a discussão europeia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado. KRELL, op. cit., p. 54.

No tocante aos recursos destinados à assistência social, tem-se, ainda, a seguinte assertiva:

Nos termos do art. 204, da Constituição Federal, restou assentado que o Poder Público pautaria suas ações na área de assistência social com os recursos atinentes ao orçamento da seguridade social, ou seja, com recursos obtidos de toda a sociedade, seja de forma direta ou indireta, através de contribuições sociais (art. 195, I a IV). Aqui se localiza um limitador de suma importância para a adoção e fixação de políticas públicas de cunho assistencial, face às restrições materiais que o orçamento estatal possui, sendo suscetível à conjuntura econômica interna e externa de determinado período, bem como a fatores naturais que podem indicar a necessidade de prestação assistencial específica para determinado grupo de pessoas, em determinada situação de imperativa necessidade, como no caso de catástrofes naturais e propagação de surtos de doenças endêmicas.³⁰⁶

Conforme visto no Capítulo 1 da presente dissertação, a cobertura assistencial dos idosos no Brasil, por exemplo, é amplíssima, e, em contrapartida, as crianças e adolescentes continuam desassistidas, de modo que a ampliação do número de beneficiários do BPC, efetuada através do Poder Judiciário, acarreta a redução de políticas sociais voltadas a outros riscos sociais e a outros tipos de beneficiários.

Não podemos deixar de destacar, ainda, a determinação do constituinte no sentido da necessidade de indicação da correspondente fonte de custeio quando da criação, majoração ou extensão de benefícios ou serviços da seguridade social, de acordo com o § 5º do artigo 195 da Constituição Federal.

É claro que o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal também serve de balizador ao legislador, principalmente no caso da assistência social que é voltada ao amparo dos extremamente necessitados, de modo que a assistência social visa justamente garantir uma vida digna aos cidadãos.

³⁰⁶ VALCANOVER, op. cit., p. 103.

Referido princípio, todavia, não é o único a ser observado pelo legislador, sendo que tal tipo de norma caracteriza-se mais pela sua função integradora e pela sua pretensão de complementariedade.³⁰⁷

A própria finalidade dos princípios em geral já nos leva a essa conclusão, pois eles visam estipular valores, pautar a atividade do intérprete e integrar as diversas partes do sistema de maneira harmoniosa.³⁰⁸

Para Ingo Sarlet, diante do princípio da dignidade da pessoa humana:

impõe-se seja ressaltada a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio, na medida em que este serve de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e do restante das normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico, imprimindo-lhe, além disso, sua coerência interna.³⁰⁹

Tal assertiva serve também para outros dispositivos constitucionais que podem servir de parâmetro para a análise da adequação da política pública de assistência social, mas que, em face de seu caráter geral, devem ser interpretados conjuntamente com outros dispositivos constitucionais e não isoladamente, sendo o caso, por exemplo, daqueles objetivos fundamentais previstos no artigo 3º³¹⁰ da Constituição Federal.

Após a demonstração das normas constitucionais que devem servir de parâmetro para a análise da adequação das políticas públicas de assistência social, já podemos vislumbrar uma espécie de moldura constitucional a ser observada em relação ao Benefício de Prestação Continuada, tendo-se uma ideia daquilo que é permitido e proibido pelo constituinte, sendo que o próximo passo será procedermos à verificação da

³⁰⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2006, Passim.

³⁰⁸ BARROSO, op. cit., p. 329.

³⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 120.

³¹⁰ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

adequação do critério de renda estipulado pelo legislador no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742, de 1993.

4.5 A Adequação do Critério de Renda Previsto no § 3º do Art. 20 da Lei nº 8.742, de 1993 para o Gozo do Benefício de Prestação Continuada

Não pairam dúvidas quanto à adequação formal da restrição imposta no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742, de 1993, pois, como visto, foi o próprio constituinte que delegou ao legislador o dever de proceder à conformação do benefício, o que restou materializado pela Lei n. 8.742/1993.

A adequação material da aludida limitação é que suscita maiores indagações, havendo disparidade de entendimentos sobre a razoabilidade da decisão do legislador.

O legislador, ao definir aqueles que terão acesso ao benefício em questão optou pela adoção de um critério objetivo, qual seja, a renda familiar, cujo valor não deve ultrapassar $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo.

Com isso o legislador privilegiou aqueles que se encontram em situação de extrema pobreza, o que se coaduna com a linha seguida por diversos países no sentido de adotar a focalização na concessão dos benefícios sociais, conforme mencionado no Capítulo 1.

Há que se observar que a focalização pode gerar a impressão de que apenas uma pequena parcela da população será assistida pela assistência social, porém, devemos ter em mente que, às vezes, é necessário focalizar a concessão de benefícios a um determinado grupo para universalizar a prestação social do Estado, oportunizando a esse grupo, enquadrado em uma situação de extrema pobreza, o acesso às condições básicas de uma vida digna, igualando-os de forma compensatória aos demais cidadãos.

A regra acima tratada, em princípio, vai ao encontro do dever de observância da seletividade e distributividade na organização da Seguridade Social, nortes que, como visto, determinam, dentre outros fins, a aplicação do disposto no art. 203, V, da Constituição Federal, especialmente quando dispõe que o benefício deve ser regulado por lei ordinária, que indicará os parâmetros

para a constatação da miserabilidade para efeito da concessão do Benefício de Prestação Continuada.

Ao selecionar quem serão os beneficiários, o legislador se viu diante da necessidade de estabelecer um critério objetivo, a fim de evitar a existência de uma multiplicidade de critérios de miserabilidade a inviabilizar a concessão do benefício.

Há quem sustente que, tendo o legislador optado pelos necessitados inseridos em uma família cuja renda *per capita* não ultrapasse $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, o legislador adotou uma política assistencial de garantia do mínimo existencial, isso porque nossa Constituição dispõe que o salário mínimo deve atender às necessidades básicas e vitais do trabalhador e de sua família “com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social” (art. 7, inciso IV), de modo que o legislador adotou o salário mínimo como parâmetro.³¹¹

Por mais que se critique o montante do salário mínimo fixado, considerando-o incapaz de atender às necessidades básicas das pessoas, tal problemática deve ser tratada em outro âmbito de discussão, não sendo tal fator capaz, por si só, de afastar a opção pelo salário mínimo como parâmetro para a concessão de benefícios.³¹²

Pode-se dizer que, a fim de se garantir uma vida digna a todos, estabeleceu-se um limite consistente na existência de um “padrão mínimo social” a ser observado.

Conforme Andréas Krell, a doutrina alemã do pós-guerra, a fim de suprir a inexistência de previsão de direitos sociais na Carta de Bonn, criou a teoria que liga a prestação do “mínimo social” aos direitos fundamentais de liberdade, direito este de primeira geração³¹³.

De acordo com o autor supracitado, a Corte Constitucional alemã, utilizando como base o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida e à integridade física, e empregando uma interpretação sistemática perante o Estado Social, criou o direito a um “mínimo de existência” e

³¹¹ VALCANOVER, op. cit., p. 98.

³¹² VALCANOVER, op. cit., p. 100.

³¹³ KRELL, op. cit., p. 60.

determinou um acréscimo do valor da “ajuda social” que o Estado deve pagar aos necessitados. Desse modo, a sua jurisprudência admite a existência de um direito fundamental a um “mínimo vital”.³¹⁴

No caso do Benefício de Prestação Continuada, cujo parâmetro objetivo adotado pelo legislador fora o salário mínimo, não se pode afirmar que o legislador desrespeitou o direito a um “mínimo existencial”.

Ademais, conforme pesquisa sobre a evolução do Programa Bolsa Família e do Benefício de Prestação Continuada, constatou-se, em relação a este último, que o BPC cresceu em razão do aumento do salário mínimo, sendo que:

Desde 1994 e de forma mais acentuada, desde 2003, o SM tem crescido acima da inflação e acima da renda média. Dado que a linha de elegibilidade do BPC é um quarto de SM, o aumento do mínimo provoca um crescimento vegetativo do BPC.³¹⁵

Assim, devemos considerar que, conforme o salário mínimo aumenta, o número de beneficiários do BPC também sofre um acréscimo.

Poderia se argumentar que o § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742, de 1993, ante o seu caráter restritivo, não observou a proteção do “núcleo essencial” do direito.

A proteção do “núcleo essencial”, que restou expressamente consagrada na Constituição de alguns países, como Alemanha e Portugal, sendo em outros um postulado constitucional imanente, é voltada a impedir a realização de restrições muito severas por parte do legislador a ponto de o direito fundamental ter o seu conteúdo esvaziado, perdendo sua efetividade.

Com efeito, a fim de se evitar o esvaziamento pelo legislador dos direitos de liberdade instituiu-se uma garantia, “segundo a qual determinados

³¹⁴ KRELL, op. cit., p. 61-62.

³¹⁵ SÁTYRO; SOARES, op. cit., p. 10.

direitos concebidos como instituições jurídicas deveriam ter o mínimo de sua essência garantido constitucionalmente.”³¹⁶

Há divergência, entretanto, acerca do objeto do “núcleo essencial” a ser protegido, havendo uma posição absoluta, no sentido de que o “núcleo essencial” compreende uma unidade autônoma indene de qualquer tipo de restrição pelo legislador, e outra relativa, segundo a qual o “núcleo essencial” deve ser estabelecido caso a caso, em conformidade com a finalidade buscada pela norma restritiva, sendo que sua aferição ocorreria mediante a utilização da ponderação entre meios e fins, baseada no princípio da proporcionalidade, de modo que o “núcleo essencial” seria aquele mínimo obtido através deste processo de ponderação.³¹⁷

Ocorre que, em relação aos direitos sociais, o que deve ser protegido é a essência desses direitos, uma vez que os mesmos devem ser garantidos pelo Estado, através de prestações materiais, que serão concedidas de acordo com os meios disponíveis.³¹⁸

No tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana, há aqueles que entendem que referido fundamento da República Federativa do Brasil não restou violado em face da limitação imposta pelo art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/1993.

Nessa linha, entende-se que até mesmo referido princípio pode ser relativizado, principalmente quando se está a garantir o gozo de um direito fundamental a um grupo de indivíduos “que se insere com maior intensidade na hipótese normativa de proteção que foi conferida pelo legislador constitucional, o que indica que o núcleo essencial do direito conferido está incólume”.³¹⁹

De acordo com tal entendimento a restrição legal disposta no §3º do artigo 20 da Lei 8.742, de 1993, não pode ser considerada como violadora do núcleo essencial do direito previsto no artigo 203 da Constituição, tendo sido preservado o eixo da mencionada regra.

³¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional**, São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 41-42.

³¹⁷ MENDES, op. cit., p. 43-44.

³¹⁸ VALCANOVER, op. cit., p.101.

³¹⁹ VALCANOVER, op. cit., p.100.

Há, ainda, manifestação favorável quanto à possibilidade de análise da adequação do § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742, 1993, sob a ótica do princípio da proporcionalidade, por envolver uma relação entre os meios utilizados e os fins almejados.

Conforme referida orientação, a primeira vista, a restrição prevista no dispositivo legal supracitado poderia configurar lesão ao princípio da proporcionalidade, pois o grau utilizado pelo legislador quando da imposição de tal restrição, qual seja, o critério adotado para a aferição da miserabilidade, deixou uma gama de beneficiários de fora da prestação assistencial.

Pondera-se, todavia, que, ainda que o legislador não tenha abrangido a todos aqueles que pela adoção de outros critérios poderiam ser enquadrados como necessitados e obterem a concessão do benefício, a restrição estabelecida em relação aos beneficiários constitui um parâmetro adequado, em razão das finalidades atribuídas ao salário mínimo pela Constituição, tendo-se atendido ao elemento necessidade.³²⁰

Ademais, analisando a pertinência e a necessidade da norma constata-se que o legislador decidiu por estabelecer uma proteção estatal mínima àqueles extremamente necessitados, sendo que não podemos perder de vista a possibilidade de inviabilização da prestação assistencial como um todo, tendo em vista a existência de outro público alvo a ser igualmente atendido, como já referido anteriormente.

A observância do princípio da proporcionalidade se revela, no presente caso, diante do dever de se conciliar a necessidade do beneficiário com a possibilidade financeira de quem arca com os custos, que é limitada e deve atender a outros tipos de beneficiários e a outras áreas que também são custeadas pelo orçamento da Seguridade Social.³²¹

Ademais, em pesquisa realizada sobre a erradicação da pobreza extrema, sustentou-se que “para fins de erradicação da pobreza extrema, a

³²⁰ VALCANOVER, op. cit., p. 98.

³²¹ VALCANOVER, op. cit., p.100.

renda monetária é a única variável aceitável e que uma linha de pobreza político-administrativa é a melhor opção”.³²²

Isso porque, a definição de pobreza, em termos gerais, é relativamente simples, mas definições complementares são necessárias para lhe conferir alguma utilidade, sendo nos detalhes que reside o grande problema.

Conforme apontado no estudo acima mencionado:

Precisa-se, nada mais, nada menos, de uma medida do bem-estar individual e da definição do mínimo de bem-estar moralmente aceitável, quantificado na mesma unidade de medida. Contudo, não há consenso sobre o que é o bem-estar, sobre como medi-lo, e muito menos sobre qual é o mínimo de bem-estar moralmente aceitável.³²³

Defende-se, assim, que todas as abordagens sobre uma linha de pobreza enfrentam problemas, sendo que uma não pode ser considerada superior à outra, mas para se combater a pobreza, sua definição é essencial para distinguir os pobres dos demais cidadãos, devendo ela, ainda, ser operacional para se “diagnosticar o tamanho do problema, avaliar a adequação e a efetividade da política existente e identificar as lacunas a serem preenchidas”, de modo que ainda que “as escolhas envolvidas tenham algum grau de arbitrariedade, a operacionalidade exige certas características que, juntamente ao propósito da linha, servem de guia.”³²⁴

Em defesa da opção pela renda domiciliar per capita como indicador de bem-estar considerou-se que:

No Brasil, a opção pela renda domiciliar per capita é imperativa por possibilitar a relação entre os dados disponíveis para o monitoramento e as definições da pobreza correntes na política pública. Essa escolha é justificada também pelo fato de que, em uma sociedade de consumo moderna e majoritariamente

³²² OSORIO, Rafael Guerreiro; SOARES, Sergei Suarez Dillon; SOUZA, Pedro Herculano Guimarães Ferreira de. Erradicar a Pobreza Extrema: um Objetivo ao Alcance do Brasil. Texto para Discussão nº 1619. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**, Brasília, p. 1-58, 2011, p. 52. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1619.pdf Acesso em: 23/08/2011.

³²³ OSORIO; SOARES; SOUZA, op. cit., p. 9.

³²⁴ OSORIO; SOARES; SOUZA, op. cit., p. 13.

urbana, é por meio da renda que são obtidos os bens e serviços cujo consumo proporciona bem-estar (...).

Além disso, há copiosas evidências de que a renda está fortemente correlacionada com praticamente tudo o que pode ser considerado fonte de bem-estar em outras dimensões – como o acesso ao saneamento, à saúde, e à educação.³²⁵

Em relação à adoção de uma linha político-administrativa de pobreza extrema, em contraposição a abordagens empíricas, defende-se que:

Por baixo do verniz de ciência, muitas das decisões necessárias para se chegar às linhas usando as abordagens empíricas são fundamentadas nos valores dos pesquisadores ou de suas instituições (...).

Linhas de pobreza político-administrativas não possuem nenhum embasamento científico nem a pretensão de representar o nível de renda que permite satisfazer as necessidades biológicas: seu caráter normativo é patente. O mínimo estabelecido pela linha de pobreza administrativa é um mínimo possível, função não apenas de uma concepção consensual de pobreza, mas também do espaço fiscal e das restrições orçamentárias. No Estado de direito, as políticas e os programas são normalmente objetos de lei, que contempla também o valor da linha – necessário para dimensionar o orçamento e estabelecer metas. Assim, a probabilidade de que a linha seja discutida na esfera política pelos representantes eleitos é grande.³²⁶

A partir disso, muito embora se reconheça a pobreza como um fenômeno multidimensional, é justificável e, até mesmo, recomendável, a adoção de critérios objetivos para a implementação de programas assistenciais.

Por fim, entende-se, ainda, que a restrição legal prevista no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742, de 1993, atendeu aos requisitos de generalidade e de abstração a serem observados em regras restritivas de direitos fundamentais, fazendo parte de uma política pública voltada à focalização naqueles beneficiários considerados extremamente pobres.

Nesse sentido:

O critério objetivo de miserabilidade insculpido no art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/1993 é corolário da atenção às políticas

³²⁵ OSORIO; SOARES; SOUZA, op. cit., 14.

³²⁶ OSORIO; SOARES; SOUZA, op. cit., p. 18.

públicas vigentes, que, modernamente, podem ser identificadas como sendo aquelas ações afirmativas de feição estratégica, que almejam alcançar fins previamente fixados por metas, objetivos e princípios de cunho público.³²⁷

Por outro lado, há aqueles que defendem uma posição totalmente contrária, entendendo que o critério previsto no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742, de 1993, não atende ao princípio da razoabilidade, cuja aplicação levaria a conclusão de que outros fatores de miserabilidade deveriam ser considerados para se aferir a necessidade do benefício.³²⁸

De acordo com tal linha:

A exigência de prova da miserabilidade nos estreitos parâmetros dados pelo art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93 esvazia consideravelmente o conteúdo do art. 203, V, da Constituição da República, em clara ofensa à dignidade da pessoa humana e afronta aos objetivos consagrados pela mesma Constituição.³²⁹

Referido entendimento acerca da inadequação do critério de renda fixado pelo legislador também restou expressamente consignado em algumas decisões judiciais, conforme mencionado no Capítulo 2 da presente dissertação, como, por exemplo, o posicionamento sempre adotado pelo Ministro Marco Aurélio³³⁰ no sentido da insuficiência do critério definido pelo § 3º do art. 20 da Lei n. 8.742/93, entendendo que a política adotada pelo legislador é ineficiente.³³¹

Ademais, como visto, o fundamento utilizado na decisão proferida no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que determinou fossem deduzidas do cálculo da renda familiar as despesas com os cuidados inerentes à condição do deficiente e do idoso, foi a inobservância do princípio da razoabilidade, ao se considerar que:

³²⁷ VALCANOVER, op. cit., p. 103.

³²⁸ ROTHENBURG, Walter Claudius et. al. Assistência e Previdência Social em Conexão com os Direitos Fundamentais: Análises de Casos. In: CANOTILHO, J. J. Gomes (coordenador). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 186.

³²⁹ ROTHENBURG, Walter Claudius et. al. p. 188.

³³⁰ Reclamação 4.164/RS, Rel. Min. Marco Aurélio.

³³¹ Reclamação 4.374 MC, op. cit.

Considerando, no entanto, que o objetivo do legislador, tanto o constituinte quanto o ordinário, foi de proteção social reforçada da pessoa portadora de deficiência e do idoso, passa ao largo do princípio da razoabilidade entendimento que inclui na renda familiar – para efeito de averiguar o preenchimento de requisito à concessão de benefício em favor daqueles – valores desde já comprometidos com os cuidados inerentes a tal condição (...)³³²

Assim, em face da discrepância de entendimentos quanto à razoabilidade do critério adotado pelo legislador no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742, de 1993, pode-se concluir que as margens da moldura constitucional acerca do Benefício de Prestação Continuada não são claras o suficiente, pois não proporcionam a certeza em relação aos limites a que o legislador está jungido, ou seja, não se sabe com exatidão o que é proibido, permitido e facultado ao legislador no tocante à conformação desta política, até por que, como se viu acima, a definição de pobreza e, por decorrência, daqueles necessitados a serem abrigados pela assistência social, não é nada fácil, tendo em vista a dificuldade em se medir o bem-estar individual e em se definir o mínimo de bem-estar moralmente aceitável, o que nos faz crer que estamos diante de um caso de discricionariedade epistêmica do legislador, de acordo com a teoria de Robert Alexy.

Diante destes casos, como demonstrado no início do presente capítulo, deverá preponderar o respeito ao “princípio formal da competência decisória do legislador democraticamente legitimado”, decorrendo dele que “as decisões relevantes para a sociedade devam ser tomadas pelo legislador democraticamente legitimado”.³³³

Ademais, de acordo com o estudo abaixo:

A despeito da “acientificidade” e do caráter contingente, as linhas de pobreza administrativas são a melhor fonte para uma linha de pobreza extrema, por resultarem de um processo político que, idealmente, levou em consideração diferentes percepções e juízos sobre a pobreza, além das limitações orçamentárias. Estas linhas não agradam a todos, mas produzem alguns consensos: por exemplo, no debate político sobre o valor das linhas, frequentemente a alegação de que ele é baixo para representar a pobreza acaba produzindo um

³³² Apelação Cível nº 2003.72.00.001108-0/SC, op. cit.

³³³ ALEXY, op. cit., p. 615.

consenso sobre sua capacidade de representar a pobreza extrema.³³⁴

Portanto, como se viu, este é mais um argumento a favor da utilização da preponderância do princípio formal da competência decisória do legislador no presente caso.

4.6 Análise Crítica do Comportamento Judicial Adotado em Relação ao Critério de Renda Previsto no § 3º do Art. 20 da Lei nº 8.742, de 1993.

Em relação ao comportamento judicial adotado naquelas ações em que se discute a adequação do critério de renda de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, definido pelo legislador para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, pode-se dizer que, desde a edição da Lei nº 8.742, de 1993, até a presente data, referido critério se manteve incólume, tendo sido, inclusive, convalidado pelo Supremo Tribunal Federal através da decisão proferida na ADI 1.232 DF, mantendo-se no ordenamento jurídico até os dias atuais.

Se em tese referido dispositivo permaneceu válido, na prática, o mesmo foi desvirtuado ou, até mesmo, ignorado por alguns magistrados.

Quando do julgamento da ADI 1.232- DF pelo Supremo Tribunal Federal, entendeu-se pela adequação do critério de renda estipulado pelo legislador no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742, de 1993.

Isso porque, na linha do voto do Ministro Maurício Correia, que julgou a liminar requerida na supracitada ação, deve-se efetuar um balanceamento entre os interesses envolvidos, quais sejam: o interesse individual e o interesse público.

Considerou-se, ainda, que a lei, bem ou mal, atendeu seu papel de conformadora da política em questão, não havendo omissão por parte do legislador, que cumpriu com seu papel, fazendo com que o benefício previsto constitucionalmente pudesse ser usufruído pelos mais necessitados.

³³⁴ OSORIO; SOARES; SOUZA, op. cit., p. 18.

Nessa linha, pode-se dizer que tal critério, seja bom ou ruim, encontra-se dentro daquele espaço de conformação permitido ao legislador, não tendo o mesmo ultrapassado o limite de sua discricionariedade.

Ademais, na esteira do entendimento do Ministro Nelson Jobim, que divergiu do Relator no julgamento do mérito da ação mencionada, e capitaneou a decisão que por ele acabou sendo redigida, preponderou no Supremo Tribunal Federal a visão de que cabe ao legislador efetuar a conformação da política pública em questão, cabendo ao mesmo estabelecer o critério de miserabilidade a ser observado, ou seja, somente o legislador detém a competência para definir a política nos limites da Constituição.

Como visto no Capítulo 2, ficou estabelecido, quando do julgamento da ADI 1.232-1/DF, que, de acordo com o texto constitucional, a definição da política pública em tela foi atribuída ao legislador, pois a regulamentação foi submetida à “reserva legal”. Assim, o legislador, ao regulamentar a norma constitucional, tornou o direito passível de ser usufruído, conforme os critérios por ele escolhidos, em face das necessidades dos beneficiários e das possibilidades orçamentárias existentes, cabendo somente ao legislador a fixação de novos critérios.

Mesmo naqueles votos proferidos no âmbito da ADI 1.232-1/DF, como o do Ministro Sepúlveda Pertence, em que se reconhece a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal verificar a existência de omissão por parte do legislador no tocante à estipulação de outros meios de comprovação da miserabilidade, se verifica o reconhecimento de que compete ao legislador efetuar a conformação da política, cabendo ao Judiciário tão somente verificar se houve omissão no cumprimento do dever institucional do legislador, mas não estipular o critério que o mesmo considera razoável.

Em suma, àquela época, decidiu-se, pela adequação da lei na conformação do Benefício de Prestação Continuada, tendo sido aceita a hipótese de que o interior da moldura constitucional que limita a regulamentação de tal benefício foi preenchido de forma aceitável pelo legislador, sem que se extrapolassem suas bordas, sendo que o legislador não usurpou de seus poderes discricionários, tendo optado pela adoção de uma

hipótese objetiva para efeito de comprovação da impossibilidade de o idoso ou de o deficiente proverem seu sustento.

Posteriormente a tal julgado, todavia, o Superior Tribunal de Justiça continuou adotando uma posição no sentido de não declarar expressamente que o critério de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, estipulado pelo legislador, é inadequado, até porque nem poderia em razão do efeito vinculante da decisão do Supremo na ADI 1232-DF, contornando a questão da inconstitucionalidade, porém, com o emprego da interpretação de que o critério eleito pelo legislador não é o único a ser observado para efeito de comprovação da miserabilidade, sendo crível que o julgador faça uso de outros meios para detectar a necessidade do requerente, ou seja, por meio desta posição a discricionariedade do legislador acaba por ser substituída pela discricionariedade do juiz, não se atentando para o princípio formal da competência do legislador.

Na verdade, detecta-se uma dupla inobservância por parte de referido Tribunal, pois além de não se acatar a opção do legislador democraticamente legitimado e com poderes de regulação delegados pela própria Constituição, não se respeitou, ainda, na prática, o efeito vinculante da decisão proferida pelo STF na ADI 1232-1/DF.

Em um determinado momento, algumas decisões adotadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal em sede de Reclamações ajuizadas pelo INSS, como aquela proferida pela Ministra Ellen Gracie na Reclamação 2.303-6 – RS, buscou-se preservar o que foi decidido na ADI 1.232-1/DF, reconhecendo-se que as decisões recorridas estavam, na verdade, adotando o entendimento fixado no voto vencido daquela ação, indo de encontro ao entendimento final do Supremo sobre o assunto, que considerou ter o legislador eleito um critério objetivo, cuja constitucionalidade foi reconhecida.

Tentou-se, por um instante, suscitarem-se novas indagações como, por exemplo, aquela trazida pelo Ministro Carlos Ayres Britto no bojo da Reclamação supracitada, segundo a qual a conformação da política de concessão do BPC deve ser efetuada na análise do caso concreto, pois a Constituição já estabeleceu quem deve ser socialmente “assistível”, ou seja, o

idoso ou deficiente que não possuam meios de prover a própria subsistência ou de tê-la provida por sua família, sendo que a “reserva legal” constante na Constituição deve-se limitar à estipulação da forma de comprovação da necessidade.

Tal posição, todavia, levaria a uma total indefinição da política pública de concessão do BPC, causando uma grande desorganização e inviabilizando o planejamento da política e a instituição de metas, chegando-se, ainda, a um quadro de total insegurança jurídica e de total descontrole das verbas orçamentárias para cobrir as despesas decorrentes.

Mas como se viu, o entendimento supramencionado de referido Ministro não preponderou, tendo-se mantido o posicionamento até então adotado pelo Supremo Tribunal Federal, o que foi efetuado, da mesma forma, no julgamento da Reclamação 2.323-1 PR, de Relatoria do Ministro Eros Grau, entre outras decisões.

Como visto no Capítulo 2 da presente dissertação, todavia, algumas decisões proferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, com o tempo, passaram a entender de modo diverso, com base em diferentes fundamentos, seja aquele de que legislações posteriores, que criaram outros benefícios, ampliaram o critério de renda a ser considerado como indicativo da miserabilidade, devendo estender-se tal critério ao BPC, seja o de que o critério de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo é ineficiente e rigoroso demais, deixando uma gama de beneficiários desamparados, o que levou o Supremo Tribunal Federal a defender a tese de que se pode ir além do critério objetivo definido pelo legislador quando, na análise do caso concreto, se detectar o estado de miserabilidade.

Entendemos que tal postura acaba por desconsiderar a opção do legislador na conformação da política, o que não se justifica, principalmente em relação a essa área da assistência social, em que os parâmetros para se definir “pobreza” e “necessitados” são indefinidos, havendo inúmeras abordagens a serem consideradas, mas nenhuma delas sendo superior a outra, conforme acima mencionado, o que demonstra que o Judiciário pretende

impor a sua noção de pobreza em detrimento da concepção dos demais poderes.

Canotilho também critica tal postura, taxando de “ativista” a “opção pelos pobres” na ciência do direito e na atividade jurisprudencial.

Conforme o autor:

Partindo da verificação de que os poderes políticos competentes para a dinamização de políticas públicas de solidariedade e de socialidade permanecem indiferentes ou actuam em manifesta desconformidade com os princípios de justiça, constitucionalmente plasmados, a magistratura judicial assume a sua *accountability* e a sua *responsiveness* para com os pobres ousando proferir sentenças de inequívoca conformação político-social. Temos manifestado as mais sérias reticências a esse activismo, por mais nobre que seja a sua intencionalidade solidária. Além de se limitarem a sentenças casuísticas, falta-lhes legitimidade para a apreciação político-judicial das desconformidades constitucionais das políticas públicas. Neste contexto, parecem-nos mais politicamente eficazes as manifestações públicas de “cidadãos difíceis” contra as políticas da saúde ou contra as políticas ambientais do que o sistemático recurso ao Poder Judiciário. Compreendemos a angústia do cidadão brasileiro que consegue chegar aos Tribunais, incluindo o Supremo Tribunal Federal, reclamando “o mandado judicial para fornecimento de ‘Viagra’ em nome da dignidade da pessoa humana”, mas, por enquanto, a prudência jurisprudencial não tem legitimidade para se transformar em instância compensadora de disfunções humanas e sociais, como se de órgãos politicamente responsáveis se tratasse. Mais uma vez, as normas jurídicas não são declarações de amor.³³⁵

O Poder Judiciário, com tal postura, acaba desvirtuando a política em questão, mudando o foco da assistência social, gerando, ainda, um grande impacto orçamentário, na medida em que aumenta excessivamente o número de seus beneficiários, e uma desorganização na condução da política, pois não se pode prever o impacto causado pelas próximas decisões judiciais dessa natureza.

Não podemos perder de vista que, muitas vezes, diante da inexistência de recursos para o atendimento de todas as demandas existentes, o administrador e o legislador se vêm obrigados a tomar decisões trágicas,

³³⁵ CANOTILHO, op. cit., p. 35.

optando por uma gama restrita de beneficiários a ser protegida, já que outras necessidades carecem igualmente de atendimento.

No tocante àquelas decisões segundo as quais os critérios de renda estipulados por leis diversas da do BPC podem ser a ele estendidos, não se atendo às peculiaridades de cada benefício, entendemos que as mesmas acabam gerando uma distorção, tendo em vista que cada política possui suas próprias características, com objetivos e beneficiários distintos, e com possibilidades orçamentárias diversas.

Tal solução adotada pelo Judiciário, a pretexto da adoção de uma interpretação sistemática, acaba por, no final das contas, invadir a esfera de competência do legislador e prejudicando a consecução da política pública como um todo.

Não podemos aplicar os mesmos critérios de uma legislação específica, criada para regular um determinado benefício, com todas as suas especificidades e nuances, para a concessão de outro benefício, cujos beneficiários e objetivos são totalmente diversos.

Entretanto, como se demonstrou, algumas decisões consideraram superado o § 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742, de 1993, que trata do critério de renda do BPC, passando a utilizar como parâmetro o critério de renda definido para efeito de concessão do benefício pago pelo Programa Bolsa Família ($\frac{1}{2}$ salário mínimo), criado, posteriormente, através da Lei n. 10.836, de 2004, sem levarem em conta a diferença entre os benefícios em questão.

Apenas para lembrar, conforme amplamente consignado no primeiro capítulo da presente dissertação, o BPC é destinado aos idosos e aos deficientes, cujas características pessoais os tornam pessoas extremamente vulneráveis, situação essa agravada pela pobreza, de modo que o valor do benefício pago a essas pessoas deve ser maior que aquele pago a beneficiários de outros programas e efetivamente o é, pois seu valor corresponde a um salário mínimo enquanto o dos demais programas é bem inferior.

Os titulares dos benefícios concedidos em outros programas assistenciais, entre eles o Programa Bolsa Família, são diversos daqueles

beneficiários do BPC e as suas necessidades não são tão acentuadas quanto às do idoso e do deficiente, tendo o legislador, nesses casos, cuja carência é mais branda, o objetivo de abarcar um número maior de beneficiários, o que é mais viável do ponto de vista orçamentário por que o valor do benefício pago é bem menor, motivo pelo qual a respectiva lei adota critérios mais elásticos.

Há que se atentar para o fato de que essas questões são levadas em conta pelo legislador quando da conformação das políticas públicas, sendo que o Poder Judiciário, com suas decisões voltadas basicamente a proteger o direito nos casos individuais que lhe são submetidos, acaba por subverter a política pública em si, com o comprometimento dos seus objetivos.

No que se refere àquelas decisões que afastam o critério definido pelo legislador no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742, de 1993, baseadas apenas no princípio da dignidade da pessoa humana e em alguns objetivos gerais da República Federativa do Brasil traçados pela Constituição, verifica-se que não se interpreta o direito ao benefício em questão conjuntamente com outros dispositivos constitucionais, entre os quais aqueles atinentes aos objetivos específicos da Seguridade Social, como o dever de observância da seletividade e da distributividade na sua organização, e aqueles referentes ao orçamento próprio da Seguridade Social.

Como se viu no Capítulo 2, algumas decisões judiciais adotam como limites da moldura constitucional no presente caso apenas o princípio da dignidade da pessoa humana, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, e a garantia da jurisdição.

Tais limites, entretanto, são extremamente genéricos para serem considerados isoladamente na conformação de uma política pública, pois diante de qualquer restrição que o legislador efetuar em determinada política poder-se-á argumentar no sentido de que tais limites foram violados, ante a falta de precisão dos seus conceitos, devendo os mesmos ser utilizados preponderantemente de forma a conciliar os dispositivos constitucionais aplicáveis, mas não decisivamente e unicamente para detectar se a restrição a determinado direito é razoável.

Conforme visto no Capítulo 2, ainda, em relação às decisões judiciais que consideram o critério de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo insuficiente e a política adotada ineficiente, não se encontra no corpo das decisões, a realização do sopesamento entre os meios utilizados pelo legislador e os fins a serem alcançados nos termos da Constituição, que é justamente o que o Judiciário, analisando a necessidade e a adequação da medida, deveria fazer para lançar mão de parâmetros racionais de decisão.

Da forma como algumas decisões são tomadas, apenas se considera tal política ineficiente sem que se fundamente tal conclusão de modo racional.

Se o Poder Judiciário pretende fazer a “opção pelos pobres”, na linha de Canotilho, deveria, ao menos, partir de estudos especializados e exaustivos sobre a questão e fundamentar suas decisões racionalmente, superando aquela debilidade denominada por Capelleti de “incompetência institucional” da magistratura.³³⁶

Com efeito, não se analisa com cuidado a questão da adequação da política do BPC, talvez por não se saber ao certo quais os limites a que o legislador está adstrito ao proceder à conformação de tal benefício, mas também não se respeita a opção do legislador, indo-se de encontro à teoria de Alexy segundo a qual naqueles casos de discricionariedade epistêmica do legislador deve-se respeitar a sua opção em respeito ao princípio formal da separação dos poderes.

No tocante às decisões recentemente adotadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal que concluíram que o critério estipulado no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742, de 1993, é insuficiente, em face dos vários casos concretos que têm sido decididos pelo Judiciário afora, apesar de mais palpáveis, por se utilizarem do conhecimento empírico adquirido pelos juízes e Tribunais de todo o país, incide o mesmo problema da desconsideração da conformação da política pelo legislador, que é efetuada com uma visão macro e não em relação a cada indivíduo considerado isoladamente.

³³⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 86-87.

É claro que a restrição imposta pelo legislador faz com que inúmeros casos sejam submetidos ao Poder Judiciário, pois ela restringe o número de beneficiários, mas aí concluir-se que o critério de $\frac{1}{4}$ (um quarto) de salário mínimo é ineficiente não nos parece adequado, lembrando-se que tal política tem sido plenamente exitosa em relação aos extremamente pobres, que é o público alvo da focalização de tal política, conforme demonstrado no Capítulo 1 da presente dissertação.

Ademais, não podemos deixar de considerar que o Estado não tem condições de atender a todas as faixas de necessitados do país, em razão da limitação de recursos e da existência de outras necessidades prementes a serem atendidas.

Tal tipo de decisão pauta-se nos casos individuais que chegam ao Judiciário e não na política pública como um todo e nos resultados por ela alcançados.

Conforme já mencionado no Capítulo 1, em relação aos idosos, por exemplo, foi constatado que a sua situação social vem melhorando progressivamente, sendo que quase não se vê mendigos idosos andando pelas ruas, o que demonstra a melhora na situação fática desses beneficiários e a eficiência da política pública em questão em relação a tais beneficiários.

Assim, o Poder Judiciário, por si próprio, está definindo tal política, utilizando-se de outros critérios, além do critério de renda definido pelo legislador no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742, de 1993, fazendo-o com base nos casos concretos que lhe são submetidos, ao invés de realizar uma análise contextualizada e global da situação dos idosos e deficientes no país, ampliando, com isso, o número de beneficiários a ser suportado por tal política, e fazendo com que outros necessitados deixem de ser assistidos.

Ao se analisar a política pública de assistência social como um todo, de acordo com as conclusões do primeiro capítulo da presente dissertação, constata-se que a inclusão da assistência social na Constituição Federal de 1988 e as medidas adotadas pelo Estado, desde então, causaram um impacto positivo na sociedade brasileira, reduzindo significativamente a desigualdade

de renda no país e melhorando as condições de vida de inúmeras pessoas, entre elas os idosos e deficientes físicos.

Não se pode afirmar que o Estado vem se omitindo em relação à assistência social, sendo sua atuação positiva e efetiva em tal setor, conforme antes demonstrado, não cabendo, ainda, a alegação de “falência do Estado” em tal área, como pode eventualmente estar acontecendo em relação a outras políticas públicas, sendo que a evolução da política em si deveria ser alvo de consideração pelo Judiciário, ao invés de se preocupar apenas com o direito individual de cada cidadão, pois afinal a assistência social é um direito social, cuja configuração e nuances foram abordadas no início deste Capítulo.

4.7 Conclusão

Em face de todo o exposto, concluímos que a postura adotada pelo Poder Judiciário naquelas ações em que se questiona o critério de renda de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo previsto no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742, de 1993, se encaixa em nosso conceito de “ativismo” apresentado no Capítulo 3 da presente dissertação.

Os dispositivos constitucionais que devem ser observados na conformação do Benefício de Prestação Continuada permitem que se tenha uma noção daquilo que é proibido e permitido pela Constituição em relação à tal benefício, de modo que, ao partirmos para a análise da adequação da restrição prevista pelo legislador no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742, de 1993, podemos assentir que a mesma não transbordou tais limites, pois o legislador respeitou a garantia de um “mínimo existencial” e, ao mesmo tempo, cumpriu com seu dever de observância da seletividade e da distributividade na concessão do benefício.

Ademais, conforme mencionado acima, restou claro que a opção pelo critério de renda *per capita* familiar é o mais adequado para o Brasil, tendo sido apontada, ainda, a vantagem na adoção de uma linha político-administrativa na fixação dos critérios para programas assistenciais.

Ao considerarmos que o tipo de discricionariedade que se apresenta no presente caso ao legislador é a de tipo estrutural e ao entendermos que a restrição legal é adequada em face dos meios utilizados e dos fins a serem

alcançados pela norma, fica claro que o Poder Judiciário está sendo “ativista”, na medida em que não está respeitando a discricionariedade do legislador na conformação da política pública em questão, desconsiderando a lei cuja elaboração pautou-se em critério razoável e permitido pela Constituição, alterando a política mediante a utilização de critério que o magistrado, na sua ótica, considera adequado.

Como há divergências quanto à adequação do critério de renda estipulado legalmente para fins de concessão do BPC, divergência esta causada pela própria indefinição de “pobreza”, pode-se entender que as margens da moldura constitucional não estão muito claras em relação a tal direito. Não há, assim, possibilidade de se saber com exatidão aquilo que é permitido e proibido pela Constituição em relação a referido benefício, hipótese em que se configura a discricionariedade de tipo epistêmico, sendo que, nesse caso, o Judiciário também está sendo “ativista”, pois não está respeitando a regra de competência consubstanciada no princípio formal da competência do legislador democraticamente legitimado.

Assim, constata-se que o Poder Judiciário, nesse caso, está ultrapassando os limites existentes em relação à judicialização da política, adotando uma postura “ativista”, lembrando que nosso conceito de “ativismo” apresenta uma conotação negativa, devendo, portanto, tal comportamento judicial ser condenado.

CONCLUSÃO

Ainda que a política pública de assistência social tenha demorado para ser implementada no Brasil, atualmente, referida política está consolidada e tem alcançado bons resultados no tocante à redução da miséria no país e à promoção do crescimento econômico, sem perder de vista a necessidade de melhorias, principalmente em relação a adoção de políticas voltadas à promoção social.

Se em outros setores o Estado vem atuando, eventualmente, aquém do esperado, não arcando com o compromisso constitucional de efetivar certos direitos sociais indispensáveis à condição de cidadão, em relação à assistência social sua atuação tem sido intensa, com destaque para a concessão do Benefício de Prestação Continuada - BPC e do Bolsa-Família, tendo se alcançado resultados satisfatórios.

No tocante à concessão do Benefício de Prestação Continuada, referida política vem sofrendo uma forte intervenção por parte do Poder Judiciário, que acaba por alterar a política pública em questão, na medida em que o critério de renda estipulado pelo legislador para efeito de concessão do BPC não é o único a servir de parâmetro pelo Poder Judiciário, que, sem se ater aos recursos orçamentários disponíveis e aos resultados gerais e positivos obtidos por tal política, levando em conta apenas os casos concretos que lhe são submetidos, utiliza-se de outros critérios de miserabilidade, extrapolando a lei.

A expressão “ativismo judicial”, embora não tenha uma definição clara quanto ao seu significado, vem sendo muito utilizada nas análises do comportamento judicial efetuadas por diferentes setores. O que se verifica é que o “ativismo judicial” tornou-se um rótulo a ser utilizado para criticar o comportamento judicial adotado por uma Corte ou uma decisão judicial específica, sendo que há poucas associações benéficas a tal fenômeno. Em face da amplitude de significados, referida expressão poderá ser desconsiderada, o que deve ser evitado em face da importância de se fazerem

análises críticas em relação à atuação dos Poderes da República, pois, afinal, vivemos em um regime democrático.

Nos Estados Unidos, onde a expressão foi criada, a abrangência do termo pode ser atribuída, de alguma maneira, ao sistema de direito por eles adotado, o *common law*, no qual a jurisprudência é considerada fonte de direito, o que dificulta a delimitação do “ativismo” à usurpação da competência do legislador, ao contrário do Brasil, em que o “ativismo” geralmente é associado à intervenção indevida do Judiciário nas competências do Poder Legislativo.

Apesar dessa associação, no Brasil, não existem muitos estudos sobre o tema, sendo que a doutrina limita-se a caracterizar o “ativismo” como a usurpação pelo Judiciário da função do legislador, sem, entretanto, demonstrar quando essa invasão ocorre. Visando contornar esse problema, adotamos uma definição própria de “ativismo”, utilizando-se da doutrina de Robert Alexy no tocante às margens de discricionariedade do legislador, delimitadas na própria Constituição através da fixação de uma moldura, de modo que em o legislador respeitando tais limites sua atuação fica indene de críticas pelo Judiciário, impossibilitando a invalidação da legislação e a fixação de outros critérios que o juiz entenda cabíveis.

Aplicando-se referida teoria para o campo das políticas públicas, passamos a considerar que o “ativismo judicial” ocorre quando há o desrespeito à discricionariedade do legislador na conformação da política pública, invalidando-se a legislação regulamentadora cuja elaboração pautou-se em critérios razoáveis e permitidos pela Constituição, alterando-se substancialmente a política através da utilização dos critérios próprios do juiz.

A postura adotada pelo Poder Judiciário naquelas ações em que se questiona o critério de renda de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo previsto no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742, de 1993, se encaixa em nosso conceito de “ativismo”. A partir da análise dos dispositivos constitucionais que devem ser observados na conformação do Benefício de Prestação Continuada não se pode afirmar conclusivamente que o critério de renda de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo é inadequado e desarrazoado, de modo que a legislação que o

fixou não extrapolou os limites a que o legislador estava jungido, tendo o mesmo observado a garantia de um “mínimo existencial” e os princípios da seletividade e da distributividade na concessão do benefício. Ademais, entende-se que a opção pelo critério de renda *per capita* familiar é o mais adequado para o Brasil, sendo vantajosa a adoção de uma linha político-administrativa na fixação dos critérios para programas assistenciais.

Diante disso, fica claro que o Poder Judiciário está sendo “ativista”, na medida em que não está respeitando a discricionariedade do legislador na conformação da política pública em questão, desconsiderando a lei cuja elaboração pautou-se em critério razoável e permitido pela Constituição, alterando a política mediante a utilização de critérios que o magistrado, na sua ótica, considera adequados.

Como há divergências quanto à adequação do critério de renda estipulado legalmente para fins de concessão do BPC, divergência esta causada pela própria indefinição de “pobreza”, pode-se entender que as margens da moldura constitucional atinentes ao BPC não estão muito claras em relação a tal benefício, não havendo possibilidade de se saber com exatidão aquilo que é permitido e proibido pela Constituição, hipótese em que se configura a discricionariedade de tipo epistêmico, de modo que o Judiciário está sendo “ativista”, pois não está respeitando a regra de competência consubstanciada no princípio formal da competência do legislador democraticamente legitimado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag (2006). São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

APPIO, Eduardo. **Discricionariedade Política do Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2008.

———. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2009.

ÀVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação Constitucional**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

———. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BICCA, Carolina Scherer. O Papel da Jurisdição Constitucional na Implementação das Políticas Públicas de Assistência Social. O Juízo de Adequação dos Critérios Legais do Benefício de Prestação Continuada – BPC pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito Público**, Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, n. 37, p. 35-62, jan/fev 2011.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, in Ernst-Wolfgang Böckenförde, **Staat, Verfassung, Demokratie**, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial**. Trabalho não publicado. Texto apresentado para discussão no Grupo de Estudos Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais – IDP no ano de 2011.

———. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, Série IDP, 2009.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Comunicados do Ipea n. 75. **Gastos com a Política Social: alavanca para o crescimento com distribuição de renda**. p. 1-16, 2011, p. 12. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110203_comunicadoipea75.pdf. Acesso em: 5/02/2011.

BRASIL. Advocacia-Geral da União – AGU. **Súmula nº 30**, de 9/06/2008 Disponível em:

<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=28330>. Acesso em: 24/10/2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organizada e atualizada por Cerdônio Quadros e Marcello Rodrigues Palmieri. 26 ed. julho/2007. São Paulo: NDJ, 2007.

BRASIL. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Publicada no DOU de 25.7.91 e Republicada em 11.4.96 e 14.8.98.

BRASIL. Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Publicada no DOU de 11.2.1993.

BRASIL. Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Publicada no DOU de 7.12.93.

BRASIL. Lei n. 9.533, de 10 de dezembro de 1997. Autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. Publicada no DOU de 11.12.97.

BRASIL. Lei n. 10.291, 27 de setembro de 2001. Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor da Presidência da República e do Ministério dos Transportes, crédito especial no valor global de R\$ 8.145.000,00, para os fins que especifica. Publicada no DOU de 28.9.2001.

BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Publicada no DOU de 3.10.2003.

BRASIL. Lei n. 10.835, de 8 de janeiro de 2004. Institui a renda básica de cidadania e dá outras providências. Publicada no DOU de 9.1.2004.

BRASIL. Lei n. 10.836, de 9 de janeiro de 2004. Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências. Publicada no DOU de 12.1.2004.

BRASIL. Decreto n 5.209, de 17 de setembro de 2004. Regulamenta a Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004, que cria o Programa Bolsa Família, e dá outras providências. Publicado no DOU de 20.9.2004.

BRASIL. Decreto Legislativo n 186, de 09 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Publicado no DOU de 10.07.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1232-1 MC DF, Relator Ministro Maurício Correia, Requerente: Procurador-Geral da República, Requerido Presidente da República, p. 76-82, D.J. 26.05.95. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346917>,
Acesso em: 20/09/ 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1232-1 DF, Relator originário Ministro Ilmar Galvão, Relator para o Acórdão Ministro Nelson Jobim, Requerente: Procurador-Geral da República, Requerido Presidente da República, p. 95-106, D.J. 1/06/2006, Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451>
Acesso em: 16/6/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 432465/SP, Ministro Sepúlveda Pertence, Reclamante: Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, Reclamado: Clarice gomes Zacharias. DJU 14-10-2004. Texto sem formatação. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=198&dataPublicacaoDj=14/10/2004&incidente=2242409&codCapitulo=6&numMateria=153&codMateria=3>. Acesso em: 20/07/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. na Reclamação 2.303-6/RS, Relator Ministra Ellen Gracie, Agravante: Patrícia Costa Diogo, Agravado: INSS, p. 110-138, D.J. 01.04.2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%282303%2EENUME%2E+OU+2303%2EACMS%2E%29+%28%28ELLEN+GRACIE%29%2ENORL%2E+OU+%28ELLEN+GRACIE%29%2ENORV%2E+OU+%28ELLEN+GRACIE%29%2ENORA%2E+OU+%28ELLEN+GRACIE%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 17/06/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3.105/DF, Relatora originária Ministra Ellen Gracie, Relator para o acórdão Ministro Cezar Peluso, Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, Requerido: Congresso Nacional, p. 123-449, D.J. de 18.02.05, p. 123. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>.
Acesso em: 13/10/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 3890, Ministro Joaquim Barbosa, Reclamante: INSS, Reclamado: Juiz Federal da 8ª Vara Federal de Mossoró, DJ 04/11/2005, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=212&dataPublicacaoDj=04/11/2005&incidente=3711230&codCapitulo=6&numMateria=166&codMateria=2>. Acessado em: 20/07/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 2.323-1, Relator Ministro Eros Grau, Reclamante: União, Reclamado Juiz Federal da 2ª Vara de Londrina da Seção Judiciária do Estado do Paraná, p. 302-310. D.J. 20.05.2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365584>
Acessado em: 17/06/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. na Reclamação 3.805-0 SP, Relatora Ministra Carmem Lúcia, Agravante: INSS, Agravado: Juiz de Direito da 3ª Vara da Comarca de Jaboticabal, D.J. 21/08/2009, p. 263-269. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601143>
Acesso em: 17/06/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4374 MC/PE, Relator Ministro Gilmar Mendes, Reclamante: INSS, Reclamado: Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado de Pernambuco, Texto sem formatação. D. J. 06/02/2007. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%284374%2ENUME%2E+OU+4374%2EDMS%2E%29%28%28GILMAR+MENDES%29%2ENORL%2E+OU+%28GILMAR+MENDES%29%2ENPRO%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 17/06/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277/DF, Tribunal Pleno, Relator Celso de Mello, D.J. 5.05.2011. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/58914709/ADI-4277-Ministro-Celso-de-Mello> Acesso em: 20/09/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26915 MC / DF - Relator original Ministra Ellen Gracie, substituição do Relator para o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, Impetrante: Carlos Fernando Coruja Agustini e Outro (a/s), Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados, D.J. 16/10/2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2826915%2ENUME%2E+OU+26915%2EDMS%2E%29%28%28GILMAR+MENDES%29%2ENORL%2E+OU+%28GILMAR+MENDES%29%2ENPRO%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 20/09/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 397.943 – SP, Recorrente: INSS, Recorrido: Luzimar Gomes da Silva, Relator Ministro Felix Fischer, p. 1-9. D.J. 18/03/2002. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200101926621&dt_publicacao=18/03/2002 Acesso em: 17/6/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso Especial nº 529.928 – SP, Agravante: INSS, Agravado: Orlando Jacinto, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, p. 1-5. D.J. 03/04/2006. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300729020&dt_publicacao=03/04/2006 Acesso em: 17/06/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RE nº 868.600/SP Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Recorrente: Angelina Ribeiro Thomaz, Recorrido INSS, p. 1-7. D.J. 26/03/2007, p. 5. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200601555503&dt_publicacao=26/03/2007 Acesso em: 17/06/2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4 Região. Apelação Cível nº 2003.72.00.001108-0/SC, Apelante: INSS e União Federal, Apelado: Ministério Público Federal, Juiz Federal Relator José Francisco Andreotti Spizzirri, D.E. 13/01/2010. Disponível em: http://www.trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4 Acesso em: 17/07/2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari (organizadora). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANON, Bradley C. Defining the Dimensions of Judicial Activism, **Judicature**, s.l, Volume 66, n.6, 1983, p. 237-247.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes et. al. **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARDOSO, Luzia Magalhães, et. al. **Proteção Social no Brasil: O Impasse entre Garantia de Direitos e a Visão de Benefícios**. Disponível em: http://www.unisuam.edu.br/augustus/pdf/ed24/rev_augustus_ed_24_08.pdf Acesso em: 10/01/2011.

COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 35, p. 39-48, abr/jun. 1998.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

— . **A Virtude Soberana**. Trad. Jussara Simões. A teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

— . **Levando os Direitos a Sério**. 3 ed. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. O Judiciário Frente à Divisão dos Poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, São Paulo, n. 21, p. 12-21, 1994.

FLEURY, Sonia. Por uma Sociedade sem Excluídos (as). **Observatório da Cidadania**, s.l., p. 76-80, 2007.

FREITAS FILHO, Roberto; Casagrande, José Renato. Globalização, separação de poderes e tempo legiferante. In: Bruno DANTAS, Eliane CRUXÊN, Fernando SANTOS, Gustavo Ponce de Leon LAGO. (Org.). **Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois. O Exercício da Política - Volume II**. Brasília: Instituto Legislativo Brasileiro, 2008, v. III, p. 425-448.

GONÇALVES, Alcindo. Políticas Públicas e a ciência política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (organizadora). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 75-96.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a interpretação/Aplicação do Direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. **Emory Law Journal**, s.l., Vol. 58, p. 1196- 1263, 2009, p. 1198.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HABERMAS, Jürgen, **Faktizität und Geltung**, 4 ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

— . Replik auf Beiträge zu einem Symposion der Cardozo Law School, in Jürgen Habermas, **Die Einbeziehung des Anderen**, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: Norton & Company Ltd, 1999.

KELSEN, Hans, **Teoria Pura do Direito**. 4 ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1976.

— . **Quem deve ser o guardião da Constituição? Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

JACCOUD, Luciana. Pobres, Pobreza e Cidadania: Os desafios recentes da Proteção Social. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**, Brasília, Série Seguridade Social. Texto para Discussão 1372. p. 1-26, 2009. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1372.pdf Acesso em: 12/01/2011.

JACCOUD, Luciana; HADJAB, Patricia Dario El-Moor; CHAIBUB, Juliana Rochet. Assistência Social e Segurança Alimentar: Entre Novas Trajetórias, Velhas Agendas e Recentes Desafios (1998-2008) In: **Políticas Sociais: acompanhamento e análise. Vinte anos da Constituição**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. n. 17, Volume 1, p. 175-250, 2010.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LAVINAS, Lena; CAVALCANTI, André. O Legado da Constituição de 1988: É Possível Incluir sem Universalizar? **CESIT Carta Social e do Trabalho**, Unicamp, n. 7, p. 248-291, set/dez 2007.

LAVINAS, Lena. Inclusão e progressividade: os desafios da Seguridade Social brasileira. In: Tonelli Vaz, F.; Musse, J.; Santos, R.F. (Org.). **20 anos de Constituição Cidadã: avaliação e desafios da Seguridade Social**. Brasília: ANFIP, 2008.

LEAL, Rogerio Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006, p. 157-196.

— . **Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais. Os desafios do Poder Judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. **Measuring Judicial Activism**. New York: Oxford University Press, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 31 ed., São Paulo: Atlas, 2011.

MKANDAWIRE, Thandika. Targeting and Universalism in Poverty Reduction. **Social Policy and Development Programme**, Geneva, n. 23, p. 1-20, 2005.

MEDEIROS, Marcelo. A Trajetória do Welfare State no Brasil: Papel Redistributivo das Políticas Sociais dos Anos 1930 aos Anos 1990. Texto para Discussão n. 852. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**, Brasília, p. 1-21, 2001, Disponível em: http://www.ipea.gov.br/pub/td/td_2001/td_0852.pdf. Acesso em: 20/10/2011.

MEDEIROS, Marcelo; BRITTO, Tatiana; SOARES, Fábio. Programas Focalizados de Transferência de Renda no Brasil: Contribuições para o Debate. Texto para Discussão nº 1283. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**, Brasília, p. 1-30. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/tds/td_1283.pdf. Acesso em: 20/10/2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28 ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MICHAELIS, **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. Melhoramentos. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=condicionalidade> Acesso em: 17/11/2010.

OSORIO, Rafael Guerreiro; SOARES, Sergei Suarez Dillon; SOUZA, Pedro Herculano Guimarães Ferreira de. Erradicar a Pobreza Extrema: um Objetivo ao Alcance do Brasil. Texto para Discussão nº 1619. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**, Brasília, p. 1-58, 2011, p. 52. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1619.pdf Acesso em: 23/08/2011.

PAES, Rômulo. **A hora e a vez da avaliação das políticas públicas**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?view=article&catid=159%3Aclipping&id=6650> Acesso em: 22/12/2010.

PAIVA, Luis Henrique. Seguro Social, focalização ou provisão universal? Vantagens e Desvantagens de Diferentes Sistemas de proteção social como meio para a redução da pobreza. **Revista de Políticas Públicas e Gestão Governamental – RESPUBLICA**, Brasília, v. 7, n. 2, p. 15-26, jul/dez 2008.

RAGONE, Miguel. Políticas Públicas de Inclusão pelo Consumo: Uma análise dos custos e de sua justificativa. In: GICO Jr., Ivo Teixeira e BORGES, Antônio de Moura (coord.). **Intervenção do Estado no Domínio Econômico – Temas Atuais**. São Paulo: Lex e Aduaneiras, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

SANTOS, José Martins dos. **Desenvolvimento Social e Política Pública: Uma Análise de Eficiência, Eficácia e Efetividade do Bolsa Família no Corede Norte do Rio Grande do Sul**. Dissertação de mestrado: pós-graduação em economia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2007. Disponível em: <HTTP://bdtd.ibicit.br/>. Acesso em: 20/01/2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SÁTYRO, Natália; SOARES, Sergei. Análise do Impacto do Programa Bolsa Família e do Benefício de Prestação Continuada na Redução da Desigualdade nos Estados Brasileiros – 2004 a 2006. Texto para Discussão nº 1434. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**, Brasília. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/tds/td_1435.pdf Acesso em: 22/08/2011.

SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On Law, Politics, and Judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAVARES, Priscilla Albuquerque, et. al. Uma Avaliação do Programa Bolsa Família: Focalização e Impacto na Distribuição de Renda e Pobreza. **Pesquisa e planejamento econômico – ppe, Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**, v. 39, n. 1, abr. 2009. Disponível em: <http://ppe.ipea.gov.br/index.php/ppe/article/viewFile/1062/1044> Acesso em 12/01/2011.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Relatório e Parecer Prévio Sobre as Contas do Governo – Exercício 2010**. Disponível em: http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/contas_10/CG%202010%20Relatório.pdf Acesso em: 22/08/2011.

____. **Relatório e Parecer Prévio Sobre as Contas do Governo – Exercício 2009**. Disponível em: http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/contas_10/CG%202010%20Relatório.pdf Acesso em: 22/08/2011.

VALCANOVER, Fabiano Haselof. A Constitucionalidade da Restrição Imposta pelo Artigo 20, §3, da Lei n, 8.742/1993 para o Gozo do Benefício de Prestação Continuada Frente ao Disposto no Artigo 203, Inciso V, da Constituição Federal. **Revista Direito Público**, Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, n. 18, p. 93-119, out/nov/dez/ 2007.

VIANNA, Luiz Werneck et. al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena – Império da lei ou da corte? **Revista USP**, São Paulo, n. 21 p. 70-77, mar/abr/mai 1994. p. 72.

XIMENES, Julia Maurmann; Ribeiro, Ana Cândida Eugênio Pinto Ribeiro. Efetivação dos direitos fundamentais e ativismo judicial. Uma proposta de análise empírica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, p. n. 2306, 24 out. 2009.

Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/13752>. Acesso em: 21/03/2011.

XIMENES, Julia Maurmann. **O Comunitarismo & Dinâmica do Controle Concentrado de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 11.

_____. A Judicialização das Políticas Públicas: ativismo judicial ou instrumento de construção da cidadania inclusiva? Aprovado para publicação na **Revista de Políticas Públicas e Gestão Governamental – RESPUBLICA**.

ZIMMERMANN, Clóvis Roberto. Os programas sociais sob a ótica dos direitos humanos: O caso do Bolsa Família do governo Lula no Brasil. **Revista Internacional de Direitos Humanos**. s.l. n 4, Ano 3, Edição em Português, 2006, p. 145-159.