FABRICIO CONTATO LOPES RESENDE

**O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DA
IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL**
a política assistencial do artigo 20 da Lei nº 8.742/93

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito

São Paulo

2010

FABRICIO CONTATO LOPES RESENDE

**O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DA
IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL**

a política assistencial do artigo 20 da Lei nº 8.742/93

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo como
requisito parcial para obtenção do título de
Mestre em Direito

Área de concentração: Direito do Estado

Orientador: Prof. Dr. Sebastião Botto de
Barros Tojal

Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito
Departamento de Direito do Estado
São Paulo
2010

AUTORIZO A REPRODUÇÃO E DIVULGAÇÃO TOTAL OU PARCIAL DESTES
TRABALHOS, POR QUALQUER MEIO CONVENCIONAL OU ELETRÔNICO, PARA
FINS DE ESTUDO E PESQUISA, DESDE QUE CITADA A FONTE.

Catálogo na Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resende, Fabricio Contato Lopes

O papel do Poder Judiciário no controle da implementação de políticas
públicas no Brasil : a política assistencial do artigo 20 da Lei n.º 8.742/93
/ Fabricio Contato Lopes Resende. -- São Paulo : F. C. L. Resende, 2010.
161 p.

Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São
Paulo.

Orientador: Prof. Sebastião Botto de Barros Tojal

Inclui bibliografia.

Notas bibliográficas de rodapé.

1. Separação de Poderes. 2. Poder Judiciário. 3. Políticas Públicas
– Direitos Sociais – Política Assistencial. I. Título II. Tojal, Sebastião
Botto de Barros.

CDU 342.33
CDD 341.256

FOLHA DE AVALIAÇÃO

Fabricio Contato Lopes Resende

O papel do Poder Judiciário no controle da implementação de políticas públicas no Brasil:
a política assistencial do artigo 20 da Lei n.º 8.742/93

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo como
requisito parcial para obtenção do título de
Mestre em Direito

Área de concentração: Direito do Estado

Resultado:

Banca Examinadora

Professor: _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Professor: _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Professor: _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Sebastião Botto de Barros Tojal, por aceitar a orientação da minha pesquisa, e pelo seu constante apoio e estímulo ao longo de meus estudos, sem os quais este trabalho não teria sido possível.

Ao Professor Virgílio Afonso da Silva, pela significativa contribuição ao desenvolvimento deste estudo, que foi beneficiado por sua disciplina de pós-graduação, por suas sugestões e questionamentos no Exame de Qualificação, e pelo material compartilhado sobre o tema.

Ao Professor Alexandre de Moraes, pelas proveitosas críticas e sugestões que apresentou durante o Exame de Qualificação.

Aos Professores José Reinaldo de Lima Lopes e José Eduardo de Oliveira Faria, pelas lições que difundiram através de suas disciplinas de pós-graduação.

Aos funcionários da FADUSP, pelo auxílio que prestaram ao longo de minha pesquisa.

A todos os meus colegas e amigos, pelo incentivo, pelas conversas, pelas críticas e pelas sugestões.

À minha família, pelo amparo em todos os momentos, bons ou ruins, condição indispensável para a realização de meus estudos de graduação e de pós-graduação.

RESUMO

RESENDE, F. C. L., *O papel do Poder Judiciário no controle da implementação de políticas públicas no Brasil: a política assistencial do artigo 20 da Lei n.º 8.742/93*, Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, 161 p..

O papel do Poder Judiciário no controle sobre políticas públicas tornou-se assunto frequente de debates jurídicos no Brasil. Porém, há necessidade de maior preocupação metodológica com a explicitação de ferramentas analíticas adequadas, que permitam compreender seu caráter coletivo e sua dimensão interdisciplinar. Outra carência sentida é a demonstração do significado das reflexões teóricas em situações concretas. Diante disso, esta dissertação possui dois objetivos. Primeiro, delinear uma estrutura analítica adequada para avaliação da atuação judicial no campo das políticas públicas necessárias para concretização de direitos sociais. Segundo, aplicar as ferramentas analíticas desenvolvidas em um estudo de caso. A fim de fixar suas premissas teóricas, o estudo trata inicialmente da emergência da noção de política pública, de sua relação com a teoria da separação de poderes, e do ressurgimento da questão da Justiça distributiva no âmbito do Judiciário. Em seguida, analisam-se as limitações estruturais do Judiciário e as condições em que se pode pensar em um controle judicial sobre políticas públicas. Posteriormente, aprofunda-se a análise do relacionamento entre o Judiciário, os órgãos políticos e a sociedade, através do exame do que se convencionou denominar “diálogo” institucional entre os Poderes. A dissertação encerra-se com um estudo de caso, em que põe à prova suas propostas teóricas, avaliando o papel do Judiciário brasileiro no âmbito da política assistencial do artigo 20 da Lei federal nº 8.742/93.

Palavras-chave: Separação de Poderes. Poder Judiciário. Políticas Públicas. Direitos Sociais. Política assistencial.

ABSTRACT

RESENDE, F. C. L., *The role of the Judiciary Power in the control of the implementation of public policies in Brazil: the social assistance policy of the article 20 of the federal law n. 8.742/93*, Dissertation (Master) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, 161 p..

The role of the courts in the control of public policies became often object of juridical discussion in Brazil. However, it is necessary more methodological concerns with appropriate analytical framework to understand its collective character and its interdisciplinary dimension. Another question to face is to demonstrate the meaning of the theoretical thought in concrete situations. In front of this, the dissertation has two objectives. The first objective is to show a analytical framework appropriate to exam the activity of the courts in the field of public policies necessities to the implementation of social rights. The second objective is to use this analytical framework developed in a case study. In the beginning, the study fixes its theoretical premises. It examines the emergence of the notion of public policies, its relationship with the theory of separation of powers, and the return of the problem of distributive justice in the judicial field. Then, the study exams the structural limitations of the Judiciary Power and the conditions for a judicial control of public policies. Afterwards, the dissertation focus the relationship between courts, political actors and society, with the contribution of theories of institutional dialogue between the powers. It finishes with a case study to test its theoretical propositions, concerning the role of brazilian Judiciary in the field of the social assistance policy of the article 20 of the federal law n. 8.742/93.

Keywords: Separation of Powers. Judiciary Power. Public Policies. Social Rights. Social Assistance Policy.

RÉSUMÉ

RESENDE, F. C. L., *Le rôle du Pouvoir Judiciaire dans le contrôle de l'implémentation de politiques publiques en le Brésil: la politique d'assistance sociale de l'article 20 de la loi fédérale n. 8.742/93*, Dissertation (Maître) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, 161 p..

Le rôle du Pouvoir Judiciaire dans le contrôle de politiques publiques est objet fréquent de discussion juridique en le Brésil. Néanmoins, il y a besoin de plus de préoccupation méthodologique avec une structure analytique adéquate pour comprendre leur caractère collectif e leur dimension interdisciplinaire. Une autre carence est la démonstration de la signification de la pensée théorique dans de situations concrètes. Devant ceci, cette dissertation a deux objectifs. Le première objectif est de montrer une structure analytique adéquate pour évaluer la performance judiciaire dans le champ des politiques publiques nécessaires pour l'implémentation de droits sociaux. Le deuxième objectif est d'employer la structure analytique développé dans l'étude de une situation concrète. Au début, l'étude fixe ses prémisses théoriques. On examine l'émergence de la notion de politique publique, sa relation avec le modèle de séparation des Pouvoirs, et la réapparition de la question de la Justice Distributive en la sphère du Pouvoir Judiciaire. Ultérieurement, on analyse les limitations structurelles du Pouvoir Judiciaire et les conditions dans lesquelles on peut penser en un contrôle du politiques publiques exercé par les juges. Enfin, on approfondit l'analyse de la relation parmi le Pouvoir Judiciaire, les organes politiques et la société, avec la contribution de théories du dialogue institutionnel parmi les Pouvoirs. À la fin de la dissertation, on met à l'épreuve ses propositions théoriques à travers un étude de une situation concrète: le rôle du Pouvoir Judiciaire brésilien dans le champ de la politique d'assistance sociale de l'article 20 de la loi fédérale n. 8.742/93.

Mots-clés: Séparation du Pouvoir. Pouvoir Judiciaire. Politiques Publiques. Droits Sociaux. Politique d' Assistance Sociale.

LISTA DE SIGLAS

AC	Apelação Cível
ACO	Ação Cível Originária
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgL	Agravo Legal
AgR	Agravo Regimental
AI	Agravo de Instrumento
AMB	Associação dos Magistrados Brasileiros
ANFIP	Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil
CEBEPEJ	Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais
COFINS	Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social
CSLL	Contribuição Social sobre o Lucro Líquido
DIEESE	Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos
DPU	Defensoria Pública da União
ED	Embargos de Declaração
EDiv	Embargos de Divergência
HC	<i>Habeas Corpus</i>
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
MC	Medida Cautelar
MI	Mandado de Injunção
MPF	Ministério Público Federal
NEPP	Núcleo de Estudos de Políticas Públicas
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PIB	Produto Interno Bruto
PNAD	Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios
Rcl	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
SS	Suspensão de Segurança
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal
UNDP	United Nations Development Programme

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
I- PERSPECTIVA TEÓRICA DESTE ESTUDO.....	5
I.1- A emergência da noção de política pública	5
<u>I.1.1- O ciclo das políticas públicas</u>	<u>10</u>
I.2- A teoria da separação de poderes no Estado contemporâneo	15
<u>I.2.1- A margem de criação do direito através da atividade judicial</u>	<u>22</u>
I.3- O Poder Judiciário diante de questões de Justiça Distributiva.....	25
I.4- Direitos <i>prima facie</i>, direitos definitivos e argumentação jurídica	28
<u>I.4.1- Aplicação da regra da proporcionalidade</u>	<u>33</u>
<u>I.4.2- Ônus argumentativo a recair sobre restrições a direitos</u>	<u>35</u>
<u>I.4.3- Nova compreensão da eficácia dos direitos fundamentais</u>	<u>37</u>
<u>I.4.4- Vinculação à teoria da argumentação jurídica</u>	<u>39</u>
<u>I.4.5- Delimitação da competência dos tribunais</u>	<u>41</u>
I.5- Conclusão do capítulo.....	44
II- O JUDICIÁRIO NO CAMPO DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA: ENTRE ESPERANÇA VÃ E REFORMA SOCIAL?	45
II.1- Acessibilidade.....	48
II.2- Receptividade.....	53
II.3- Capacidade.....	56
II.4- Consentimento	66
II.5- Contribuições diretas e indiretas para a transformação social	69
II.6- Marcos para a intervenção judicial no campo dos direitos sociais.....	74
II.7- Conclusão do capítulo	77
III- A METÁFORA DO “DIÁLOGO” ENTRE OS PODERES.....	80
III.1- Problemas terminológicos	83
III.2- Dimensão descritiva	85
<u>III.2.1- O desenho institucional brasileiro</u>	<u>87</u>
<u>III.2.2- A interação entre os Poderes no Brasil</u>	<u>94</u>
III.3- Dimensão normativa.....	97
<u>III.3.1- A dificuldade contramajoritária redimensionada</u>	<u>103</u>
III.4- Conclusão do capítulo.....	105

IV- ESTUDO DE CASO: A POLÍTICA ASSISTENCIAL DO ARTIGO 20 DA LEI Nº 8.742/93.....	107
IV.1- A política assistencial de concessão de benefícios de prestação continuada.....	107
IV.2- Início do debate: a exclusividade do critério legal de miserabilidade da Lei nº 8.742/93	109
IV.3- Mudança jurisprudencial: existência de outros meios de comprovação de miserabilidade	112
IV.4- Aprofundamento do debate: há discrepância nas políticas assistenciais do Estado?.....	116
IV.4.1- Acessibilidade	116
IV.4.2- Receptividade	122
IV.4.3- Capacidade	124
IV.4.4- Consentimento.....	140
IV.5- Conclusão do capítulo	146
CONCLUSÃO	149
BIBLIOGRAFIA	152
JURISPRUDÊNCIA CITADA	158
STF	158
STJ	159
TRF da 3ª Região	159
OUTRAS FONTES CONSULTADAS	160
Endereços eletrônicos	160
Pesquisas e Demais Fontes de Dados Empíricos	161

INTRODUÇÃO

O papel do Poder Judiciário no controle sobre políticas públicas tornou-se assunto frequente de debates jurídicos no Brasil. A importância do tema é evidente. Com efeito, a concretização de muitos direitos fundamentais, particularmente dos direitos sociais, pressupõe a implementação de políticas públicas. Diante da grande dificuldade de garantir a concretização desses direitos em países em desenvolvimento como o Brasil, o Judiciário tem sido cada vez mais provocado a tratar dessa espécie de questão.

Porém, os debates jurídicos a respeito deste tema ainda carecem de maior preocupação metodológica com a explicitação de ferramentas analíticas adequadas, que permitam compreender seu caráter coletivo e sua dimensão interdisciplinar. São necessárias ferramentas analíticas que revelem as características das controvérsias que possuem feições coletivas, mesmo quando se apresentam sob a forma de litígios individuais. Da mesma maneira, são exigidos instrumentos de análise que possibilitem entender as conexões existentes entre fatores internos e externos ao processo judicial, sejam eles de natureza jurídica, econômica, política ou cultural.

Outra carência sentida é a demonstração do significado das reflexões teóricas em situações concretas. Considerando que o desenvolvimento teórico parte da premissa implícita de sua adequação à realidade, é de grande relevância a aplicação da teoria em casos concretos, na medida em que serve de teste às proposições teóricas, além de auxiliar na sua intelecção.

A justificativa para a escolha do tema desta pesquisa é contribuir para atenuar essas carências.

Tendo isso em vista, esta dissertação possui dois objetivos, que serviram de base para a delimitação do tema e para a estruturação dos capítulos. O primeiro objetivo é delinear uma estrutura analítica adequada para avaliação da atuação judicial no campo das políticas públicas necessárias para concretização de direitos sociais¹. O segundo objetivo é

¹ A expressão “direitos sociais” é empregada neste estudo para se referir a direitos que dependem da elaboração e execução de programas governamentais, de modo que normalmente não são fruíveis de forma individual. Não se exclui a possibilidade de que, em determinadas circunstâncias, sua observância seja exigida através de demandas individuais junto ao Judiciário. Contudo, em geral a concretização desses direitos requer a atividade do Legislativo e do Executivo. A partir desse critério, foram classificados como direitos sociais – sem pretensão exaustiva – a educação, a saúde, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a assistência social e o meio ambiente sadio. Neste ponto, sigo o entendimento de José R.

aplicar as ferramentas analíticas desenvolvidas em um estudo de caso, envolvendo a intervenção do Judiciário brasileiro no âmbito da política assistencial do artigo 20 da Lei nº 8.742/93.

No que concerne à perspectiva metodológica, esta pesquisa adota uma abordagem dogmática, abarcando as dimensões analítica, normativa e empírica². A dimensão analítica está presente na definição das ferramentas teóricas a serem empregadas para avaliação da intervenção judicial no campo dos direitos sociais. A dimensão normativa associa-se à dimensão analítica, manifestando-se através das reflexões desenvolvidas a partir da utilização daquelas ferramentas analíticas. Enfim, a dimensão empírica pode ser observada na perspectiva de análise adotada, que atribui relevância jurídica a circunstâncias da realidade, assim como na utilização de dados da experiência, especialmente no desenvolvimento do estudo de caso.

O presente trabalho afasta-se de uma abordagem unilateral do direito, impregnada de formalismo ou de idealismo, que o isola das circunstâncias de sua aplicação. Por essa razão, recorre-se à dialética como instrumento de reflexão. Parte-se do entendimento de que os fenômenos relacionados ao direito e ao Estado estão em constante mutação, somente podendo ser adequadamente compreendidos como manifestações do desdobramento histórico. A dialética permite perceber a complexidade dos fenômenos, que estão encadeados entre si, mantendo relações de interdependência e condicionamento recíproco, inseridos no dinâmico, permanente e contingente processo histórico. Assim, este enfoque possibilita um conhecimento científico adequado acerca do direito³.

Há outra advertência importante. Para manter a coerência interna do estudo e respeitar os objetivos aqui traçados, optou-se por evitar a compilação de múltiplas posições doutrinárias a respeito de cada assunto tratado. Esse tipo de compilação não traria qualquer

de Lima LOPES. Ver *Judiciário, Democracia, Políticas Públicas*, in Luiz O. BAPTISTA – Hermes M. HUCK – Paulo B. CASELLA (coords.), *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas: estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger*, São Paulo, LTr, 1994, pp. 562 e 563. Ver também Robert ALEXANDER, *Theorie der Grundrechte*, 2006, trad. port. de Virgílio Afonso da Silva, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, São Paulo, Malheiros, 2008, pp. 433, 434, 442 e 443. O objeto deste estudo não inclui todas as políticas públicas, deixando de abranger aquelas que não mantenham relação direta com a concretização de direitos sociais.

² Sobre as dimensões da dogmática jurídica, com referências bibliográficas adicionais, ver Virgílio Afonso da SILVA, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo, Malheiros, 2009, pp. 30 e 31.

³ Sobre a dialética como instrumento de reflexão, cf. Enrique R. LEWANDOWSKI, *Globalização, Regionalização e Soberania*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2004, p. 2. Quanto à insuficiência da análise jurídico-formal do fenômeno estatal, ver Sebastião B. de Barros TOJAL, *Teoria Geral do Estado: elementos de uma nova ciência social*, Rio de Janeiro, Forense, 1997, especialmente pp. 2 a 4 e 182 a 184.

ganho epistemológico a esta pesquisa, que parte de metodologia diversa. Além disso, já existem obras que adotam essa perspectiva de análise aqui rejeitada.

Amparando-se nestas considerações, a análise do tema é feita ao longo de quatro capítulos.

O primeiro capítulo – Perspectiva Teórica deste Estudo – procura fixar as premissas teóricas que servem de base para a análise desenvolvida nos capítulos seguintes. Inicialmente, trata da emergência da noção de política pública, de seu significado, do modo pelo qual é formulada e implementada no Brasil, e de sua relação com a teoria da separação de poderes. Destaca as transformações pelas quais passou o Judiciário, e o ressurgimento da questão da Justiça distributiva no âmbito deste Poder, especialmente através de demandas envolvendo direitos sociais. Expõe a concepção adotada neste estudo a respeito da estrutura dos direitos fundamentais, da eficácia desses direitos, e das características do raciocínio jurídico. A base é a distinção entre direitos *prima facie* e direitos definitivos, na linha do modelo proposto por ROBERT ALEXY, com desdobramentos e alterações que lhe foram dados por VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA. Enfim, examina o problema da delimitação da competência dos tribunais.

O segundo capítulo – O Judiciário no Campo da Justiça Distributiva: entre Esperança Vã e Reforma Social? – analisa as limitações estruturais do Judiciário e as condições em que se pode pensar em um controle judicial sobre as políticas públicas necessárias para a concretização de direitos sociais. Para isso, expõe e desenvolve uma estrutura analítica que subdivide o ciclo da intervenção judicial no campo dos direitos sociais em quatro etapas: acessibilidade, receptividade, capacidade e consentimento. Através deste esquema, o estudo pretende distinguir quais são os fatores mais relevantes que interferem em cada etapa de desenvolvimento dos litígios judiciais, sejam eles internos ou externos ao sistema jurídico, as conexões que existem entre eles e como influenciam nos resultados alcançados. Ao final do capítulo, são esboçados alguns marcos para a intervenção judicial no campo dos direitos sociais.

O terceiro capítulo – A Metáfora do “Diálogo” entre os Poderes – aprofunda a análise do relacionamento entre o Judiciário, os órgãos políticos e a sociedade, através do exame do que se convencionou denominar “diálogo” institucional entre os Poderes⁴. Trata-se de ideia brevemente mencionada no primeiro e no segundo capítulo, e aqui desenvolvida

⁴ Empregando esta metáfora, cf., dentre outros, Virgílio Afonso da SILVA, *Direitos Fundamentais...* cit., pp. 251, 255 e 256 e Conrado H. MENDES, *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, Tese (Doutorado) – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, São Paulo, 2008.

a fim de delinear o papel a ser desempenhado pelo Judiciário na busca pela concretização de direitos sociais. O capítulo investiga os problemas terminológicos, assim como as dimensões descritiva e normativa associadas ao emprego dessa ideia. Também procura determinar como a noção de diálogo repercute na “dificuldade contramajoritária”, um dos grandes obstáculos levantados contra a legitimidade da intervenção judicial no campo dos direitos sociais.

A partir da noção de democracia deliberativa, recomenda-se uma posição moderada ao avaliar as possibilidades de controle judicial sobre políticas públicas, assim como uma concepção fraca acerca da dimensão positiva dos direitos sociais. Assim, recusa-se o predomínio do ponto de vista do órgão judicial em substituição ao dos demais órgãos estatais, mas sem negar a existência de um potencial espaço de ação a ser ocupado pelo Judiciário de forma legítima.

Posteriormente, o quarto capítulo – Estudo de Caso: a Política Assistencial do Artigo 20 da Lei n.º 8.742/93 – põe à prova as propostas teóricas dos capítulos anteriores, utilizando-as para avaliar o papel exercido pelo Judiciário brasileiro no âmbito da política assistencial do artigo 20 da Lei nº 8.742/93. Verificou-se neste estudo de caso que existem circunstâncias em que o Judiciário pode intervir em políticas públicas no campo dos direitos sociais, tomando decisões a respeito de questões de justiça distributiva, particularmente em um cenário de complexidade já reduzida pela prévia atuação do legislador.

Enfim, a Conclusão procura retomar e desenvolver a argumentação defendida neste estudo, buscando mostrar algumas das consequências de sua aceitação nas três dimensões da dogmática jurídica (a analítica, a normativa e a empírica).

I- PERSPECTIVA TEÓRICA DESTE ESTUDO

Este capítulo apresenta as bases teóricas indispensáveis para a compreensão das ideias desenvolvidas nas partes seguintes da dissertação.

Inicialmente, procura-se examinar a noção de política pública, para identificar a relação existente entre essa ideia, a separação de poderes e a atividade judicial no campo dos direitos sociais. Em seguida, expõe-se a concepção adotada neste estudo a respeito da estrutura dos direitos fundamentais, da eficácia desses direitos, e das características do raciocínio jurídico. Enfim, examina-se o problema da delimitação da competência dos tribunais.

I.1- A emergência da noção de política pública

Um dos objetivos deste item é mostrar quais são os principais problemas atrelados à formulação e à implementação de políticas públicas pelo Estado. A análise desses problemas é relevante para os fins deste estudo, na medida em que eles repercutem na concretização de direitos sociais. O outro objetivo do item é identificar a posição ocupada por cada um dos órgãos estatais neste cenário.

Aponta-se que os primeiros trabalhos sobre políticas públicas surgiram na esfera da ciência política. No campo do direito, a preocupação com o estudo de políticas públicas é recente, perceptível há poucas décadas. Por esse motivo, sente-se a necessidade de maior desenvolvimento teórico¹, a fim de apresentar este objeto a partir de um ponto de vista jurídico².

¹ Cf. Fábio K. COMPARATO, *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*, in *Revista dos Tribunais*, n.º 737, 1997, p. 17 e Maria P. Dallari BUCCI, *Políticas públicas e direito administrativo*, in *Revista de Informação Legislativa*, n.º 133, 1997, p. 89. Ver ainda a lição de Jean-Claude THOENIG, contida em Pierre MULLER – Jean-Claude THOENIG – Patrice DURAN – Giandomenico MAJONE – Jean LECA, *Enjeux, Controverses et Tendances de l'Analyse des Politiques Publiques*, in *Revue Française de Science Politique*, vol. 46, n.º 1, 1996, p. 102.

² Ainda que se busque apresentar a matéria a partir de uma perspectiva jurídica, não se pode ignorar o seu caráter interdisciplinar.

É preciso esclarecer o que se entende por “política pública”, quais são as circunstâncias ligadas ao seu surgimento, como se manifesta e qual é a sua importância.

MARIA DALLARI BUCCI oferece uma definição apropriada para “política pública”, afastando confusões decorrentes da multiplicidade de significados dessa expressão. Segundo seu conceito, políticas públicas são programas de ação governamental que buscam coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Através destes programas de ação, o poder estatal é utilizado para a realização de interesses públicos. Esse conceito está relacionado a um campo de ação muito diversificado, no qual há participação de atores públicos e privados, atuando em diferentes níveis. Existe certo grau de incerteza na determinação da zona limítrofe de cada política pública³.

Em trabalho mais recente, DALLARI BUCCI acrescenta novo elemento àquela definição, ao observar que uma política pública é o resultado de um conjunto de processos juridicamente regulados – particularmente o processo eleitoral, o processo de planejamento, o processo de governo, o processo orçamentário, o processo legislativo, o processo administrativo e o processo judicial⁴.

Como resultado desse conjunto de processos, a política pública apresenta características peculiares. Nesse sentido, observa-se que a política pública não se confunde com uma norma ou um ato. Trata-se de noção que abarca diferentes normas e atos como seus componentes. Em circunstâncias suficientemente delineadas, até mesmo omissões governamentais podem ser consideradas um elemento da política pública. A política pública concretiza-se como uma atividade, ou seja, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado⁵.

A promoção de políticas públicas pelo Estado ganhou contornos mais nítidos com a paulatina substituição do modelo de Estado liberal pelo modelo de Estado de bem-estar social. Vejamos.

O Estado liberal instituiu, conforme esclarece FÁBIO COMPARATO, uma estrutura de *government by law*. Onde a organização do Estado baseou-se na separação de poderes, essa estrutura caracteriza-se por realçar a atividade estatal de declaração do direito através da edição de leis. A lei é compreendida como a manifestação da vontade geral, o resultado do

³ Cf. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 241, 251, 252 e 269.

⁴ Cf. *O conceito de política pública em direito*, in Maria P. Dallari BUCCI (org.), *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 39.

⁵ Cf. Fábio K. COMPARATO, *Ensaio sobre o juízo...* cit., p. 18, José R. de Lima LOPES, *Judiciário, Democracia...* cit., p. 565 e Maria P. Dallari BUCCI, *Direito Administrativo e Políticas...* cit., pp. 251 e 255.

exercício da razão. Desse modo, a lei serve de fundamento de legitimidade do Estado. Seu conteúdo seria geral, abstrato, uniforme e supostamente permanente. De acordo com essa visão, o centro da orientação estatal está no Legislativo. Caberia aos demais Poderes a limitada tarefa de observar a lei em suas respectivas esferas de competência. Assim, pretendeu-se oferecer um ambiente de certeza e previsibilidade em que o indivíduo possa buscar seus próprios objetivos, com a garantia de efetivo controle sobre o poder⁶.

Com o declínio da orientação liberal, houve grande expansão das atividades estatais. Passou-se a demandar do Estado uma postura de presença constante em diferentes campos, especialmente para a garantia de direitos sociais. Trata-se de exigência de uma vasta, mutável, detalhada e muitas vezes técnica disciplina normativa, além de uma intensa atuação concreta. Nos Estados que consagraram a separação de poderes, houve um descontrolado crescimento das atribuições do Executivo, por ser o Poder com estrutura mais adequada para responder às novas exigências. O Executivo não somente ampliou sua atuação na aplicação das leis, como recebeu – por delegação expressa ou tácita – parcela significativa da incumbência de elaborar normas para disciplinar a vida humana⁷.

Pode-se dizer que o centro da tomada de decisões políticas acabou sendo transferido do Legislativo para o Executivo, que assumiu a direção da máquina estatal. COMPARATO observa que o fortalecimento do Executivo ocorreu não somente pela forma, mas também pelo conteúdo da ação governamental. O autor nota que, por toda parte, o governo começou a ser entendido como algo mais do que a gestão do presente, para incluir também o planejamento do futuro, com a fixação de políticas a médio e longo prazo. Salienta ainda que houve uma mudança no fundamento de legitimidade do Estado, que passou a ser a capacidade de realizar finalidades coletivas predeterminadas. Também destaca que este cenário significa a substituição do *government by law* pelo *government by policies*. Este último, característico do Estado contemporâneo, supõe o exercício combinado de várias tarefas, o que envolve planejamento⁸.

Como pondera o autor, diante do acentuado acréscimo de decisões e atividades dos órgãos estatais, haverá o caos e a confusão de atribuições sem um planejamento

⁶ Cf. *Para viver a democracia*, São Paulo, Brasiliense, 1989, pp. 93 e 94 e *Ensaio sobre o juízo...* cit., pp. 16 e 17. Ver ainda Celso F. CAMPILONGO, *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*, São Paulo, Max Limonad, 2002, pp. 31 e 32.

⁷ Cf. Fábio K. COMPARATO, *Para viver a democracia...* cit., pp. 100 e 101 e *A organização constitucional da função planejadora*, in *Revista Trimestral de Direito Público*, n.º 8, 1994, p. 14, e Karl LOEWENSTEIN, *Verfassungslehre*, 1959, trad. esp. de Alfredo G. Anabitarte, *Teoría de la Constitución*, 2.ª ed., Barcelona, Ariel, 1970, pp. 66 e 67.

⁸ Cf. *Para viver a democracia...* cit., pp. 100 a 102, *Ensaio sobre o juízo...* cit., pp. 16 e 17 e *A organização constitucional...* cit., pp. 14 e 15.

estratégico, com seleção prioritária de fins comuns e a escolha dos meios mais adequados à sua realização. O autor aponta importantes fatores que contribuíram para tornar o planejamento de políticas públicas uma condição de eficiência da atuação do Estado contemporâneo. Por um lado, o aumento no ritmo das transformações sociais, percebido a partir do início do século XX. Por outro, a necessidade – sentida de modo particularmente intenso em países subdesenvolvidos – de crescimento econômico autossustentado aliado à gradual eliminação das desigualdades sociais⁹.

Pode-se dizer que a fonte de legitimidade das políticas públicas encontra-se na ideia de desenvolvimento, que abrange o fornecimento das condições para que o povo exerça seus direitos sociais. Neste sentido, MARIA DALLARI BUCCI esclarece que um fundamento legitimador de políticas públicas é o reconhecimento dos direitos sociais. Mas há políticas públicas não voltadas à realização imediata dos direitos sociais (*e.g.* política industrial ou política de energia). Essas outras políticas públicas são compreendidas como políticas setoriais inseridas em uma política de desenvolvimento. Assim, prossegue a autora, elas encontram fundamento no próprio conceito de desenvolvimento, entendido como processo de aumento contínuo e harmônico do nível e da qualidade de vida de certa população¹⁰.

Um problema relevante é saber se a categoria política pública seria indissociável da forma de atuação proposta pelo modelo de Estado de bem-estar social. Uma resposta afirmativa poderia comprometer o uso dessa categoria, diante da erosão desse modelo. Afinal, embora hoje não exista um paradigma sólido, é inegável que a pretensão de direção hierárquica da sociedade pelo Estado perdeu espaço para a busca de uma coordenação estatal de ações públicas e privadas, com fomento da autonomia privada¹¹.

Entendo que a concepção de política pública aqui examinada é operacionalmente adequada à atuação do Estado contemporâneo¹², visto que não se associa a um dado modelo de atuação estatal. Pressupõe apenas que o Estado atue perseguindo certos objetivos futuros, sem que contenha predeterminação dos fins ou dos meios.

Cuida-se de políticas públicas não somente nas circunstâncias em que o Estado presta serviços diretamente, mas também nas ocasiões em que ocorre o exercício de atividades de interesse social por agentes privados, mediante a fiscalização e a

⁹ Cf. Fábio K. COMPARATO, *Ensaio sobre o juízo de...* cit., p. 16 e *Para viver a democracia...* cit., pp. 103 e 104. Ver também Maria P. Dallari BUCCI, *Políticas públicas...* cit., pp. 90 e 91.

¹⁰ Cf. *Políticas públicas...* cit., p. 90. O conceito de desenvolvimento utilizado por Maria P. Dallari BUCCI é o de Fábio K. COMPARATO. Ver também Fábio K. COMPARATO, *A organização constitucional...* cit., pp. 13 e 16 e José R. de Lima LOPES, *Judiciário, Democracia...* cit., p. 566.

¹¹ Cf. Maria P. Dallari BUCCI, *Direito Administrativo e Políticas...* cit., pp. 244 e 245.

¹² Nesse sentido, cf. Maria P. Dallari BUCCI, *Direito Administrativo e Políticas...* cit., p. 247.

coordenação estatal¹³. Os objetos sobre os quais incidem referidas políticas são tão variáveis quanto os fins perseguidos pelo Estado. Por essa razão, cada política pública apresenta traços peculiares¹⁴.

A emergência da política pública como objeto mais abrangente do que os tradicionais institutos de direito público (*e.g.* serviço público ou ato administrativo) abre as portas para a construção de uma racionalidade jurídica acerca de problemas que ainda são frequentemente ignorados. Em particular, ela torna possível identificar questões de justiça distributiva. Essa ampliação do objeto do discurso jurídico também permite melhor compreensão da contínua interação entre o sistema jurídico e os outros sistemas sociais. No entanto, é inegável que o emprego dessa categoria traz consigo sensíveis dificuldades, já que envolve juízos mais complexos do que o exame acerca da licitude de um ato jurídico isolado¹⁵.

É importante notar que a ideia de política pública aqui exposta não é uma categoria jurídica nova, mas sim o resultado da reorganização de categorias jurídicas tradicionais, desde outra perspectiva. Conforme pondera DALLARI BUCCI, o emprego da noção de política pública, caracterizada como uma atividade, não acarreta o surgimento de um novo regime jurídico a incidir sobre os atos e normas de que é composta. Na verdade, trata-se de ferramenta de análise útil para uma compreensão mais abrangente de cada norma ou ato jurídico, sem que se cogite de uma nova categoria jurídica. Desse modo, conduz a novas reflexões sobre questões já bastante discutidas, especialmente as que se relacionam aos

¹³ Referindo-se a políticas para promoção de direitos sociais, cf. José R. de Lima LOPES, *Judiciário, Democracia...* cit., p. 565.

¹⁴ Isso transparece em diferentes classificações que têm sido elaboradas. Menciono aqui a classificação empregada por José R. de Lima LOPES, que se baseia no conteúdo de cada programa. Em primeiro grupo, insere políticas sociais de prestação de serviços essenciais e públicos, tais como saúde, educação, segurança e justiça. Em segundo grupo, coloca políticas sociais compensatórias, tais como previdência e assistência social, e seguro-desemprego. Em terceiro grupo, inclui políticas de fomento, tais como créditos, incentivos, preços mínimos, desenvolvimento industrial, tecnológico e agrícola. Em quarto grupo, menciona reformas de base, tais como reforma urbana e agrária. Em quinto grupo, insere políticas de estabilização monetária. Essa classificação não pretende ser exaustiva, diante de outras políticas públicas com maior ou menor grau de especificidade. Cf. *Judiciário, Democracia...* cit., pp. 566 e 567.

Existem outros critérios de classificação. Destaque-se a diferenciação fundamentada na relação que as políticas públicas mantêm entre si, tendo em vista determinados fins. Desse modo, distinguem-se política de fins e política de meios. A primeira demanda a formulação de políticas de meios para sua realização, tais como as que têm por objeto a contratação de pessoal e a construção da infraestrutura necessária. A segunda desempenha papel instrumental em relação à política de fins. Cf. Maria P. Dallari BUCCI, *Políticas públicas...* cit., p. 95. A autora menciona a política nacional de educação como exemplo de política de fins, em relação à qual a política de recursos humanos é uma política de meios.

¹⁵ Sobre essa transformação metodológica, cf. a apresentação de JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES in Maria P. Dallari BUCCI, *Direito Administrativo e Políticas...* cit., pp. IX, XIX e XX. Ver ainda a lição da autora desta obra, pp. 241 a 244 e 252 e de *Políticas públicas...* cit., pp. 89 e 90.

limites da atividade legislativa, da discricionariedade administrativa e do controle judicial¹⁶.

A noção de política pública mostra-se particularmente adequada para entender a atuação do Estado desde uma perspectiva de coordenação dos atos estatais. De acordo com DALLARI BUCCI, cuida-se de buscar a coordenação na atuação do Poder Público, seja na esfera dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, seja entre os níveis federativos, seja no interior de cada órgão, seja entre a sociedade e o Estado¹⁷.

Em síntese – e ainda de acordo com DALLARI BUCCI –, as políticas públicas são arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa, que a ciência do direito deve ser capaz de descrever, compreender e analisar, de modo a integrar a perspectiva jurídica à atividade política. Não se trata, portanto, de um instituto forjado pelo direito; não obstante, deve ser operacionalizado através de critérios jurídicos¹⁸.

O que se deve enfatizar neste ponto é que a noção de política pública pode auxiliar na compreensão de problemas associados aos direitos sociais que têm causado perplexidade aos juristas. Para que isso fique claro, é necessário examinar o ciclo da formulação e da implementação das políticas públicas no Brasil, a fim de revelar aspectos gerais de sua dinâmica.

I.1.1- O ciclo das políticas públicas

A Constituição brasileira de 1988 determina quais objetivos devem ser promovidos pelo Estado – especialmente nos artigos 3.º e 170 – e as linhas gerais para o desenvolvimento de grande número de programas de ação – a título de ilustração, mencione-se o disposto nos artigos 187, 194, 196, 201, 203, 208 e 214. Assim, ocorre algum grau de limitação na margem de escolhas governamentais, diante do dever de realização das políticas públicas com fundamento constitucional. Merecem realce aqui as políticas públicas voltadas para a concretização de direitos sociais. De qualquer modo, a disciplina constitucional não exauriu o conteúdo de cada programa, antes constitui os

¹⁶ Cf. *O conceito de política pública...* cit., pp. 22, 23 e 25. Sobre os problemas de entender política pública como categoria normativa, ver mesma obra, pp. 25 e 26.

¹⁷ Cf. *O conceito de política pública...* cit., p. 44.

¹⁸ Cf. *O conceito de política pública...* cit., pp. 31 e 47. Sobre a interpenetração entre direito e política, ver ainda M. P. D. BUCCI, *Direito Administrativo e Políticas...* cit., p. 254.

parâmetros iniciais a serem observados na sua formulação, através da emanção de normas jurídicas pelos órgãos competentes.

Dentre as variadas formas de manifestação das políticas públicas, destaca-se a elaboração de leis.

Conforme adverte DALLARI BUCCI, as normas jurídicas que compõem as políticas públicas emanam originariamente do Poder Legislativo, ainda que decorram de iniciativa exercida pelo Poder Executivo. Em geral, as políticas públicas manifestam-se no Brasil através de leis. Nesse sentido, a autora recorda o disposto no artigo 165 da Constituição, o qual estabelece que os orçamentos públicos são instrumentos de fixação de diretrizes, objetivos e metas, e das prioridades da administração pública. Por sua natureza, o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária podem ser considerados expressões jurídicas de políticas públicas. Referido artigo também menciona planos e programas, confirmando que as políticas públicas podem expressar-se através de diferentes formas¹⁹. No mesmo sentido, pode-se mencionar os artigos 174, § 1º e 48, II e IV.

Todavia, políticas públicas também são apresentadas por outras vias. Neste sentido, há exemplos de política inserida em emenda constitucional. Além disso, existem políticas que consistem em programas de ação detalhados por normas que não se revestem da forma legal, oriundas de atividade normativa do Executivo (tais como decretos, portarias e resoluções)²⁰.

¹⁹ Cf. *Políticas públicas...* cit., p. 95, *Direito Administrativo e Políticas...* cit., p. 271 e *O conceito de política pública...* cit., p. 15.

²⁰ Cf. *Políticas públicas...* cit., p. 95, *Direito Administrativo e Políticas...* cit., p. 257 e *O conceito de política pública...* cit., p. 18. Maria P. Dallari BUCCI cita como exemplo de política inserida em emenda constitucional o caso da Emenda Constitucional n.º 14/96, que criou o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério. E menciona como exemplos de programas de ação detalhados por atividade normativa do Executivo o programa de material escolar e o programa do álcool. Além disso, sugere que existem exemplos de programas instituídos através de atos administrativos, ordenados ou não em procedimento, como ocorre no setor de transporte municipal em grandes metrópoles, tendo em vista os contratos de concessão de serviço público. Ver as obras acima mencionadas, mesmas páginas.

Menciono mais alguns exemplos fornecidos por Maria P. Dallari BUCCI, para destacar a diversidade na forma de exteriorização. A Lei n.º 9.984/00, que criou a autarquia Agência Nacional de Águas, atribui-lhe competência para a implementação da política nacional de recursos hídricos, a ser formulada pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos (composto por representantes do Executivo, de usuários e de organizações civis), nos termos da Lei n.º 9.433/97. Por sua vez, a Lei n.º 9.883/99, que criou a Agência Brasileira de Inteligência, órgão da Presidência da República, conferiu-lhe competência para execução da política nacional de inteligência, fixada pelo Presidente da República. Mencione-se também a Lei n.º 9.472/97, que criou a autarquia Agência Nacional de Telecomunicações, com competência para implementar a política nacional de telecomunicações, estabelecida pelos Poderes Executivo e Legislativo. Cumpre lembrar ainda as políticas públicas veiculadas através do plano diretor (artigo 182 da Constituição Federal) e das normas operacionais básicas de saúde. Ver *Direito Administrativo e Políticas...* cit., p. 257 e *O conceito de política pública...* cit., p. 21. Maria P. Dallari BUCCI menciona ainda a Lei n.º 6.938/81, que serviria de suporte legal para uma política pública, a política nacional do meio ambiente, ao organizar os meios necessários para a concretização das disposições constitucionais sobre o assunto. Contudo, a autora adverte que há menções normativas a

Não obstante as diferenças no conteúdo e na forma de manifestação, verifica-se em todas as políticas públicas o processo político de escolha de prioridades de governo, o qual abrange a definição dos objetivos a serem atingidos e dos procedimentos a serem empregados²¹. Esse processo de escolha integra o núcleo da etapa de formulação das políticas públicas.

O papel do Poder Legislativo na formulação de políticas públicas é fundamental. Aponta-se que os objetivos das políticas públicas, a orientação geral a ser seguida e a autorização das despesas públicas devem ser determinados pelo Legislativo, através de lei a ser observada pelo Executivo. Contudo, com razão DALLARI BUCCI afirma que a elaboração do plano ou programa pelo órgão legislativo não exclui uma atividade formadora do direito a ser exercida pelo Executivo, dentro dos marcos legais, a fim de realizar os seus objetivos. Desse modo, as fronteiras entre a formulação e a implementação são atenuadas²².

Por sua vez, a implementação das políticas públicas compete primordialmente ao Executivo. Esta etapa é de grande importância para a avaliação dos resultados de um programa. Com efeito, as vicissitudes da implementação dos programas governamentais têm sido entendidas como uma das variáveis decisivas para a explicação do insucesso dos governos em alcançar os objetivos estabelecidos na elaboração das políticas públicas²³. Relevantes decisões são tomadas neste período, de que depende em larga medida a concretização dos objetivos previamente definidos.

Tanto a formulação, quanto a implementação da política pública são atividades que pertencem ao processo político. Assim, essas atividades estão vulneráveis às críticas normalmente dirigidas contra as imperfeições do sistema político, tais como as que apontam as falhas e limitações do sistema representativo brasileiro, o risco de demagogia e de dominação oligárquica²⁴.

Apesar das eventuais críticas, o processo político é o espaço próprio para a promoção das políticas públicas. Como elas implicam a distribuição dos recursos sociais e

“política” que não seriam classificáveis como “políticas públicas” no sentido aqui trabalhado, por ausência de disposição sobre os meios de realização dos objetivos definidos, e por falta de prescrição de metas ou resultados. Um exemplo citado é a denominada política nacional de abastecimento. Ver a última obra citada, pp. 11, 12 e 22.

²¹ Ainda aqui, sigo Maria P. Dallari BUCCI, *Políticas públicas...* cit., p. 95.

²² As referências têm por base *Políticas públicas...* cit., pp. 96 e 97, *Direito Administrativo e Políticas...* cit., pp. 248 a 250, 269 e 270 e *O conceito de política pública...* cit., p. 22.

²³ Conforme lembram Pedro L. B. SILVA e Marcus A. B. MELO. Ver *O Processo de Implementação de Políticas Públicas no Brasil: Características e Determinantes da Avaliação de Programas e Projetos*, NEPP, Caderno n.º 48, Campinas, Universidade Estadual de Campinas, 2000, p. 3.

²⁴ Ver Maria P. Dallari BUCCI, *Direito Administrativo e Políticas...* cit., p. 243.

a imposição de encargos entre os membros da sociedade, envolvem escolhas que não são meramente técnicas. Retirar a deliberação sobre políticas públicas do âmbito do processo político suprimiria a escolha da orientação de governo pelos cidadãos (através de seus representantes), que está na base da ideia de democracia. Sendo assim, reconhece-se que a matéria deve ser objeto de deliberação pelos representantes do povo, conforme venha a determinar o processo eleitoral²⁵.

Os resultados da execução das políticas públicas são influenciados por múltiplas variáveis, que se manifestam em diferentes ocasiões ao longo do ciclo de sua formulação e implementação. Não se pretende aqui aprofundar a análise dessas variáveis. A título ilustrativo, mencionem-se a cultura e a vontade política, o equilíbrio entre as forças políticas, as informações disponíveis sobre a matéria, a capacidade técnica e experiência dos servidores públicos, o grau de articulação entre os agentes públicos envolvidos, o regime jurídico a ser aplicado, o horizonte de tempo para a decisão, as condições materiais e econômicas. A extensão dessas variáveis evidencia as limitações estruturais do processo político, que não raro encontra obstáculos à efetivação de seus programas de ação²⁶.

Tendo isso em vista, percebe-se que os obstáculos à realização de políticas públicas são de natureza heterogênea. Dentre os problemas mais relevantes, costumam ser diagnosticados a excessiva rigidez do direito, a ausência de instrumentos jurídicos adequados, a ineficiência, a incapacidade de implementação do programa, a recusa por parte de determinados grupos de reconhecer a sua legitimidade, a análise equivocada das relações causais entre meios e fins, assim como a ausência de condições materiais ou de governabilidade. Menciona-se, ainda, a dificuldade de elaboração de programas de longo prazo, em razão das mudanças de orientação decorrentes do funcionamento do regime democrático²⁷.

Diante disso, PEDRO SILVA e MARCUS DE MELO sustentam que a implementação de políticas é melhor representada como um jogo em que os atores envolvidos negociam seus papéis, em um contexto no qual há diferentes graus de adesão ao programa, ambiguidade

²⁵ Cf. Pedro L. B. SILVA – Marcus A. B. MELO, *O Processo de Implementação...* cit., pp. 12 e 13.

²⁶ Cf. Maria P. Dallari BUCCI, *Políticas públicas...* cit., p. 97 e *Direito Administrativo e Políticas...* cit., pp. 249, 268 e 269. Pierre MULLER lembra que costumam ser apontadas limitações consideráveis à margem de liberdade dos atores nos sistemas de decisão: constrangimentos burocráticos (especialmente cultura e rotinas burocráticas), constrangimentos cognitivos (impossibilidade de dominar o conjunto de informações), e constrangimentos econômicos (particularmente associados à globalização). Contudo, isso não exclui alguma capacidade dos atores de superar os constrangimentos. Ver Pierre MULLER *et al.*, *Enjeux, Controverses et Tendances...* cit., p. 98.

²⁷ Cf. Jean LECA, em Pierre MULLER *et al.*, *Enjeux, Controverses et Tendances...* cit., pp. 124, 126 e 127, Pedro L. B. SILVA – Marcus A. B. MELO, *O Processo de Implementação...* cit., p. 5, 32 e 33 e Maria P. Dallari BUCCI, *Direito Administrativo e Políticas...* cit., p. 36.

de objetivos, problemas de coordenação intergovernamental, bem como escassez de recursos e de informações²⁸.

Neste sentido, eles notam que a tarefa de formulação de políticas públicas padece de sensíveis limitações cognitivas. Em parte, estas limitações são oriundas da complexidade dos fenômenos de que cuidam e das restrições do conhecimento humano. Mas elas também decorrem de restrições temporais e de recursos disponíveis, e da impossibilidade de controlar ou prever mudanças das circunstâncias no futuro²⁹.

Além disso, PEDRO SILVA e MARCUS DE MELO recordam que os planos ou programas são documentos que definem apenas um conjunto limitado de condutas e decisões a serem tomadas, conferindo aos agentes implementadores um vasto campo de atuação discricionária. Assim, a implementação é compreendida como atividade no âmbito da qual decisões fundamentais são tomadas, e não meramente cumpridas. Aprendizagem, evolução e adaptação são elementos associados a esta atividade. Com efeito, prosseguem os autores, a atividade de implementação muitas vezes orienta novas políticas, pois se revela uma fonte de informações para a formulação de programas. A formulação de nova política em geral se baseia nas informações previamente acumuladas durante a implementação e a avaliação de políticas anteriores, constituindo inovação parcial em relação a elas³⁰.

Enfim, a análise da implementação dos programas de ação do poder público não deve ser circunscrita à atividade dos agentes públicos, tendo em vista a participação cada vez mais relevante de atores privados³¹.

A partir dessas considerações, nota-se que as políticas públicas demandam algum grau de descentralização e implicam complexas interações entre formuladores, implementadores e interessados (beneficiários e onerados), as quais devem ser coordenadas, em um cenário de negociação, deliberação e aprendizagem³².

Então, uma importante questão que persiste é definir até que ponto este quadro complexo, composto pela atuação de múltiplos atores em meio a sensíveis obstáculos,

²⁸ Cf. *O Processo de Implementação...* cit., p. 9.

²⁹ Ainda aqui sigo a lição de Pedro L. B. SILVA e Marcus A. B. MELO. Ver *O Processo de Implementação...* cit., p. 9.

³⁰ Cf. *O Processo de Implementação...* cit., pp. 10 e 11.

³¹ Cf. Pedro L. B. SILVA – Marcus A. B. MELO, *O Processo de Implementação...* cit., p. 12.

³² Cf. Pedro L. B. SILVA – Marcus A. B. MELO, *O Processo de Implementação...* cit., pp. 13 a 15.

justifica a não realização dos objetivos sociais previamente determinados, especialmente quando está em jogo a concretização de direitos sociais³³.

Neste cenário, em que os órgãos políticos atuam na escolha de prioridades de governo, o Judiciário é chamado a controlar a licitude da atuação dos demais órgãos estatais. E não se pode ignorar que, a fim de garantir direitos sociais, deliberações judiciais têm provocado significativas mudanças na ordem de prioridades traçada pelos órgãos políticos.

Contudo, as dificuldades de desempenho dessa tarefa não são pequenas. Com efeito, de uma política pública para outra ocorrem variações no grau de transparência, na capacidade de previsão, na abrangência dos efeitos e em sua distribuição ao longo do tempo (considerando-se o curto, médio e longo prazo). Além disso, indaga-se em que medida seria possível um controle judicial da atuação do Estado na implementação de políticas públicas. Envolveria somente a análise dos meios empregados, ou também dos resultados atingidos? Os membros de todos os órgãos públicos poderiam ser responsabilizados em caso de omissão, desvio ou fracasso na implementação? Quais seriam os parâmetros a serem observados³⁴?

Em última análise, o grande problema é compreender quais são as limitações institucionais do Judiciário para exercer um papel de controle sobre as políticas públicas necessárias para concretização de direitos sociais. O primeiro passo a ser dado é compreender o significado da teoria da separação de poderes³⁵. É o que se fará no item seguinte.

I.2- A teoria da separação de poderes no Estado contemporâneo

Um dos objetivos deste item é afastar algumas imagens insustentáveis ainda presentes – mesmo que subentendidas – a respeito do relacionamento entre os Poderes. Este item também pretende mostrar que argumentos baseados na separação de poderes somente contribuem para a compreensão do papel do Judiciário caso estejam amparados

³³ Cf. a lição de Patrice DURAN, em Pierre MULLER *et al.*, *Enjeux, Controverses et Tendances...* cit., p. 117.

³⁴ Acerca destas questões, cf. José R. de Lima LOPES, *Judiciário, Democracia...* cit., pp. 566 e 567.

³⁵ Cf. Maria P. Dallari BUCCI, *O conceito de política pública...* cit., pp. 22 e 23.

nas particularidades da organização institucional examinada. Enfim, o item busca revelar os principais modos pelos quais o Judiciário brasileiro participa da criação do direito, e as questões que essa atividade criadora suscita.

A famosa teoria da separação de poderes foi construída no contexto histórico moderno. A proposta que se tornou célebre foi elaborada pelo BARÃO DE MONTESQUIEU, na obra *Do Espírito das Leis*, de 1748, com base na experiência da Inglaterra. Sua teoria serviu de base para a estruturação de grande número de Estados. E, apesar da passagem do tempo, muitos países preservaram em alguma medida a separação de poderes, inclusive o Brasil³⁶. No entanto, é cabível questionar até que ponto a proposta de MONTESQUIEU persiste na época atual, diante de inúmeras adaptações, aperfeiçoamentos e alterações.

Tratarei dessa questão a seguir.

Primeiro, farei breve análise da teoria de MONTESQUIEU, para revelar que se trata de uma proposta que mantinha afinidade com a sua época, mas ao longo do tempo tem permanecido cada vez mais distante da forma como os Estados exercem o poder. Então, procurarei examinar o que persiste dessa teoria, ou melhor, qual é o significado atual da separação de poderes nos Estados que ainda a acolhem.

O pensamento de MONTESQUIEU revela como preocupação central a preservação da liberdade individual diante do risco de uso arbitrário do poder. A organização que ele postulou com o objetivo de assegurar a liberdade é uma adequada distribuição dos poderes, de modo que o poder seja o freio do próprio poder. Segundo sua concepção, haveria três espécies de poder no Estado: o legislativo, o executivo e o de julgar (posteriormente denominado judiciário). Para a preservação da liberdade, ele defendeu que não se deve atribuir a uma mesma pessoa ou corpo mais de um dos três poderes³⁷.

A descrição das atribuições dos três poderes feita por MONTESQUIEU mostra algumas das limitações históricas dessa teoria. O conjunto de atribuições descritas por ele é composto pela elaboração, modificação ou revogação de leis, pela gestão de questões envolvendo guerra e paz, embaixadas, e segurança interna e externa, e pela punição de crimes e julgamento dos litígios entre indivíduos³⁸.

³⁶ Cf. Karl LOEWENSTEIN, *Teoría...* cit., pp. 54 a 60, Dalmo A. DALLARI, *Elementos de Teoria Geral do Estado* (1971), 22.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2001, pp. 216 a 218 e Eros R. GRAU, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto* (1996), 4.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 226.

³⁷ Cf. MONTESQUIEU, *De L'Esprit des Lois*, trad. port. de Fernando H. Cardoso e Leôncio M. Rodrigues, *Do Espírito das Leis*, vol. 1, São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1962, livro XI, capítulos III a VI, pp. 179 a 181.

³⁸ Cf. MONTESQUIEU, *Do Espírito...* cit., livro XI, capítulo VI, p. 181.

O que se deduz dessa descrição das atribuições dos três poderes é que competiria ao Estado fundamentalmente a manutenção da segurança em face dos perigos internos e externos, a fim de possibilitar o gozo da liberdade individual. Essa visão acerca do papel do Estado, junto com o fato de dizer respeito a uma técnica de limitação do poder estatal, revelam importantes pontos de sintonia entre a teoria de MONTESQUIEU e o que veio a ser a orientação do liberalismo³⁹. Problemas vinculados à assunção pelo Estado do papel de interventor nas áreas econômica e social e ao crescimento da atividade do Executivo eram então desconhecidos.

Algo semelhante pode se dito em relação à interação entre os órgãos legislativo e executivo. MONTESQUIEU defendeu que o poder legislativo seja exercido por dois corpos, um composto por representantes do povo e o outro composto por nobres (hereditário). Caberia a cada um dos dois corpos a faculdade de impedir a atuação do outro. E sustentou que o poder executivo permaneça com um monarca, o qual poderia paralisar a atuação do legislador, e seria moderado pelo corpo de nobres do legislativo⁴⁰.

Contudo, esta proposta teórica não poderia subsistir a partir da implantação da ideia de democracia representativa. E isso não só em razão do declínio dos cargos hereditários, mas também devido ao desenvolvimento dos partidos políticos e à atuação dos detentores do poder de acordo com a dicotomia maioria/oposição. Ignorado à época da formulação da teoria clássica, esse fenômeno progressivamente ganhou força. As eleições para o Legislativo e o Executivo, tendo por pano de fundo a disputa partidária, tornaram habitual que integrantes de uma mesma coligação ou partido comandem os dois Poderes. Diante disso, acaba enfraquecida a noção de mútuo controle entre Legislativo e Executivo, com deslocamento da tarefa de limitação para os membros dos partidos de oposição⁴¹.

Da mesma forma, a descrição da atividade dos juízes realizada por MONTESQUIEU pouco se assemelha ao papel atualmente atribuído aos magistrados. Em sua proposta, MONTESQUIEU não sentiu a necessidade de moderar o poder de julgar, pois o considerou de certo modo nulo. Sustentou o exercício deste poder por pessoas do povo, sem vinculação a determinada situação ou profissão. Entendia que os tribunais não devem ser fixos, mas os julgamentos devem espelhar com precisão o texto da lei⁴².

³⁹ Cf. Dalmo A. DALLARI, *Elementos de Teoria...* cit., p. 218 e Fábio K. COMPARATO, *Ensaio sobre o juízo...* cit., pp. 14 a 16.

⁴⁰ Cf. *Do Espírito...* cit., livro XI, capítulo VI, pp. 183 a 188.

⁴¹ Cf. José J. G. CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4.^a ed., Coimbra, Almedina, 2000, p. 547.

⁴² Cf. *Do Espírito...* cit., livro XI, capítulo VI, pp. 182, 183 e 185.

Todavia, houve radical mudança na concepção acerca do Judiciário. Progressivamente, a visão proposta por MONTESQUIEU começou a perder espaço para a compreensão de que os juízes integram um autêntico Poder do Estado, e desempenham papel de destaque na criação do direito. Trata-se de algo que ocorreu há mais tempo na tradição da *common law*. Mais tarde, movimento semelhante foi disseminado na tradição de *civil law*. Referida mudança foi consolidada em Estados democráticos. O prestígio que a proteção judicial foi conquistando, combinado com a verificação de lacunas nos mecanismos de limitação do poder, colaboraram para o incremento das atribuições de controle a serem exercidas pelos juízes sobre os demais Poderes. Nesse contexto, destaca-se a atribuição ao Judiciário do papel de protetor da Constituição. Em termos gerais, houve em grande parte do mundo uma ampliação do papel criativo dos tribunais⁴³.

Essas razões já seriam suficientes para afastar a compreensão da separação de poderes como um dogma de conteúdo imutável. Não bastasse isso, aponto outra razão, que se refere ao próprio conteúdo da teoria clássica. Com efeito, MONTESQUIEU não propôs uma simples separação, equivalente ao isolamento de cada um dos três poderes. Em vez disso, pretendeu realizar uma combinação entre os poderes, que proporcionasse equilíbrio e moderação⁴⁴.

Corroborando este entendimento, verifica-se que MONTESQUIEU estabeleceu significativas exceções à regra de não concentração de poderes em um mesmo corpo. Assim, distinguiu três hipóteses em que seria necessário reunir no mesmo corpo o poder de julgar e o legislativo, e ao menos uma hipótese em que haveria reunião dos poderes legislativo e executivo⁴⁵. Seu projeto aproxima-se mais de um cálculo político do que de uma fórmula rígida, na medida em que acolheu exceções que pudessem torná-lo mais apropriado aos seus objetivos.

Isso fica mais claro quando se examina o significado da consagrada expressão “separação de poderes”. Na verdade, o termo “poder”, conforme o contexto, pode aludir a uma função estatal, ou a um órgão ou conjunto de órgãos estatais. No primeiro caso, o poder estatal consiste na capacidade para a realização dos fins da ordem jurídica. Ele é uno

⁴³ Cf. Karl LOEWENSTEIN, *Teoría...* cit., pp. 67, 68, 304 e 305, Celso F. CAMPILONGO, *Política, Sistema Jurídico...* cit., p. 30 e Mauro CAPPELLETTI, *Giudici Legislatori?*, trad. port. de Carlos A. A. Oliveira, *Juizes Legisladores?* (1993), Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1999, pp. 18 e 46.

⁴⁴ Isso foi identificado por Louis ALTHUSSER, a partir da lição de EISENMANN. Seguindo ALTHUSSER, pode-se afirmar que a “separação de poderes” significa a divisão ponderada do exercício do poder entre potências determinadas – o rei, a nobreza e o povo – com o intuito de obter um governo moderado. Trata-se de uma combinação equilibrada, e não de uma separação exata. Cf. *Montesquieu, La Politique et L'Histoire*, trad. port. de Luz Cary e Luisa Costa, *Montesquieu, a Política e a História*, Lisboa, Presença, 1972, pp. 133 a 135.

e indivisível, mas compreende várias funções. As funções estatais são a manifestação do poder estatal (atividade) preordenada a determinados fins. A partir disso, percebe-se que a “separação de poderes” não afeta a unidade do poder estatal, significando apenas uma distribuição do seu exercício entre diferentes órgãos do Estado, a partir de uma distinção de funções. Por essa razão, a teoria da “separação de poderes” consiste em uma teoria de “distribuição de funções estatais”⁴⁶.

Portanto, conclui-se que a teoria da “separação de poderes” consiste basicamente na diferenciação material de três funções estatais (aqui denominadas legislativa, executiva e judicial) para em geral serem desempenhadas por órgãos distintos e independentes entre si (aqui denominados Legislativo, Executivo e Judiciário) com o objetivo de limitar o poder.

Essa exposição demonstra que é um equívoco compreender a separação de poderes como um rígido dogma. Na verdade, trata-se de um parâmetro de organização estatal que visa à limitação do poder, através de uma combinação adequada entre diferentes funções e órgãos. Seu conteúdo não é invariável, pois permanece indissociavelmente ligado a uma dada ordem jurídica, em meio a determinadas condições históricas⁴⁷.

Dito isso, resta esclarecer o significado da separação de poderes na época atual.

A separação de poderes abrange dois conjuntos de postulações diferentes, apesar de entrelaçadas. O primeiro diz respeito à distinção das funções que o Estado deve exercer, e envolve uma questão de divisão do trabalho e de especialização. O segundo concerne ao proveito decorrente da distribuição do exercício dessas funções entre órgãos diferentes, e envolve uma questão de controle do exercício do poder⁴⁸.

É útil examinar a separação de poderes a partir dessa diferenciação. Começo tratando da distinção das funções do Estado.

A teoria clássica procurou diferenciar três funções do Estado – a legislativa, a executiva e a judicial – com base em critério material. No entanto, a atuação dos órgãos estatais ao longo do tempo fez com que preponderassem características formais do

⁴⁵ Cf. *Do Espírito...* cit., livro XI, capítulo VI, pp. 185 a 188.

⁴⁶ Sigo em grande parte a lição de Eros R. GRAU. Ver *O Direito Posto...* cit., pp. 236 e 237. Ver também Karl LOEWENSTEIN, *Teoría...* cit., pp. 55 e 56 e Dalmo A. DALLARI, *Elementos de Teoria...* cit., pp. 215 e 216.

⁴⁷ Sigo a lição de José J. G. CANOTILHO. Ver *Direito Constitucional e Teoria...* cit., p. 542. Acrescente-se que a separação de poderes não é imprescindível para o controle do poder. Apenas para ilustrar, a adoção do parlamentarismo, no qual há interdependência entre Legislativo e Executivo, muitas vezes também proporcionou limitação do poder. Cf. Karl LOEWENSTEIN, *Teoría...* cit., p. 55 e Dalmo A. DALLARI, *Elementos de Teoria...* cit., p. 220. Nesse sentido, Karl LOEWENSTEIN salienta que a busca por uma distinção material das funções estatais e sua distribuição entre diferentes detentores não é essencial para o exercício do poder político, e não passa de uma construção teórica relacionada aos eventos históricos ocorridos ao longo dos séculos XVII e XVIII. Cf. mesma obra, p. 56.

⁴⁸ Cf. Karl LOEWENSTEIN, *Teoría...* cit., p. 55.

exercício destas funções, em vez de um conteúdo típico para cada uma. Desde uma perspectiva formal, estas funções podem ser compreendidas simplesmente como as funções desempenhadas, respectivamente, pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Ainda que desempenhadas de acordo com forma específica ou dotadas de efeitos jurídicos peculiares, não são caracterizadas por seu conteúdo⁴⁹.

Ao lado dessa classificação das funções por critério formal, permanece a possibilidade de realizar uma classificação por critério material. Apesar da existência de inúmeras divergências nesse campo, considero útil a classificação sustentada por EROS GRAU, a partir da lição de RENATO ALESSI. De acordo com ela, diferenciam-se as funções normativa, administrativa e jurisdicional, que se caracterizam, respectivamente, pela elaboração das normas jurídicas, pela realização das normas jurídicas, e pela aplicação das normas jurídicas. Trata-se de classificação material estruturada em torno da noção de norma jurídica⁵⁰.

Esta classificação está baseada em duas premissas, pondera EROS GRAU. A primeira é que a norma jurídica constitui um elemento essencial do ordenamento jurídico. A segunda é que a norma jurídica configura inovação no ordenamento jurídico de preceito que se impõe por força própria (autônoma). Partindo dessas premissas, a norma jurídica é definida como o preceito abstrato e inovador que se integra no ordenamento jurídico⁵¹.

Assim, a função normativa consiste na elaboração de preceitos abstratos, inovadores e que se impõem por força própria. O que ainda precisa ser destacado é a distinção do autor entre o exercício originário e o exercício derivado dessa função. Em virtude da consagração da separação de poderes, concede-se originariamente ao Legislativo a missão de integrar o ordenamento jurídico, ou seja, o desempenho da função normativa. Não obstante, referida função também é exercida pelo Executivo e Judiciário, mas de modo derivado. Ou seja, é exercida com fundamento em atribuição de faculdade normativa a órgão que ordinariamente não a deteria, e nos limites da atribuição⁵². Essa atribuição pode estar contida explícita ou implicitamente na Constituição ou em lei.

Pois bem. O que se nota é que, nos Estados que acolheram a separação de poderes, não há correspondência entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e as funções normativa, administrativa e jurisdicional. No Estado brasileiro contemporâneo, isso é perceptível na atuação dos três Poderes. Do ponto de vista material, há um grau de

⁴⁹ Cf. EROS R. GRAU, *O Direito Posto...* cit., pp. 236 a 238.

⁵⁰ Cf. *O Direito Posto...* cit., pp. 236 a 238.

⁵¹ Cf. *O Direito Posto...* cit., pp. 238 a 240.

⁵² Cf. EROS R. GRAU, *O Direito Posto...* cit., pp. 240 a 244.

interpenetração das funções muito maior do que aquele sugerido pela visão clássica da separação de poderes.

A divisão do trabalho e a especialização são parte da explicação para essa interpenetração das funções. No entanto, a interpenetração das funções também é impulsionada pela busca de distribuição do exercício do poder entre órgãos diferentes.

Os Estados democráticos contemporâneos são estruturados segundo a ideia de distribuição do exercício do poder. De acordo com a lição de LOEWENSTEIN, a distribuição do poder é situação em que vários e independentes detentores do poder ou órgãos estatais participam da formação da vontade estatal. Trata-se de um instrumento de controle do poder⁵³.

Assim, a determinação das funções estatais a serem desempenhadas pelos diferentes órgãos é feita à luz de uma tensão. Por um lado, busca-se a limitação do exercício do poder. Por outro lado, procura-se eficiência na atuação do Estado, que deve ser capaz de concretizar os seus objetivos⁵⁴. Diante dessa tensão, a “separação de poderes” é estruturada de maneiras muito diversas, o que gera impacto sobre os papéis a serem desempenhados pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Conforme já mencionado, tornou-se de importância central nos Estados contemporâneos o estabelecimento e implementação de políticas públicas. Onde há separação de poderes, isso requer o exercício coordenado de atribuições do Legislativo e do Executivo, devido à complexidade e heterogeneidade das políticas públicas. Nesse cenário, o Executivo passou a exercer relevantes competências normativas, administrativas e jurisdicionais. Mais do que isso, o Executivo assumiu a tarefa de dirigir a atuação do Estado e movimentá-lo (razão pela qual também é chamado de “Governo”), restando ao Legislativo em grande parte apenas a fiscalização e limitação da atividade governamental⁵⁵.

⁵³ Cf. *Teoría...* cit., p. 50.

⁵⁴ Cf. Dalmo A. DALLARI, *Elementos de Teoria...* cit., pp. 220 e 221.

⁵⁵ Cf. Fábio K. COMPARATO, *Para viver a democracia...* cit., pp. 100 a 102, e 109 e *A organização constitucional...* cit., pp. 14 e 15. Neste sentido, Karl LOEWENSTEIN observa que a vontade popular (consubstanciada no ordenamento jurídico), em vez de atuar por si mesma, requer uma direção de modo unitário e consequente pelo que é denominado liderança política (*political leadership*). Liderança política é definida como o exercício, consciente de seu objetivo, do poder político. Acompanhando a lição do autor, o que se verifica é que a elaboração e a execução das leis não são funções separadas ou separáveis, mas tão somente diferentes instrumentos para o exercício da liderança política. Acrescente-se que é o Executivo que exerce a liderança política, por envolver um grupo reduzido, eficaz e com capacidade para a ação. Cf. *Teoría...* cit., p. 61. Apesar de ser preservada a independência entre os Poderes, é mantido estreito relacionamento político entre o Executivo e o Legislativo. Por um lado, a necessidade de promoção de políticas públicas pelo Estado contemporâneo demanda alguma orientação política comum ao Executivo e ao

Estes acontecimentos foram acompanhados pela significativa ampliação do controle judicial sobre a atuação do Poder Público, com o crescimento do papel criativo dos tribunais⁵⁶. O reconhecimento de direitos sociais pelo ordenamento jurídico contribuiu para isso. De fato, o Judiciário passou a ser desafiado a garantir direitos sociais, apesar de se tratar de direitos cuja concretização depende da promoção de políticas públicas. Mas o que significa dizer que os tribunais participam da criação do direito? Quais os seus limites? E quais são os problemas que esse papel criativo suscita? O esclarecimento dessas questões requer maior atenção.

I.2.1- A margem de criação do direito através da atividade judicial

Costuma-se reconhecer que a atividade judicial sempre envolve algum grau de criação do direito, ainda que não se confunda com a atividade criadora do legislador⁵⁷. Acompanhando a expansão do controle judicial sobre o Poder Público, houve aumento das hipóteses de criação do direito pelos juízes. Pretendo aqui descrever brevemente os principais modos pelos quais pode ocorrer a criação do direito pelo Judiciário brasileiro, e as questões que essa atividade suscita. Para este fim, utilizarei as noções de função normativa e de função jurisdicional anteriormente expostas.

O Judiciário brasileiro exerce a função jurisdicional, que consiste na aplicação das normas jurídicas a um determinado caso concreto. Essa atividade envolve um processo ao longo do qual há audiência das partes, a determinação das circunstâncias materiais do caso concreto, a definição das normas jurídicas positivas e a ordem para sua atuação.

O exercício da função jurisdicional pelo magistrado pressupõe que este seja provocado a solucionar uma controvérsia jurídica, já que ele é inerte. Competirá ao juiz, uma vez estabelecidos os fatos e o direito aplicável ao caso concreto, tomar o lugar dos interessados no conflito, fazendo atuar as normas jurídicas de modo imparcial, com a finalidade de pacificação justa da controvérsia⁵⁸.

Legislativo, sob a liderança do Executivo. Por outro lado, a atuação dos partidos políticos em geral aproxima estes dois Poderes, ainda que isso dependa do resultado das eleições periódicas.

⁵⁶ Cf. Mauro CAPPELLETTI, *Juízes Legisladores?*... cit., pp. 89 e 90.

⁵⁷ Cf. Mauro CAPPELLETTI, *Juízes Legisladores?*... cit., pp. 20 e 21 e Celso F. CAMPILONGO, *Política, Sistema Jurídico*... cit., p. 116.

⁵⁸ Cf. Antônio C. A. CINTRA – Ada P. GRINOVER – Cândido R. DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, 19ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003, pp. 38, 39 e 131 a 134.

O desempenho da função jurisdicional é marcado pelas características institucionais acima apontadas, em particular a inércia, a imparcialidade e o desenvolvimento através de processo com a participação dos interessados.

O Judiciário também exerce função normativa, de modo derivado, com fundamento em atribuição contida explícita ou implicitamente na Constituição ou em lei. Trata-se de função a ser exercida dentro dos limites da atribuição conferida.

Em primeiro lugar, destaca-se a atividade normativa do Judiciário, oriunda do fato de o ordenamento jurídico brasileiro conter grande quantidade de normas indeterminadas em razão de abertura estrutural.

Desenvolvo aqui conceito apresentado por ROBERT ALEXYY. De acordo com ele, uma norma pode ser indeterminada em razão de abertura estrutural, quando é impossível determinar, a partir da norma, se a situação prescrita deve ser realizada por meio de ação ou abstenção estatal, assim como se a existência ou a realização dessa situação pressupõe ou não a existência de direitos subjetivos⁵⁹.

Trata-se de circunstância frequente no âmbito do texto constitucional, mas que também se encontra difundida na legislação em geral. Para que seja possível aplicar uma norma diretamente expressa pelo texto constitucional ou legal, em caso de abertura estrutural, é necessário eliminar essa indeterminação. Por sua vez, a eliminação dessa indeterminação demanda a utilização de outras normas, não expressas, que servirão para refinar a norma diretamente expressa. Apesar de não serem expressamente estabelecidas, essas normas são atribuídas às normas expressamente estabelecidas pela Constituição ou pela lei. A validade dessa atribuição dependerá da correção de sua fundamentação, conforme as diretrizes da argumentação jurídica (ver item I.4, *infra*)⁶⁰.

Pode-se dizer que, ao exercer a tarefa de controle da observância da Constituição e das leis, o Judiciário cria normas jurídicas atribuídas, que são indispensáveis para a aplicação aos casos concretos das normas expressas que contêm abertura estrutural.

Há um indissociável vínculo entre essa atividade normativa e o exercício da função jurisdicional. Quando verifica a abertura estrutural, o magistrado ingressa no campo da atividade normativa, formulando norma atribuída, com a estrutura de uma regra, necessária

⁵⁹ Considero que a lição de Robert ALEXYY é compatível com a definição de norma jurídica aqui adotada. Cf. *Teoria dos Direitos...* cit., p. 71. Outra espécie de indeterminação mencionada é a abertura semântica, que decorre da indeterminação dos termos da norma em questão. Neste caso, é possível estabelecer regras semânticas para esclarecer o significado de certo termo. Cf. mesma obra, p. 70.

⁶⁰ Cf. Robert ALEXYY, *Teoria dos Direitos...* cit., pp. 72 a 74. Conforme observa o autor, entre essas normas não expressas e a norma diretamente expressa pelo texto constitucional há uma relação de

para a solução do conflito. Salvo a formulação da regra, as demais atividades enquadram-se no campo da função jurisdicional, com todas as suas feições.

Ainda que a regra assim formulada seja aplicada dentro dos limites de cada caso concreto, ela caracteriza-se por ser aplicável a todos os casos semelhantes, o que, no entanto, dependerá da consolidação do entendimento jurisprudencial⁶¹.

Associado a este fenômeno, mas com algumas particularidades, é a atividade judicial em processos de natureza coletiva, que proporcionam uma proteção judicial diferenciada, voltada para a tutela de direitos de titularidade coletiva e natureza indivisível. Essa atividade pode implicar a formulação de normas atribuídas. Para além disso, as decisões judiciais em processos coletivos em geral têm efeitos em face de todos. E, além de sua abrangência ser muitas vezes indeterminada, estas decisões podem regular situações que se prolongam no tempo, com manifesto caráter normativo.

Também o controle de constitucionalidade dos atos governamentais pelo Judiciário relaciona-se àquele fenômeno, com significativas peculiaridades. Relaciona-se àquele fenômeno, tendo em vista que o texto constitucional contém muitas normas com abertura estrutural, servindo de fonte para a criação de normas atribuídas pela jurisprudência. Mas não se resume a isso, já que o controle de constitucionalidade proporciona ao Judiciário competência para afastar ou invalidar normas jurídicas reputadas inconstitucionais.

Acrescente-se que o STF, ao exercer este controle, realiza uma operação complexa, que não se reduz à alternativa simples entre declarar a validade ou a invalidade total da norma jurídica. Essa operação também abrange a fixação da interpretação válida de uma determinada norma jurídica, com efeitos em face de todos. Este mesmo tribunal ainda poderá editar súmula vinculante acerca de normas constitucionais determinadas, a ser observada pelos demais órgãos judiciais e pela administração pública (conforme estabeleceu a Emenda Constitucional nº 45/04)⁶².

Enfim, é relevante apontar os instrumentos de controle judicial sobre omissões inconstitucionais. Em particular no caso do mandado de injunção, tem adquirido força o

refinamento. Além disso, entre a norma a ser refinada e a norma que a refina existe uma relação de fundamentação, na medida em que esta somente é admitida em razão daquela. Ver mesma obra e páginas.

⁶¹ Cf. Robert ALEXY, *Teoria dos Direitos...* cit., pp. 102, 173 e 174. Sobre o processo de universalização do critério de decisão, ver Mônica J. SIFUENTES, *Súmula Vinculante: um Estudo sobre o Poder Normativo dos Tribunais*, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 128.

⁶² Reconhecendo o caráter normativo da súmula vinculante, cf. Mônica J. SIFUENTES, *Súmula Vinculante...* cit., pp. 275 e ss..

entendimento que instiga o Judiciário a uma atividade normativa que supra a inércia inconstitucional⁶³.

O que foi exposto basta para evidenciar que o Judiciário brasileiro possui relevante margem de criação do direito. Porém, ao se considerar fatores institucionais peculiares a este Poder (especialmente a inércia, a imparcialidade, a forma processual e a vinculação às normas já existentes), percebe-se que a criação do direito pelos juízes está submetida a significativas restrições⁶⁴.

Essas reflexões são suficientes para suscitar algumas indagações. A relevância do papel criativo dos tribunais gera questões a respeito dos limites da atuação judicial, em razão da competência reservada ao Legislativo e ao Executivo, e em virtude dos fundamentos de legitimidade daquele Poder. Por outro lado, as peculiaridades institucionais do Judiciário provocam dúvidas quanto à sua aptidão para garantir direitos sociais.

As questões relativas à competência e aos fundamentos de legitimidade serão enfrentadas em momentos posteriores do estudo (nos itens I.4.5 e III.3.1, respectivamente). O item seguinte aprofundará o exame dos desafios que são apresentados ao Judiciário ao ser provocado para solucionar litígios envolvendo direitos sociais.

I.3- O Poder Judiciário diante de questões de Justiça Distributiva

Conforme já foi mencionado, houve significativa ampliação do controle judicial sobre a atuação do Poder Público. O Judiciário tornou-se destinatário de reivindicações de direitos sociais. No entanto, a escolha da via judicial para responder a essas reivindicações encontra dificuldades que não devem ser subestimadas.

Como a concretização de direitos sociais pressupõe a promoção de políticas públicas pelo Estado, demandas judiciais envolvendo direitos dessa natureza estimulam os juízes a tomar decisões que interferem nessas políticas. Por dizerem respeito à partilha de bens comuns, as políticas públicas afetam grande quantidade de pessoas. Disso decorre que

⁶³ A este respeito, ver o item III.2.1, *infra*.

⁶⁴ Cf. Celso F. CAMPILONGO, *Política, Sistema Jurídico...* cit., pp. 104 e 116 a 118.

a interferência judicial sobre uma política pública constitui um problema de justiça distributiva.

Pois bem. A deliberação dos tribunais sobre questões de justiça distributiva provoca uma politização do Judiciário, o que tem sido objeto de intensa discussão nos últimos anos. Acompanhando JOSÉ DE LIMA LOPES, pode-se dizer que esse fenômeno consiste no envolvimento dos juízes na solução de conflitos que necessitam de tomada de decisões coletivas, isto é, decisões cujos resultados afetam partes que não ingressaram em juízo⁶⁵.

Essa politização do Judiciário⁶⁶ levanta duas perguntas a serem respondidas. Primeiro, os litígios envolvendo direitos sociais – questões de justiça distributiva – estão na esfera da apreciação judicial ou exclusivamente no campo da política? Segundo, caso estejam na esfera da apreciação judicial, qual é a maneira pela qual o Judiciário deve intervir?

Para uma resposta adequada a essas perguntas, é preciso compreender o significado da transformação sofrida pelo Poder Judiciário.

JOSÉ DE LIMA LOPES recorda que a politização da atividade de julgar, que é fenômeno novo se visto em face da organização dos Estados liberais no século XIX, ocorria nos séculos anteriores. Nesse sentido, lembra que era comum que os órgãos judicantes julgassem tanto conflitos comutativos (concernentes a trocas bilaterais) quanto conflitos distributivos (relativos à partilha de bens comuns)⁶⁷.

A grande mudança trazida com a modernidade – ainda de acordo com JOSÉ DE LIMA LOPES – é a cisão no tratamento da justiça: a justiça comutativa foi mantida na esfera dos tribunais, enquanto a justiça distributiva sofreu deslocamento para a política. Assim, o campo da comutação cabia aos tribunais comuns, e o da distribuição, aos órgãos da administração ou do Parlamento. Nessa organização, eventuais conflitos entre a administração e particulares seriam decididos por órgãos administrativos especiais, assemelhados a tribunais. Porém, diante da ausência da ideia de justiça das distribuições racionalizada, adverte o autor, deixou-se de lado a preocupação jurídica com distribuição⁶⁸.

⁶⁵ Cf. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*, São Paulo, Ed. 34/EDESP, 2004, p. 197.

⁶⁶ É relevante observar que o termo “politização” é utilizado aqui sem carga valorativa positiva ou negativa. Note-se também que este estudo apenas se preocupa com a politização do Judiciário decorrente de litígios envolvendo direitos sociais.

⁶⁷ Cf. *As palavras e a lei...* cit., pp. 198 e 199.

⁶⁸ Cf. *As palavras e a lei...* cit., p. 199. José R. de Lima LOPES observa que ocorreu no século XIX a consolidação da legalidade estrita e da separação de poderes, e a delimitação completa da separação entre direito e política, com a inclusão das questões distributivas neste último campo. Ver mesma obra, p. 251.

A perspectiva predominante que resultou dessa mudança atribuída ao Judiciário a característica da neutralidade. De acordo com essa concepção, a atividade deste Poder circunscrever-se-ia à aplicação da legislação para solucionar conflitos de interesses entre indivíduos, de modo que permaneceria alheia a quaisquer influências. A tarefa do juiz consistiria em uma atividade de conhecimento e descrição, sem envolver decisão e criação⁶⁹.

O paradigma social alterou referida concepção. Trago aqui a lição de CELSO CAMPILONGO. Ele salienta que o modelo liberal de Estado atribuiu ao Judiciário a tarefa de conferir eficácia aos direitos individuais, ao solucionar conflitos. Posteriormente, nota o autor, o modelo social acrescentou àquela incumbência do Judiciário uma outra, a de fiscalizar o respeito aos direitos sociais e impelir o Estado a uma atividade compensatória e distributiva, de modo a contribuir para a atuação das escolhas públicas⁷⁰.

Dessa maneira, emerge nas últimas décadas a politização do Judiciário, impulsionada pelos litígios envolvendo direitos sociais. Como adverte JOSÉ DE LIMA LOPES, isso revela o retorno das questões distributivas à esfera da linguagem do direito. Com efeito, o Judiciário começou a ser provocado para solucionar litígios que não são sobre direitos individuais, ultrapassando o campo no qual seu papel é reputado bem demarcado. Mas, como salienta o autor, o tratamento jurídico dessas questões relativas à distribuição de bens comuns, coletivos ou indivisíveis demanda um novo quadro conceitual pós-positivista. Isso significa buscar o desenvolvimento de normas de justiça, analisáveis de acordo com critérios racionais, de modo a evitar o arbítrio⁷¹.

Essa exposição ajuda a compreender o que está em discussão na atual controvérsia sobre a politização do Judiciário. Trata-se de um problema que não pode ser superado com uma pura e simples volta ao passado. Por um lado, a diferenciação da atividade judicante, com a separação entre direito e política, foi um avanço em termos de limitação do exercício do poder que não deve ser desprezado. Por outro lado, a justiça distributiva foi mantida alheia a controles jurídicos. O que se pretende com a atual politização do Judiciário – aquela estimulada por litígios envolvendo direitos sociais – é aprimorar os meios de controle no campo da justiça distributiva⁷². Diante disso, o risco a ser evitado é o

⁶⁹ Cf. Celso F. CAMPILONGO, *Política, Sistema Jurídico...* cit., pp. 27 e 43.

⁷⁰ Cf. *Política, Sistema Jurídico...* cit., pp. 28 e 29.

⁷¹ Cf. *As palavras e a lei...* cit., pp. 200, 201, 266, 267, 273 e 274 e *Judiciário, Democracia...* cit., pp. 561 e 562.

⁷² Cf. José R. de Lima LOPES, *As palavras e a lei...* cit., pp. 273 e 274.

de retorno à confusão entre direito e política, na medida em que seria prejudicial para todo o conjunto de mecanismos de controle do poder estatal.

Nota-se, portanto, que a intervenção do Judiciário para proteção de direitos sociais requer cautela. Por um lado, ela depende da adoção de parâmetros dogmáticos adequados para o tratamento jurídico da questão. Por outro lado, ela necessita de clareza quanto às limitações estruturais do Judiciário para lidar com questões de justiça distributiva.

O item seguinte apresentará a proposta teórica adotada neste estudo para suprir a necessidade de parâmetros dogmáticos adequados. As limitações estruturais do Judiciário serão analisadas no próximo capítulo.

I.4- Direitos *prima facie*, direitos definitivos e argumentação jurídica

A avaliação do papel a ser exercido pelo Judiciário no campo dos direitos sociais é influenciada pela perspectiva teórica adotada. Tendo isso em vista, o objetivo desse item é explicitar a concepção deste estudo a respeito da estrutura dos direitos fundamentais, da eficácia desses direitos, e das características do raciocínio jurídico. Ao realizar essa tarefa, procurará destacar as razões da escolha desta proposta teórica. Enfim, também examinará o problema da delimitação da competência dos tribunais.

O presente estudo seguirá o modelo teórico proposto por ROBERT ALEXY, com desdobramentos e alterações que lhe foram dados por VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA. Diferentes razões justificam a escolha deste modelo teórico, em vez de outras propostas existentes.

Primeiramente, destaca-se a consistência analítica e a clareza deste modelo, qualidades relevantes no âmbito das ciências sociais. Além disso, ele atende a exigências pragmáticas, pois constitui ferramenta operacional aplicável a problemas concretos.

Acrescente-se que a base deste modelo – a distinção entre direitos (e deveres) *prima facie* e direitos (e deveres) definitivos – é um caminho fértil para enfrentar questões tormentosas. Conforme se verá a seguir, o desenvolvimento dessa distinção proporciona condições para a ampliação do objeto da análise jurídica, de modo a abranger a apreciação

de circunstâncias fáticas, sociais e institucionais. Assim, permite uma reavaliação do problema da eficácia dos direitos fundamentais sociais.

Note-se também que referido modelo fortalece a exigência de fundamentação das decisões públicas, dá ênfase à argumentação jurídica e é compatível com proposições substanciais antagônicas, o que estimula melhores deliberações no campo dos direitos fundamentais. Enfim, é importante observar que esta proposta teórica harmoniza-se com a compreensão do direito adotada neste estudo.

Não se ignora que ROBERT ALEXY elaborou sua teoria tendo em vista o direito constitucional alemão, e que o foco de suas preocupações não eram os direitos sociais. Apesar disso, grande parte de sua teoria refere-se a aspectos gerais do fenômeno jurídico. As reflexões aproveitadas neste estudo – em particular a respeito da estrutura dos direitos fundamentais – transcendem a experiência alemã. Por outro lado, é possível dar-lhes desenvolvimento em campos menos explorados, como o dos direitos sociais. E é exatamente isso o que se pretende fazer neste estudo.

Dito isso, passo a expor esse modelo teórico.

O ponto de partida é a noção de norma. ALEXY emprega o termo “norma” para se referir ao significado de um enunciado normativo. Assim, uma mesma norma pode ser expressa por meio de diferentes enunciados normativos⁷³.

A partir disso, diferenciam-se duas espécies de normas: as regras e os princípios. ALEXY pondera que há uma diferença qualitativa entre essas duas espécies de normas⁷⁴. É o que passo a descrever.

De acordo com sua definição, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Por essa razão, princípios são denominados “mandamentos de otimização”. Eles são caracterizados por poderem ser satisfeitos em variados graus, sendo que o grau de satisfação devido dependerá das possibilidades fáticas e jurídicas em certa circunstância. A determinação do âmbito das possibilidades jurídicas é dada pelos princípios e regras colidentes. Isso significa que princípios não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Com efeito, a relevância de um princípio em um determinado caso não significa que o resultado será aquilo que o princípio exige para esse caso. Nesse sentido,

⁷³ Cf. *Teoria dos Direitos...* cit., p. 54.

⁷⁴ Cf. *Teoria dos Direitos...* cit., pp. 87, 90 e 139.

entende-se que princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas, através de uma operação que não é determinada pelo próprio princípio⁷⁵.

Por sua vez, regras são entendidas como normas que apenas podem ser ou satisfeitas ou não satisfeitas. Assim, se uma regra vale, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige. Tendo isso em vista, afirma-se que regras contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Verifica-se que, como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas possuem uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Se não houver impossibilidades jurídicas e fáticas, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve⁷⁶.

Em outras palavras, uma regra é uma razão definitiva para um juízo concreto. Quando seu conteúdo é a definição de um determinado direito, esse direito é um direito definitivo. Diferencia-se de um princípio, pois este é sempre uma razão *prima facie*. Considerado isoladamente, um princípio estabelece apenas direito *prima facie*. A passagem de um direito *prima facie* a um direito definitivo demanda um sopesamento, conforme se verá adiante⁷⁷.

Neste modelo, há primazia do nível das regras sobre o nível dos princípios, em virtude do postulado da vinculação ao teor literal da Constituição. Isso ocorre porque um conjunto de princípios proporciona alternativas compatíveis com regras bastante distintas, sendo que a fixação de determinações no nível das regras significa uma decisão a favor de certos princípios. Não se exclui, porém, a hipótese de uma exceção a essa primazia⁷⁸.

A distinção entre regras e princípios evidencia-se na forma como são solucionados os casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras. Conforme adverte ALEXY, um conflito entre regras somente pode ser solucionado se ocorrer a introdução, em uma das

⁷⁵ Cf. Robert ALEXY, *Teoria dos Direitos...* cit., pp. 90, 103 e 104.

⁷⁶ Cf. Robert ALEXY, *Teoria dos Direitos...* cit., pp. 91 e 104. Uma questão relevante é saber se a introdução de uma cláusula de exceção em uma regra, em um caso concreto, afeta o seu caráter definitivo. Para Robert ALEXY, o estabelecimento de uma exceção em uma regra acarreta a perda de seu caráter definitivo, para a decisão do caso; isso, no entanto, não faz com que a regra deixe de se diferenciar dos princípios. Cf. mesma obra, pp. 104 e 105. Não obstante esse entendimento, Virgílio Afonso da SILVA sustenta que a existência de exceções às regras não altera o raciocínio segundo o qual as regras garantem direitos definitivos, posto que as exceções a uma regra devem ser tomadas como se fossem parte da própria regra excepcionada. Neste sentido, uma vez criada a exceção, ainda que em razão de construção jurisprudencial (sopesamento entre princípios), vale para ela também o raciocínio de direito ou dever definitivo. Cf. *Direitos Fundamentais...* cit., pp. 45, 55 e 56. O argumento é procedente. Como as incertezas associadas ao procedimento de criação de cláusula de exceção (especialmente à construção jurisprudencial) não afetam as características da norma excepcionada (uma regra), tampouco afetam o procedimento de sua aplicação (subsunção), pode-se dizer que as regras garantem direitos definitivos.

⁷⁷ Ainda aqui, sigo Robert ALEXY. Cf. *Teoria dos Direitos...* cit., pp. 107 e 108.

⁷⁸ Cf. Robert ALEXY, *Teoria dos Direitos...* cit., pp. 139 a 141. O autor sustenta que o nível das regras tem primazia em face do nível dos princípios, a não ser que as razões para outras determinações que

regras, de uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se ao menos uma das regras for declarada inválida⁷⁹.

Por sua vez, no caso de colisões entre princípios, um dos princípios tem que ceder, mas sem que seja declarado inválido e sem a introdução de uma cláusula de exceção. Conforme a lição de ALEXY, o princípio com maior peso no caso concreto tem precedência em face do outro, consideradas determinadas condições. Alteradas as condições, a precedência pode mudar. Diferentemente dos conflitos entre regras, que acontecem no plano da validade, colisões entre princípios ocorrem na dimensão do peso⁸⁰.

A solução das colisões entre princípios demanda um sopesamento, com o objetivo de definir qual dos princípios, que abstratamente estão no mesmo nível, tem maior peso no caso concreto. Trata-se da fixação das condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro, em um caso concreto. O resultado desse sopesamento é uma regra segundo a qual, presente a condição de precedência, deve ocorrer a consequência jurídica do princípio prevalente⁸¹.

A fundamentação relacionada ao sopesamento envolve uma análise comparativa, em que se pode utilizar qualquer argumento típico da argumentação jurídica, inclusive argumentos empíricos que digam respeito às peculiaridades do caso concreto. De acordo com ALEXY, diferenciam-se três passos no sopesamento. No primeiro, avalia-se a intensidade de afetação de um princípio na circunstância concreta. No segundo, avalia-se o grau de importância da satisfação do princípio colidente. No terceiro, avalia-se se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação do outro princípio. Para esta avaliação, emprega-se uma escala de intensidade, com a diferenciação de três níveis básicos de intensidade: fraco, moderado e forte. Assim, se a razão para uma intervenção for de intensidade igual à da razão contrária a ela, a intervenção será proporcional⁸².

não aquelas definidas no nível das regras sejam tão fortes que também o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição possa ser afastado, o que deve ser objeto de argumentação. Ver mesma obra e páginas.

⁷⁹ Cf. *Teoria dos Direitos...* cit., pp. 91 e 92.

⁸⁰ Cf. *Teoria dos Direitos...* cit., pp. 93 e 94.

⁸¹ Cf. Robert ALEXY, *Teoria dos Direitos...* cit., pp. 95, 96, 98, 99 e 102. O autor adverte que pode haver casos em que seja necessário excluir parte da consequência jurídica do princípio prevalente, ocorrendo precedência em relação a uma consequência jurídica limitada. Ver mesma obra, p. 98, nota 42.

⁸² Cf. *Teoria dos Direitos...* cit., pp. 167, 168, 171, 174, 175, 594, 595, 599, 600 e 608. É importante destacar a relevância para o sopesamento da distinção entre princípios substanciais e princípios formais, e da consideração da esfera de competências do órgão que leva a cabo o sopesamento. Com efeito, um princípio formal sustenta que as decisões relevantes para a sociedade devem ser tomadas pelo legislador eleito democraticamente. Robert ALEXY reconhece que esse princípio formal pode, em conjunto com um princípio substancial que atenda a interesses secundários da sociedade, ser sopesado em face de um princípio constitucional garantidor de um direito individual. Ele lembra também que referido princípio fundamenta

Pode-se cogitar, enfim, de um conflito normativo entre princípio e regra. Trata-se de situação menos explorada e mais complexa do que as anteriormente mencionadas. Com base na lição de ALEXY, seria possível sugerir um sopesamento entre o princípio em colisão e o princípio no qual se baseia a regra conflitante⁸³.

Contudo, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA salienta que, em caso de colisão entre princípio e regra, é problemático sugerir esse tipo de sopesamento. Essa ideia é problemática, pois poderia ser compreendida como ampla liberdade para que o aplicador do direito, em qualquer caso ou circunstância, afaste a aplicação de uma regra, sob o fundamento de que há um princípio mais importante que justifica esse afastamento. Isso geraria insegurança jurídica⁸⁴.

Na verdade, prossegue o autor, a relação entre a regra e um princípio em geral não é uma relação de colisão, mas uma relação de restrição. A regra é a expressão dessa restrição, fruto de um sopesamento efetuado pelo legislador entre dois princípios que garantem direitos fundamentais. Disso decorre que a regra deve ser aplicada por subsunção. Contudo, há casos em que o cenário torna-se mais complicado⁸⁵.

Uma situação apontada por VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA é o surgimento de dúvida quanto à constitucionalidade da regra, o que se resolve pela verificação de sua constitucionalidade, caso em que é aplicada, ou inconstitucionalidade, caso em que é declarada inválida. Outra situação apontada é aquela em que a aplicação da regra em determinado caso concreto conduziria a situações consideradas incompatíveis com certo princípio constitucional decisivo para o caso concreto, sem que se possa considerar a regra inconstitucional em abstrato. Nessas circunstâncias, a solução tomada por vezes tem sido o sopesamento entre o princípio que sustenta a regra e o princípio com ela colidente, conduzindo a uma decisão *contra legem*. De qualquer modo, nota o autor, esse

diversas formas de discricionariedade conferidas ao legislador, que significam menor proteção aos direitos fundamentais. Cf. mesma obra, pp. 138 e 139. Isso evidencia que o sopesamento realizado pelo legislador sofre menos constrangimentos do que o sopesamento realizado pelo aplicador do direito.

⁸³ Segundo Robert ALEXY, diferenciam-se dois casos de restrição à realização de princípios por meio de regras. No primeiro, a regra que restringe determinado princípio vale estritamente, por valer uma regra de validade que diz que referida regra tem precedência em relação ao princípio, independentemente da importância de sua realização. No segundo caso, a regra não vale estritamente, por valer um princípio de validade que permite que, em determinadas situações, o princípio supere ou restrinja a regra, sendo que, para a determinação da precedência deste princípio, exige-se que ele seja mais forte do que o princípio que materialmente sustenta a regra em conjunto com o princípio que formalmente sustenta a regra (ou seja, o princípio que exige o cumprimento de regras). Cf. *Teoria dos Direitos...* cit., pp. 90 e 91, nota 24.

⁸⁴ Cf. *Direitos Fundamentais...* cit., p. 52.

⁸⁵ Cf. Virgílio Afonso da SILVA, *Direitos Fundamentais...* cit., p. 52.

sopesamento não mais se repete quando é consolidado o entendimento em determinado sentido, criando-se uma regra por via jurisprudencial, a ser aplicada por subsunção⁸⁶.

Após essa exposição, resta destacar algumas das principais consequências da adoção desse modelo teórico.

I.4.1- Aplicação da regra da proporcionalidade

A regra da proporcionalidade é uma consequência dos pressupostos da teoria aqui exposta, em particular da compreensão dos princípios como mandamentos de otimização. A aplicação dessa regra não se confunde com o sopesamento.

Em conformidade com a teoria examinada, o sopesamento é cabível nas circunstâncias em que deve ocorrer a aplicação direta de princípios constitucionais a uma determinada situação, em razão da existência de uma colisão entre princípios que não foi disciplinada pelo legislador. Diversa é a hipótese de aplicação da regra da proporcionalidade⁸⁷.

A regra da proporcionalidade é empregada para verificar se são lícitas regras infraconstitucionais que restringem um ou mais princípios constitucionais para a realização de objetivo(s) fundamentado(s) em outro(s) princípio(s). Ela é composta por três regras parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação e a necessidade dizem respeito à exigência de otimização diante das possibilidades fáticas, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito refere-se à exigência de otimização em face das possibilidades jurídicas. Todas as regras parciais devem ser satisfeitas para que a medida estatal em questão seja considerada lícita⁸⁸.

O primeiro exame é o da adequação. De acordo com ALEXY, o exame da adequação veda uma medida que não possa fomentar certo princípio e que afete negativamente a realização de outro⁸⁹. Trata-se de investigar se a medida é apropriada para fomentar o

⁸⁶ Cf. *Direitos Fundamentais...* cit., pp. 52 a 56.

⁸⁷ Sobre a distinção entre sopesamento e aplicação da regra da proporcionalidade, cf. Virgílio Afonso da SILVA, *Direitos Fundamentais...* cit., pp. 140, 178 e 179.

⁸⁸ Cf. Robert ALEXY, *Teoria dos Direitos...* cit., pp. 116 a 119 e nota 84.

⁸⁹ Cf. *Teoria dos Direitos...* cit., p. 120.

objetivo a ser alcançado (realização de direito fundamental ou interesse coletivo), ainda que não o realize inteiramente⁹⁰.

O segundo exame é o da necessidade. Ele é compreendido por ALEXY como a exigência de que o objetivo perseguido não possa ser realizado com a mesma eficiência por meio de outra medida, menos gravosa ao princípio afetado. Se o contrário for verificado, a medida em questão estará proibida. Porém, esse exame não está alheio a problemas relevantes. E, caso até a medida menos gravosa afete a realização do princípio colidente, após o exame da necessidade deverá ocorrer o exame da proporcionalidade em sentido estrito⁹¹.

O terceiro exame é o da proporcionalidade em sentido estrito. ALEXY observa que esse exame corresponde à exigência de sopesamento, sendo uma decorrência da relativização em face das possibilidades jurídicas. Diante da colisão entre dois princípios antagônicos, a tomada de decisão requer um sopesamento, conforme acima examinado⁹².

Um exemplo de aplicação da regra da proporcionalidade é fornecido no estudo de caso realizado ao final do trabalho (ver item IV.4.3, *infra*).

Essa perspectiva teórica é incompatível com a ideia de que se possa garantir um conteúdo essencial dos direitos sociais que seja absoluto. Em vez disso, a noção de conteúdo essencial é compreendida como um conceito relativo, vinculado à regra da proporcionalidade. Observa-se se o conteúdo essencial foi violado através da aplicação da regra da proporcionalidade quando um direito é restringido. Assim, haverá violação ao conteúdo essencial, apenas se a restrição não passar no exame da proporcionalidade. Dessa forma, o conteúdo essencial é entendido como o que se pode realizar diante das condições

⁹⁰ Nesse sentido, cf. Virgílio Afonso da SILVA, *Direitos Fundamentais...* cit., pp. 169 e 170.

⁹¹ Cf. *Teoria dos Direitos...* cit., pp. 118 a 120 e nota 86. Robert ALEXY observa que, se mais de dois princípios estiverem envolvidos, pode ocorrer uma situação em que a regra da necessidade não permita nenhuma decisão, em razão de medidas igualmente eficientes quanto a certo objetivo afetarem diferentes princípios, caso em que se mostra necessário um sopesamento. Ele também nota que a regra da necessidade não permite nenhuma decisão na situação em que medidas igualmente eficientes em relação a certo objetivo afetam diferentemente direitos *prima facie* de sujeitos diferentes. Ver mesma obra e páginas.

Virgílio Afonso da SILVA destaca a diferença entre o exame da adequação e o da necessidade: o teste da adequação é absoluto e linear, referindo-se a uma relação de meio e fim entre uma medida e um objetivo; por sua vez, o exame da necessidade é comparativo, envolvendo a consideração das medidas alternativas para se obter o mesmo fim. No exame da necessidade, há duas variáveis relevantes: a eficiência das medidas na realização do objetivo a ser alcançado, e o grau de restrição ao direito fundamental atingido. Diante disso, o autor adverte que a preferência pela medida menos gravosa ocorre quando as medidas comparadas são igualmente eficientes (ou se a medida alternativa for mais eficiente) na realização do objetivo, já que, se a medida estatal adotada for mais eficiente, deverá prevalecer, mesmo que seja mais gravosa. Neste último caso, caberá a aplicação do terceiro exame. Cf. *Direitos Fundamentais...* cit., pp. 171 a 174.

⁹² Cf. *Teoria dos Direitos...* cit., pp. 117 e 118.

fáticas e jurídicas existentes. O mesmo sentido deve ser atribuído às ideias de mínimo existencial e de reserva do possível⁹³.

I.4.2- Ônus argumentativo a recair sobre restrições a direitos

O modelo teórico aqui adotado também gera consequências sobre o tratamento dado às restrições a direitos fundamentais. Com efeito, ele demanda a compreensão de toda restrição a direito fundamental como algo externo ao direito, que deve ser justificado.

Inicialmente, é preciso esclarecer a noção de suporte fático, que é composta pelo âmbito de proteção e pela intervenção estatal⁹⁴.

Neste ponto, é útil a lição de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA. Ele leciona, com apoio na definição de MARTIN BOROWSKI, que âmbito de proteção é o âmbito dos bens protegidos por um direito fundamental. Entende-se por “bens protegidos”, em sentido amplo, quaisquer ações, fatos, estados, ou posições jurídicas que, isoladamente considerados, possam ser subsumidos ao âmbito temático de um determinado direito fundamental. Ele acrescenta, então, que o preenchimento do suporte fático somente ocorre se o Estado intervier na esfera de liberdade protegida de um indivíduo (o que significa, em sentido amplo, agir de forma restritiva ou reguladora)⁹⁵.

Em seguida, o autor faz modificações no modelo proposto por ALEXY. Lembra que o suporte fático são os elementos que, quando preenchidos, dão ensejo à realização do preceito da norma de direito fundamental. Por essa razão, sustenta que devem ser englobados neste conceito não somente o âmbito de proteção e a intervenção estatal, mas também a ausência de fundamentação constitucional, caracterizadora de uma violação ao direito. Concretizado o suporte fático, com esses três elementos, deverá ocorrer a consequência jurídica prevista pela norma (em geral, a exigência de cessação da intervenção estatal)⁹⁶.

Além disso, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA adverte que o suporte fático dos direitos a prestações em sentido amplo distingue-se do que acabou de ser mencionado. Assim,

⁹³ Acompanho aqui a lição de Virgílio Afonso da SILVA. Ver *Direitos Fundamentais...* cit., pp. 197, 198, 205 a 207 e 245.

⁹⁴ Cf. Robert ALEXY, *Teoria dos Direitos...* cit., pp. 305 e 306.

⁹⁵ Cf. *Direitos Fundamentais...* cit., pp. 40, 72, 73 e 77.

⁹⁶ Cf. Virgílio Afonso da SILVA, *Direitos Fundamentais...* cit., pp. 74 e 75.

pondera que o âmbito de proteção desses direitos é composto pelas ações estatais que fomentam a realização desses direitos. Quanto ao conceito de intervenção estatal, entende que abrange o não agir ou agir de forma insuficiente. A ausência de fundamentação constitucional refere-se a essa omissão ou ação insuficiente. A consequência jurídica, no caso, é o dever definitivo de realizar a ação prevista na norma⁹⁷.

Feitos esses esclarecimentos, cumpre notar que o modelo aqui examinado supõe a adoção de uma teoria ampla do suporte fático. Com efeito, inclui-se no âmbito de proteção de cada princípio de direito fundamental toda razão que milita em favor de sua proteção *prima facie*. A exclusão definitiva da proteção do direito fundamental deverá ser justificada, como o resultado de um sopesamento entre princípios. Portanto, uma intervenção não justificada estará proibida pelo direito fundamental⁹⁸.

VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA salienta que o emprego de um conceito amplo de suporte fático possibilita a constatação de que muitas vezes restrições a direitos fundamentais ocorrem sob os seguintes rótulos: a) certa conduta ou posição jurídica *a priori* não é protegida por um direito; b) uma limitação nessa proteção consiste em mera regulamentação do exercício de um direito. O problema dessas práticas é que permitem que direitos sejam restringidos sem fundamentação satisfatória. O modelo aqui exposto evita esse problema, ao empregar noções mais amplas de âmbito de proteção dos direitos fundamentais e de restrição. Como lembra o autor, isso acarreta um aumento das colisões entre direitos fundamentais, que são solucionadas através de sopesamento ou da aplicação da regra da proporcionalidade. Sustenta-se que os direitos fundamentais são restringíveis, mas há um ônus argumentativo a ser observado para que se admita a sua restrição⁹⁹.

Esse entendimento permite dar um novo tratamento aos problemas que surgem no campo dos direitos sociais. De fato, a não realização de um direito social é considerada uma restrição, que gera um ônus de fundamentação a ser observado pelos órgãos políticos. Assim, estes órgãos deverão justificar a não realização de direitos sociais¹⁰⁰.

⁹⁷ Cf. *Direitos Fundamentais...* cit., pp. 77 a 79.

⁹⁸ Cf. Robert ALEXY, *Teoria dos Direitos...* cit., pp. 306, 309, 321 e 322. Robert ALEXY aponta que a teoria ampla do suporte fático apresenta vantagens claras. Por um lado, ela pode tratar os casos em que não há dúvidas acerca da não-proteção como casos nos quais uma fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais, embora possível, seria totalmente dispensável. Por outro lado, sempre que surgirem dúvidas acerca da proteção ou da não-proteção constitucional, a teoria ampla permite uma argumentação substancial. Ver mesma obra, p. 328.

⁹⁹ Sigo ainda *Direitos Fundamentais...* cit., pp. 41, 244, 245, 247 e 248.

¹⁰⁰ Cf. Virgílio Afonso da SILVA, *Direitos Fundamentais...* cit., p. 249.

I.4.3- Nova compreensão da eficácia dos direitos fundamentais

Essa proposta teórica ainda traz uma importante modificação na compreensão da eficácia das normas constitucionais que estabelecem direitos sociais, em comparação com o entendimento tradicional no Brasil. Ela recomenda a superação de uma classificação das normas constitucionais que teve grande aceitação no Brasil, e que foi difundida a partir de estudo elaborado por JOSÉ AFONSO DA SILVA¹⁰¹.

Segundo sua classificação, há três categorias de normas constitucionais: a) normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; b) normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral; c) normas de eficácia limitada e aplicabilidade indireta, mediata e reduzida. A primeira categoria abrange as normas constitucionais que, por possuírem uma normatividade suficiente, incidem diretamente sobre a matéria que lhes constitui o objeto, de modo que podem produzir todos os seus efeitos essenciais. A segunda categoria contém normas que incidem diretamente e podem produzir todos os efeitos pretendidos, mas estabelecem meios pelos quais sua eficácia pode ser contida em determinados limites. A terceira categoria inclui as normas que não produzem imediatamente todos os seus efeitos essenciais, porque não possuem normatividade suficiente sobre a matéria, sendo necessário posterior desenvolvimento por algum órgão estatal. Esta última categoria é desdobrada em dois subgrupos, o das normas programáticas, que constituem programas de ação, e o das normas que possuem conteúdo institutivo ou organizativo¹⁰².

De acordo com JOSÉ AFONSO DA SILVA, normas programáticas permanecem condicionadas a desenvolvimento ulterior, pelo legislador ou por outro órgão público, para que sejam concretizadas em seus objetivos principais. Neste grupo foram enquadrados os direitos sociais. Segundo seu entendimento, normas programáticas somente geram direito subjetivo como poder de exigir abstenção e não para exigir prestação¹⁰³.

Como se pode perceber, JOSÉ AFONSO DA SILVA efetuou uma classificação das normas constitucionais quanto ao grau de eficácia, utilizando como critério distintivo o conteúdo dos enunciados normativos contidos no texto constitucional.

¹⁰¹ Ver a obra *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* (1967), 6.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2002.

¹⁰² Cf. José Afonso da SILVA, *Aplicabilidade das Normas...* cit., pp. 82 a 86.

¹⁰³ Cf. *Aplicabilidade das Normas...* cit., pp. 125, 136 a 139, 144, 146 a 150, 157, 158, 163, 164 e 174 a 177.

No entanto, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA aponta a inadequação dessa classificação no âmbito dos direitos fundamentais, especialmente porque toda norma jurídica que garante direitos fundamentais sofre algum tipo de limitação quanto à sua eficácia. Neste sentido, nota-se que todos os direitos fundamentais são restringíveis e todos eles dependem de regulamentação para produzir todos os seus efeitos¹⁰⁴.

Ele acrescenta que todo direito requer uma ação onerosa do Estado, inclusive as liberdades públicas. Assim, a limitação da eficácia de determinadas normas não é algo intrínseco a elas, sendo insuficiente para a compreensão do problema restringir a análise aos enunciados do texto constitucional. Na verdade, pondera o autor, essa limitação de eficácia depende muito mais de fatores que não têm necessária relação com o texto constitucional. Assim, percebendo a aproximação entre os conceitos de eficácia e de efetividade, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA conclui que toda norma jurídica tem eficácia limitada, mas algumas delas, por razões extrínsecas (condições fáticas, sociais e institucionais), têm melhores condições de produzir efeitos. Isso explica os efeitos jurídicos mais amplos das normas que garantem liberdades públicas, em comparação com normas que garantem direitos sociais¹⁰⁵.

As críticas são procedentes. Na verdade, por trás dessa divergência, estão em jogo concepções diferentes acerca da abrangência do fenômeno jurídico, ou de qual deve ser o objeto de estudo dos juristas. De qualquer modo, pode-se dizer que um modelo teórico que restringe suas preocupações à análise do texto constitucional é insatisfatório, pois desconsidera fatores relevantes que interferem na eficácia das normas jurídicas, e ignora o problema da efetividade.

Neste estudo, parte-se do pressuposto de que essas questões devem ser incorporadas à análise jurídica, para que seja possível oferecer respostas adequadas aos problemas ora investigados. Uma das vantagens do modelo teórico acima exposto é a de permitir essa incorporação, já que a passagem de posições *prima facie* a posições definitivas deve incluir a apreciação das condições fáticas, sociais e institucionais.

¹⁰⁴ Cf. *Direitos Fundamentais...* cit., pp. 42, 240, 246 e 247.

¹⁰⁵ Cf. *Direitos Fundamentais...* cit., pp. 232, 239 e 240. Virgílio Afonso da SILVA pondera que a efetividade das liberdades públicas é maior do que a dos direitos sociais, pois boa parte dos requisitos fáticos, institucionais e legais para uma produção quase plena dos efeitos das liberdades públicas já existe, enquanto as reais condições para o exercício dos direitos sociais ainda têm que ser criadas. Acrescenta que a criação das condições de exercício dos direitos sociais é mais cara, pois exige tudo o que é necessário para produção de efeitos das liberdades públicas (tais como proteção, organizações e procedimentos), mais elementos que são específicos de cada direito social. Além disso, o autor recorda que a alocação dos recursos escassos disponíveis é em geral definida com base em critérios sobretudo políticos, dos quais dependerá a definição do montante a ser alocado para a realização de direitos sociais. Ver mesma obra, pp. 241 e 242, nota 106.

A partir disso, conclui-se que não se deve predeterminar a eficácia das normas que consagram direitos sociais, pois é em face de todas as circunstâncias concretas que se pode aferir os possíveis efeitos (negativos ou positivos) da norma em uma dada situação. Acrescente-se a isso o reconhecimento de um efeito sempre presente: a exigência de que a não realização de um direito social seja fundamentada. Se houver uma omissão estatal não fundamentada, será possível alguma forma de intervenção judicial neste campo, na busca por um “diálogo” entre os Poderes e a sociedade. Percebe-se, então, a distância em relação ao entendimento tradicional, que nega efeitos positivos a grande parte das normas que consagram direitos sociais¹⁰⁶.

I.4.4- Vinculação à teoria da argumentação jurídica

Ao vincular-se à teoria da argumentação jurídica, o modelo acima exposto também acarreta relevantes consequências para a compreensão do sistema jurídico.

ALEXY reconhece que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, que se caracteriza pela existência de uma série de condições restritivas, a que a argumentação jurídica encontra-se submetida. Essas condições restritivas consistem na vinculação à lei, ao precedente e à dogmática. No entanto, prossegue o autor, em todos os casos minimamente problemáticos são necessárias valorações que não são dedutíveis diretamente do material normativo preexistente. Assim, o problema é saber em que medida essas valorações no âmbito do discurso jurídico podem ser submetidas a um controle racional¹⁰⁷.

Diante dessa questão, ALEXY propõe uma associação entre a teoria moral e a teoria do direito, através da adoção de um modelo procedimental em quatro níveis: o discurso prático geral, o processo legislativo, o discurso jurídico e o processo judicial. Os diferentes níveis são percorridos nessa ordem, a fim de se definir um resultado em meio à incerteza. No âmbito do processo judicial, assim como acontece no processo legislativo, não somente há argumentação, mas também decisão. Segundo o autor, os resultados desse procedimento são racionais, desde que sejam satisfeitos os requisitos dos procedimentos anteriores, o que

¹⁰⁶ Sigo a lição de Virgílio Afonso da SILVA. Cf. *Direitos Fundamentais...* cit., pp. 249 a 251 e 256.

¹⁰⁷ Cf. *Teoria dos Direitos...* cit., p. 548 e *Theorie der juristischen Argumentation*, trad. port. de Zilda H. S. Silva, *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica* (2001), 2ª ed., São Paulo, Landy, 2008, pp. 45 e 46.

envolve a observância das regras da argumentação prática racional e da vinculação à legislação, ao precedente e à dogmática. Os resultados são considerados racionais, ainda que mais de uma decisão seja possível nesses termos¹⁰⁸.

Desse modo, o modelo teórico proposto fornece abertura para uma inter-relação adequada entre o direito e os demais sistemas sociais, na medida em que permite a incorporação à análise jurídica de todas as circunstâncias juridicamente relevantes. Ele também estabelece as bases para o desenvolvimento da argumentação jurídica¹⁰⁹, através da fixação de parâmetros para o controle da racionalidade da argumentação¹¹⁰.

¹⁰⁸ Cf. *Teoria dos Direitos...* cit., pp. 549 a 553. Robert ALEXY observa que a lei, o precedente e a dogmática constituem a base que confere certa estabilidade à argumentação no âmbito dos direitos fundamentais. E, por meio das regras e formas da argumentação prática geral e da argumentação jurídica, o discurso que ocorre sobre essa base é racionalmente estruturado. Assim, busca-se a realização da razão prática no âmbito de um sistema jurídico que vincule, de forma racional, argumentação e decisão. Ver mesma obra, pp. 573 e 574. O autor destaca o papel da argumentação prática geral nas circunstâncias em que já não são possíveis outros argumentos especificamente jurídicos. Ver *Teoria da Argumentação...* cit., p. 49.

¹⁰⁹ Ao associar o discurso prático racional à argumentação jurídica, este estudo parte do pressuposto de que a correção interna das decisões e normas continua sendo uma questão relevante no mundo atual. Entende-se que é possível e necessária uma teoria do discurso que busque investigar como pode ocorrer a argumentação racional. As limitações da teoria do discurso não comprometem a importância dessa investigação. A respeito da controvérsia em torno dessa questão, cf. Robert ALEXY, *Teoria da argumentação...* cit., pp. 138 a 140.

Uma objeção possível a essa proposta teórica seria a de que a abertura do sistema jurídico à análise de circunstâncias fáticas, sociais e institucionais correria o risco de desfigurá-lo como sistema. Em particular, seria danosa uma orientação para as consequências das decisões, que não reconhece os limites internos do sistema jurídico e exige recursos cognitivos excessivos e inatingíveis pelo juiz. A este respeito, cf. Celso F. CAMPILONGO, *Política, Sistema Jurídico...* cit., pp. 92 e 93. No entanto, a perspectiva teórica adotada é a de que referidas circunstâncias são juridicamente relevantes, fazendo parte das questões a serem examinadas pelos juristas para a adequada interpretação dos textos normativos. Desprezá-las poderia até mesmo colocar em risco os fins do direito. Por outro lado, esta perspectiva teórica estabelece claros mecanismos para evitar a confusão entre o direito e outros sistemas sociais, que são as condições restritivas do discurso jurídico: a vinculação à lei, ao precedente e à dogmática.

¹¹⁰ Critica-se que a proposta teórica exposta seria uma forma velada de decisionismo. A argumentação direciona-se principalmente contra a racionalidade do sopesamento, entendido como um procedimento de deliberação sem parâmetros racionais efetivos. Em resposta a essa crítica, Virgílio Afonso da SILVA lembra inicialmente que não é possível buscar uma racionalidade que exclua, por completo, qualquer subjetividade na interpretação e na aplicação do direito. Isso vale até mesmo para a subsunção. Ele acrescenta que, de tentativas de elevação da racionalidade na interpretação e aplicação do direito, somente se pode exigir a fixação de parâmetros que permitam maior diálogo intersubjetivo. A partir disso, o autor observa que não se obtém maior objetividade com a renúncia ao sopesamento, mas sim com a busca de padrões de diálogo intersubjetivo que permitam um controle social da atividade dos juízes. Cf. *Direitos Fundamentais...* cit., pp. 146 a 148 e 178. Pode-se dizer, então, que a perspectiva teórica apresentada, ao

I.4.5- Delimitação da competência dos tribunais

Para encerrar essa exposição dos pressupostos teóricos deste estudo, é preciso examinar o problema dos limites da atuação judicial decorrentes da competência reservada aos Poderes Legislativo e Executivo.

O caminho a ser seguido para avaliar os limites da justiciabilidade é o de discernir como se manifesta a discricionariedade no relacionamento entre os Poderes.

Seguindo a lição de ALEXY, pode-se diferenciar uma discricionariedade de natureza estrutural e uma discricionariedade de natureza cognitiva. A discricionariedade estrutural ocorre nas circunstâncias em que a Constituição faculta ao Legislativo – ou ao Executivo – uma determinada conduta, o que significa que essa conduta não se encontra no campo do que as normas constitucionais proíbem ou obrigam de forma definitiva. Em relação ao Legislativo, essa discricionariedade pode ser desdobrada em três subespécies: discricionariedade para definir objetivos, para escolher meios e para sopesar¹¹¹.

Mais circunscritas são as subespécies de discricionariedade outorgadas ao Executivo, já que este deve observar também o disposto nas normas legais. Tendo isso em vista, a Constituição ou a lei podem facultar a ele a determinação, dentro de certos limites, da situação fática, a decisão de agir ou não agir, a escolha do momento oportuno para realizá-lo, a definição da forma jurídica do ato, ou ainda a seleção da medida considerada apropriada para concretizar o fim legal¹¹².

Pode-se dizer que a discricionariedade estrutural configura um limite à intervenção judicial. Contudo, em muitas ocasiões é controverso definir se ela ocorre.

Por isso, associa-se à discricionariedade estrutural uma discricionariedade cognitiva. É em torno desta última que residem os maiores questionamentos. Em situações que apresentam menor grau de dificuldade, é possível identificar a existência ou não de discricionariedade estrutural. Porém, há significativa zona cinzenta, em que isso não é possível. Nestes casos, surge o problema da discricionariedade cognitiva. ALEXY observa que a discricionariedade de natureza cognitiva decorre dos limites da possibilidade de se

sustentar a necessidade de sopesamento, contribui para a fixação de parâmetros de diálogo intersubjetivo e, dessa forma, contribui para o controle da argumentação jurídica.

¹¹¹ Cf. *Teoria dos Direitos...* cit., pp. 582, 583, 585 e 586. Muitas das referências deste item são ao posfácio elaborado pelo autor em 2002, que se encontra ao final da obra citada. Embora o foco da análise de Robert ALEXY seja a discricionariedade do legislador em face da Constituição, entendo que, com as devidas adaptações, parte de suas considerações podem ser estendidas à atuação do Executivo em face da Constituição e da Lei.

¹¹² Cf. Celso A. Bandeira de MELLO, *Discricionariedade e controle jurisdicional* (1992), 2.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 17.

reconhecer o que a Constituição obriga, proíbe ou faculta. Ela pode resultar da insegurança das premissas empíricas ou normativas¹¹³.

A partir disso, existem dois tipos diferentes de discricionariedade cognitiva identificados por ALEXY: a que se liga aos problemas normativos do sopesamento e a que se liga aos problemas empíricos da efetividade. Problemas normativos do sopesamento ocorrem nas circunstâncias em que não há como graduar os pesos dos princípios em colisão, o que gera considerável impasse. Quanto aos problemas da efetividade, referem-se especialmente aos efeitos futuros de medidas presentes, de modo que podem ser considerados como questões de prognósticos. Então, a avaliação dos limites da justiciabilidade envolve a compreensão dessas duas espécies de problemas¹¹⁴.

Como forma de solucionar os problemas da discricionariedade cognitiva, ALEXY propõe sopesamentos entre princípios formais e materiais¹¹⁵.

A discricionariedade cognitiva normativa está relacionada a casos de incerteza normativa. Dentre esses casos, ALEXY destaca as hipóteses de incerteza quanto ao sopesamento no âmbito dos direitos fundamentais. Com efeito, nas ocasiões em que não há como graduar os pesos dos princípios em colisão, gera-se um impasse que provoca uma discricionariedade de extensão correspondente. Nestas situações de impasse, princípios materiais de direitos fundamentais não têm força para evitar que o princípio da competência decisória do legislador democraticamente legitimado conduza a uma discricionariedade cognitiva normativa¹¹⁶.

Resta examinar a discricionariedade cognitiva empírica. A questão é apresentada por ALEXY da seguinte forma. Por um lado, há princípio formal que exige *prima facie* a competência decisória do legislador, mesmo nos casos de incertezas empíricas. Por outro lado, princípios materiais de direito fundamental excluem *prima facie* a competência do legislador para tomar decisões desfavoráveis a direito fundamental com base em premissas empíricas incertas. Por essa razão, quanto maior for o peso da intervenção em um direito fundamental, tanto maior deverá ser a certeza das premissas em que essa intervenção se fundamenta¹¹⁷.

A posição defendida por ALEXY é a de que soluções extremadas não são apropriadas para delimitar a competência relativa a prognósticos. Essa conclusão baseia-se

¹¹³ Cf. *Teoria dos Direitos...* cit., pp. 583 e 612.

¹¹⁴ Ainda aqui, sigo *Teoria dos Direitos...* cit., p. 465.

¹¹⁵ Cf. *Teoria dos Direitos...* cit., p. 611.

¹¹⁶ Cf. *Teoria dos Direitos...* cit., pp. 621, 622 e 625.

¹¹⁷ Cf. *Teoria dos Direitos...* cit., pp. 611, 615 e 617.

em duas premissas: não é admissível que os órgãos políticos possam partir de qualquer prognóstico; e não é aceitável que os tribunais controlem sem qualquer limite o prognóstico dos órgãos políticos. Diante disso, ainda acompanhando ALEXY, pode-se dizer que a delimitação da competência relativa a prognósticos dos órgãos políticos e da competência de controle dos tribunais depende do desenvolvimento de parâmetros diferenciados de controle. Para esta tarefa, deve-se levar em consideração as especificidades do objeto em questão e a possibilidade de construção de um juízo suficientemente seguro¹¹⁸.

Em ambos os casos de discricionariedade cognitiva, ela perdura enquanto persistir a situação de incerteza¹¹⁹.

Partindo de pressupostos teóricos diferentes, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO chega a conclusão semelhante ao examinar os limites da discricionariedade administrativa. Ele sustenta que a abstrata liberdade conferida ao nível da norma não define o campo da discricionariedade administrativa do agente, pois a existência desta ou a sua extensão será determinada pela verificação de cada situação concreta, operação esta que pode restringir ou eliminar a variedade de opções administrativas para a devida realização da norma jurídica¹²⁰. Através desta operação, não somente são demarcados os limites do controle a ser desempenhado pelos tribunais, mas também as consequências desse controle¹²¹.

Desse modo, sustenta-se que os limites da justiciabilidade devem ser traçados diante de cada situação específica, levando-se em consideração todas as circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas. No caso dos direitos sociais, isso requer um cuidado especial na compreensão do papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário.

¹¹⁸ Cf. *Teoria dos Direitos...* cit., pp. 468 e 469 e nota 115. Robert ALEXY observa que a discricionariedade relacionada a prognósticos torna-se um problema de sopesamento entre o princípio material afetado pela medida estatal e o princípio formal da competência decisória do órgão que a elaborou, democraticamente legitimado. No âmbito desse sopesamento, devem ser considerados todos os diversos pontos de vista relevantes. Ver mesma obra e páginas.

¹¹⁹ Cf. Robert ALEXY, *Teoria dos Direitos...* cit., p. 625.

¹²⁰ Cf. *Discricionariedade e controle jurisdicional...* cit., pp. 47 e 48.

I.5- Conclusão do capítulo

A análise realizada neste capítulo revelou que litígios envolvendo direitos sociais têm instigado o Judiciário a intervir em políticas públicas. No entanto, os tribunais encontram dificuldades para responder a esse tipo de problema.

Com efeito, o Legislativo e o Executivo estão em posição privilegiada para lidar com as questões que se apresentam ao longo do ciclo da formulação e da implementação de políticas públicas. O mesmo não se pode dizer do Judiciário, apesar do aumento de suas atribuições.

Na verdade, a separação de poderes no Estado brasileiro contemporâneo admite um grau de interpenetração das funções – do ponto de vista material – muito maior do que aquele sugerido pela visão clássica. Isso revela o crescimento do papel criativo dos tribunais. Apesar disso, as peculiaridades institucionais do Judiciário provocam dúvidas quanto à sua aptidão para garantir direitos sociais.

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

O item I.4 apresentou a proposta teórica adotada neste estudo para suprir a necessidade de parâmetros dogmáticos adequados. Parte-se do entendimento de que a não realização de um direito social pelos órgãos políticos deve ser fundamentada. Caso se configure uma omissão estatal não fundamentada, será possível uma intervenção judicial que se pautar pela ideia de “diálogo” entre os Poderes e a sociedade.

O capítulo seguinte analisará as limitações estruturais do Judiciário e as condições para essa intervenção judicial. O terceiro capítulo desenvolverá a proposta de um “diálogo” entre os três Poderes e a sociedade.

¹²¹ Acerca das diferentes consequências do controle da atividade administrativa pelos tribunais, cf. Germana O. MORAES, *Controle jurisdicional da Administração Pública* (1999), 2.^a ed., São Paulo, Dialética, 2004, pp. 159 e ss..

II- O JUDICIÁRIO NO CAMPO DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA: ENTRE ESPERANÇA VÃ E REFORMA SOCIAL?

O capítulo anterior mostrou que o Estado enfrenta questões de justiça distributiva através de diferentes políticas públicas. Por meio da promoção de políticas públicas, busca-se a solução de problemas coletivos como a desigualdade social. Também já foi dito que, especialmente após a consagração de direitos sociais, o Judiciário passou a ser provocado para tomar decisões sobre este tipo de problema, com o qual não está acostumado a lidar.

O próximo passo é verificar se o Judiciário pode, ainda que em grau reduzido, deliberar sobre justiça distributiva, ou provocar alguma forma de transformação social em favor dos mais pobres. Nesta tarefa, devem ser identificadas as limitações estruturais deste Poder e as condições necessárias para a sua intervenção, a fim de concretizar direitos sociais. Essa investigação é o foco deste capítulo. Em complemento a esta análise, o capítulo seguinte procurará delinear de forma mais precisa o papel a ser desempenhado pelo Judiciário neste campo.

A estrutura de análise seguirá (com algumas adaptações) a proposta de SIRI GLOPPEN, que agrupa em quatro etapas os fatores que repercutem no potencial de transformação social do Judiciário em litígios envolvendo direitos sociais¹. Adaptando a sua terminologia sem uma tradução literal, denomino estas etapas como acessibilidade, receptividade, capacidade e consentimento (os termos originais são *voice*, *responsiveness*, *capability* e *compliance/implementation*).

Essa estrutura analítica é adequada para distinguir os principais fatores a interferir no desenvolvimento dos litígios judiciais a respeito de direitos sociais, sejam estes fatores de natureza jurídica ou não. Ela também contribui para revelar as conexões existentes entre os diferentes fatores, e como eles interferem nos resultados dos processos judiciais.

A primeira etapa (acessibilidade) diz respeito ao grau de dificuldade na formulação de demandas judiciais em favor das parcelas mais pobres da população, a fim de realizar direitos sociais. A segunda etapa (receptividade) refere-se à inclinação do Judiciário para admitir ou rejeitar as demandas que lhe são encaminhadas a respeito desses direitos. A

¹ Cf. Siri GLOPPEN, *Courts and Social Transformation: An Analytical Framework*, in Roberto GARGARELLA – Pilar DOMINGO – Theunis ROUX (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: an institutional voice for the poor?*, Aldershot, Ashgate, 2006, pp. 35-59.

terceira etapa (capacidade) abrange a habilidade dos juízes de dar efeitos jurídicos a direitos sociais, contribuindo para a sua concretização e para modificar significativamente a situação dos pobres. A quarta etapa (consentimento) relaciona-se ao grau de concordância dos órgãos políticos e da sociedade com a decisão judicial que busca concretizar um direito social, e à extensão com que referida decisão é posteriormente observada pelos atores políticos². Estas quatro etapas formam um ciclo, que pode ser sucedido por novo ciclo, no caso de o problema ser objeto de novo litígio.

Os principais fatores que se apresentam em cada uma destas etapas serão analisados nos próximos itens deste capítulo.

Antes de prosseguir, no entanto, é necessário examinar a função exercida pela variável “transformação social”, que é adotada por essa proposta analítica.

A ideia de transformação social está no centro da estrutura analítica acima exposta. De acordo com a definição de SIRI GLOPPEN, transformação social é a modificação de desigualdades estruturais e de relações de poder na sociedade, através de formas que reduzam o peso de circunstâncias moralmente irrelevantes. Assim, a proposta de análise aqui adotada, ao buscar identificar o potencial de transformação social do Judiciário, pretende identificar a sua aptidão para ser uma voz institucional dos pobres ou para promover a inclusão social dos excluídos³.

Parte-se da premissa de que transformação social, no sentido apresentado, é um objetivo social legítimo para o qual o Judiciário deve contribuir ao julgar litígios sobre direitos sociais. Isso não significa defender que o Judiciário deve decidir estes litígios em favor dos pobres. O que se sustenta é que a identificação de uma violação a um direito social e a concessão de um remédio judicial não podem ser atividades alheias aos efeitos distributivos do julgamento, sob o risco de um tratamento desigual a pessoas que possuem direitos semelhantes. É certo que essa afirmação é controversa: a forma de determinar o conteúdo dos direitos sociais e as consequências positivas ou negativas de um julgamento são questões que geram desacordo fundamentado⁴. No entanto, o que se pretende aqui não é alcançar uma suposta verdade incontroversa. Em vez disso, busca-se delinear parâmetros para a avaliação da legitimidade da intervenção judicial no campo dos direitos sociais, de forma que contribua para fomentar a discussão e o desenvolvimento da deliberação pública (ver item III.3, *infra*).

² Foram realizadas algumas adaptações na proposta de Siri GLOPPEN. Cf. *Courts and Social Transformation...* cit., pp. 36 e 37.

³ Cf. *Courts and Social Transformation...* cit., pp. 37 e 38.

⁴ Cf. Siri GLOPPEN, *Courts and Social Transformation...* cit., pp. 38 e 39.

A questão seguinte é saber quais critérios são adequados para aferir o potencial de transformação social do Judiciário e seu desempenho ao julgar litígios envolvendo direitos sociais. Dentre os critérios admissíveis, encontram-se indicadores quantitativos e qualitativos. A frequência é um indicador quantitativo. Ele é empregado, por exemplo, para se verificar o percentual de litígios envolvendo direitos sociais que produziram efeitos de transformação social em relação ao total de demandas propostas. A importância é um indicador qualitativo. Ele é utilizado, por exemplo, ao se avaliar a relevância jurídica e social dos casos ajuizados, a extensão das consequências sociais e políticas dos julgamentos, e o grau de sua implementação⁵. Estes mesmos critérios são aplicáveis para avaliar cada uma das quatro etapas acima mencionadas.

Enfim, é importante salientar que a estrutura de análise aqui apresentada guarda pontos de semelhança com outra proposta analítica, que foi sugerida por VARUN GAURI e DANIEL BRINKS. Eles subdividem o ciclo de vida dos litígios envolvendo direitos sociais em quatro etapas: a mobilização jurídica (semelhante à acessibilidade); a decisão judicial (união das fases de receptividade e capacidade); a resposta dos atores burocráticos, políticos e sociais (semelhante ao consentimento); e, em muitos casos, a litigância subsequente (equivalente ao reinício do procedimento)⁶.

GAURI e BRINKS procuram enfatizar que cada etapa desse procedimento envolve escolhas realizadas por um ou mais atores estratégicos (algo que também pode ser dito em relação à proposta deste estudo). Neste sentido, observa-se que os litigantes atuam antecipando a futura resposta judicial, a probabilidade de ser implementada e a própria capacidade de prosseguir nos desdobramentos do litígio. Os juízes também formam sua convicção considerando a probabilidade de a decisão ser implementada, a reação política e a existência de litigante capaz de prosseguir nos desdobramentos do litígio ou de trazer novas demandas. E atores públicos e privados implementam as decisões judiciais tendo em vista a natureza dessa decisão e a probabilidade de a implementação ser fiscalizada pelos litigantes. Conforme advertem GAURI e BRINKS, trata-se de reconhecer a natureza provisória e interativa da deliberação judicial, que não está alheia a reações de outros atores⁷.

⁵ Cf. Siri GLOPPEN, *Courts and Social Transformation...* cit., pp. 40 e 41. O estudo de caso realizado no capítulo IV pautou-se fundamentalmente pelo indicador “importância”, embora também utilize indicador quantitativo.

⁶ Cf. *Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights*, in Varun GAURI – Daniel M. BRINKS (eds.), *Courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 4.

⁷ Cf. *Introduction...* cit., pp. 4 e 5.

Dito isso, passa-se à análise dos principais fatores que repercutem no potencial de transformação social do Judiciário, com foco nas particularidades do Brasil.

II.1- Acessibilidade

O objetivo deste item é identificar os fatores mais relevantes no cenário brasileiro que determinam o grau de acesso à justiça pelos segmentos mais pobres da população (ou por alguém que os represente), na busca pela realização de direitos sociais.

A importância desse exame é evidente. Em um contexto no qual há muitas ações individuais pleiteando a realização de direitos sociais, é preciso saber se as reivindicações dos mais pobres conseguem alcançar o Judiciário. Se a resposta for negativa, a intervenção judicial provocada por estas ações deixará de beneficiar justamente os mais necessitados. Poderá até mesmo contribuir para agravar a desigualdade social⁸.

Fatores de natureza variada afetam a quantidade de demandas sobre direitos sociais e a qualidade de sua formulação.

A primeira variável a ser apontada é o conjunto de informações dos potenciais litigantes. Para que tenham condições de buscar proteção judicial, os possíveis demandantes devem ter ao menos informações básicas sobre os seus direitos, a faculdade de ir a juízo em caso de violação e os meios para realizar este ato. Porém, a falta desse conhecimento é frequente entre os mais pobres. Para combater este problema, recomendam-se programas de disseminação de informações jurídicas básicas, e a veiculação de informações pelos meios de comunicação mais utilizados pela população⁹.

Há também outras variáveis importantes identificadas. Existem obstáculos que dificultam a ação mesmo quando há algum conhecimento, destacando-se os custos

⁸ Sobre este problema, cf. Virgílio Afonso da SILVA, *Taking from the Poor to Give to the Rich: the individualistic enforcement of social rights*, Paper, VIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, 2007, pp. 2 e 3, disponível no endereço eletrônico (acesso em 11-04-2010) <<http://www.enelsyn.gr/papers/w13/Paper%20by%20Prof.%20Virgilio%20Afonso%20da%20Silva.pdf>>

⁹ Cf. Siri GLOPPEN, *Courts and Social Transformation...* cit., pp. 45 e 46 e Roberto GARGARELLA, *"Too far removed from the people" – Access to Justice for the Poor: The Case of Latin America*, Bergen, Chr. Michelsen Institute Paper, UNDP, 2002, p. 3, disponível no endereço eletrônico <http://www.undp.org/oslocentre/PAR_Bergen_2002/latin-america.pdf> (acesso em 23-08-2010).

econômicos diretos e indiretos de movimentar um processo, a distância geográfica e as barreiras de linguagem¹⁰.

Simultaneamente, diferentes obstáculos repercutem na vontade dos potenciais litigantes, que podem não se sentir motivados a ajuizar uma demanda. Entre as camadas mais pobres da população, o Judiciário é muitas vezes visto com medo e desconfiança. Dentre as razões para isso, aponta-se a distância entre os tribunais e o contexto cultural e social das comunidades pobres, anteriores experiências negativas com o funcionamento do sistema jurídico, a demora excessiva, a descrença na justiça e na possibilidade de obter algum benefício efetivo¹¹.

Também é reconhecido como fator importante que repercute na vontade a disponibilidade de caminhos alternativos para buscar a solução de problemas envolvendo direitos sociais, especialmente a mobilização junto a outros órgãos públicos, manifestações e campanhas. Caso essas estratégias alternativas sejam consideradas menos custosas, mais eficazes, ou mais apropriadas, poderão desestimular o litígio judicial¹².

Outras variáveis indicadas que afetam o surgimento de demandas envolvendo direitos sociais dizem respeito às características do sistema jurídico. Nesse sentido, a disciplina contida nos textos constitucionais e legais pode oferecer fundamentação mais ou menos persuasiva para litígios acerca de direitos sociais. Acrescente-se que o grau de formalismo e de afastamento do sistema judicial repercute na motivação dos potenciais litigantes e na sensibilidade dos juízes. Além disso, as normas processuais podem ampliar ou restringir as hipóteses de representação processual, ou seja, a faculdade de que alguém ingresse com ação em favor de um terceiro ou de um grupo de pessoas¹³.

Por vezes, as variáveis citadas constituem obstáculos que impedem que demandas em favor dos pobres sejam ajuizadas. No entanto, conforme lembra SIRI GLOPPEN, existem recursos, estratégias e iniciativas que eventualmente são capazes de superar essas barreiras¹⁴.

Uma variável importante para isso é a capacidade de associação dos pobres. Através de associações, criam-se condições de gerar mobilização, conhecimento e recursos

¹⁰ Cf. Siri GLOPPEN, *Courts and Social Transformation...* cit., p. 46 e Roberto GARGARELLA, “*Too far removed...*” cit., pp. 3 a 5.

¹¹ Cf. Siri GLOPPEN, *Courts and Social Transformation...* cit., p. 46 e Roberto GARGARELLA, “*Too far removed...*” cit., pp. 3 a 5 e 10 a 12.

¹² Cf. Siri GLOPPEN, *Courts and Social Transformation...* cit., p. 46.

¹³ Cf. Siri GLOPPEN, *Courts and Social Transformation...* cit., pp. 46 e 47 e Roberto GARGARELLA, “*Too far removed...*” cit., pp. 1 e 4.

¹⁴ Cf. *Courts and Social Transformation...* cit., p. 47. No mesmo sentido, ver Varun GAURI – Daniel M. BRINKS, *Introduction...* cit., pp. 5 e 6.

financeiros. Outra variável importante é a abrangência e a qualidade da assistência jurídica disponível, seja ela pública ou privada, fornecida por advocacia *pro bono* ou por organizações não governamentais¹⁵.

A análise deste conjunto de variáveis permite compreender os caminhos pelos quais os pobres conseguem levar aos juízes reivindicações de direitos sociais em um determinado contexto.

Resta observar como estas variáveis apresentam-se no Brasil.

Primeiramente, é importante destacar que o ordenamento jurídico brasileiro reconheceu em termos abrangentes grande número de direitos sociais. Todavia, a garantia efetiva desses direitos a todos está longe de ser atingida¹⁶. Contribuindo para isso, muitas das variáveis indicadas proporcionam grandes obstáculos ao acesso à justiça pelos pobres no Brasil.

No cenário brasileiro, verifica-se que a falta de informação e de recursos financeiros, assim como a baixa escolaridade e uma ampla descrença na justiça comprometem o acesso ao Judiciário de grande parcela da população¹⁷.

Apesar da existência de assistência jurídica gratuita prestada pelo Estado, esta não é suficiente para fazer frente à demanda potencial. Trata-se de problema que apenas é atenuado pela atuação de instituições privadas¹⁸.

Não obstante isso, existem circunstâncias em que os pobres (ou terceiros em seu benefício) conseguem superar estes obstáculos, por meio de ações individuais ou coletivas¹⁹.

Trato primeiramente da hipótese de ajuizamento de ações individuais.

¹⁵ Cf. Siri GLOPPEN, *Courts and Social Transformation...* cit., pp. 47 e 48.

¹⁶ Roberto GARGARELLA observa que essa situação é comum entre os países da América Latina. Ver “*Too far removed...*” cit., p. 1.

¹⁷ Cf. José M. CARVALHO, *Cidadania no Brasil: o longo caminho* (2001), 12ª ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2009, pp. 214 a 217 e Florian F. HOFFMANN – Fernando R. N. M. BENTES, *Accountability for Social and Economic Rights in Brazil*, in Varun GAURI – Daniel M. BRINKS (eds.), *Courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 105 e 111. Com base em dados da PNAD de 1996, José M. CARVALHO estima que a falta de acesso à justiça atinge principalmente os 23% de famílias que recebem até dois salários mínimos, embora esse problema de forma parcial também afete quem se encontra nos 63% de famílias que recebem mais de dois até vinte salários mínimos. Ver a primeira obra citada, mesmas páginas.

¹⁸ Cf. José M. CARVALHO, *Cidadania no Brasil...* cit., p. 215, *III Diagnóstico Defensoria Pública no Brasil*, Ministério da Justiça, Brasil, 2009, pp. 266 e 267 e Florian F. HOFFMANN – Fernando R. N. M. BENTES, *Accountability...* cit., p. 112.

¹⁹ Tendo em vista os objetivos deste estudo, as ações coletivas não serão analisadas separadamente das ações de controle abstrato de constitucionalidade. Ambas são aqui incluídas sob o rótulo de “ações coletivas”, por sua capacidade de produção de efeitos coletivos, ressalvando-se apenas algumas circunstâncias ao longo do trabalho em que a diferenciação mostra-se necessária.

A rede de instituições que fornece assistência jurídica gratuita no Brasil possui deficiências e não cobre toda a demanda potencial. Estimar em que medida ela consegue dar voz aos pobres é uma questão empírica que poderá sofrer variações conforme a matéria e a região. De qualquer modo, existem hipóteses em que a advocacia privada poderá exercer um papel relevante para atenuar essa carência. É o que se observa, por exemplo, em demandas individuais promovidas nas áreas da assistência e da previdência social (a este respeito, ver o item IV.4.1, *infra*).

Ainda que a atuação dessas instituições seja avaliada como insuficiente, pode-se afirmar que demandas individuais por vezes dão voz aos interesses dos pobres, conseguindo contornar obstáculos pré-processuais ao acesso à justiça. Em cada caso, será preciso estimar a extensão e a qualidade dessa voz. Isso também não significa que referidas demandas estejam aptas a receber uma resposta judicial positiva. O principal problema – que será examinado em momento posterior – é o da adequação de demandas individuais para a proteção de direitos sociais.

Paralelamente às demandas individuais, existem no Brasil instrumentos de tutela judicial com efeitos coletivos. Sua relevância é clara, já que podem ser utilizados para evitar a multiplicação de demandas individuais, e para a defesa de direitos sociais de quem não consegue superar as barreiras ao acesso à justiça. Acrescente-se que em geral as ações de natureza coletivas são instrumentos processuais mais adequados à estrutura dos direitos sociais.

A ação civil pública apresenta-se como um instrumento de tutela coletiva com grande potencial de uso, devido à abrangência de seu objeto e à variedade de legitimados para a sua propositura. As normas processuais asseguram legitimidade a diferentes instituições, dentre as quais associações, o Ministério Público e a Defensoria Pública (artigo 5.º da Lei n.º 7.347/85). No entanto, isso não gerou uma intensa participação de todos os legitimados no uso deste instrumento processual. Salvo raras exceções, predominam as ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público²⁰. Acrescente-se que há controvérsias em relação à abrangência da legitimidade do Ministério Público em determinadas áreas, em particular nas áreas de assistência e previdência social (ver o item IV.4.1, *infra*).

²⁰ Cf. Rodolfo C. MANCUSO, *A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas*, in Édís MILARÉ (coord.), *Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos*, São Paulo, Revista dos tribunais, 2001, pp. 748 a 751. Sobre o papel restrito desempenhado pelas organizações não governamentais na promoção de demandas no campo dos direitos sociais, ver Florian F. HOFFMANN – Fernando R. N. M. BENTES, *Accountability...* cit., pp. 114 e 115.

Outras ações capazes de produzir efeitos coletivos dizem respeito ao controle concentrado de constitucionalidade, com destaque para a ação direta de inconstitucionalidade e para a arguição de descumprimento de preceito fundamental, que podem ser propostas pelo Procurador-Geral da República, pelo Conselho Federal da OAB e por partido político com representação no Congresso Nacional, dentre outras instituições. De qualquer modo, deve-se notar que esses instrumentos processuais costumam apresentar menor flexibilidade do que a ação civil pública no tocante aos remédios judiciais a serem pleiteados.

Assim, em alguma medida reivindicações de direitos sociais também são canalizadas através de ações com efeitos coletivos, o que atenua os obstáculos ao acesso à justiça. Na verdade, existem circunstâncias em que apenas ações coletivas estão aptas a levar a juízo pedidos de proteção de determinados interesses coletivos, que de outra forma permaneceriam sub-representados na sociedade²¹.

Por outro lado, há alternativas ao ajuizamento de ações coletivas, capazes de reduzir a necessidade de provocar a via judicial. Trata-se dos instrumentos extrajudiciais empregados a fim de que os potenciais litigantes atinjam um acordo através de negociação. Destacam-se os inquéritos civis públicos e outros procedimentos administrativos, que podem resultar em recomendação ou em compromisso de ajustamento de conduta, os quais têm sido utilizados de forma relevante pelo Ministério Público²².

Para completar esse quadro, é importante notar que existe grande assimetria na qualidade do acesso à justiça. Os litigantes diferenciam-se em sua capacidade de obter respostas judiciais favoráveis. Alguns litigantes utilizam-se frequentemente do sistema judicial em casos semelhantes, de modo que adquirem vantagens em comparação com litigantes eventuais, tais como experiência, conhecimentos específicos e a possibilidade de criar estratégias de longo prazo para a litigância judicial²³. Ainda que não seja um fator decisivo (e de fato não é), ele contribui para o resultado do litígio.

Portanto, a avaliação do grau de acessibilidade em relação a determinado direito social requer a análise tanto de demandas individuais, quanto de ações com efeitos coletivos, sem ignorar a qualidade do acesso e as possíveis consequências do uso de

²¹ Cf. Carlos A. SALLES, *Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas*, in Maria P. Dallari BUCCI (org.), *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*, São Paulo, Saraiva, 2006, pp. 179, 182 e 191 e *Processo civil de interesse público*, in Carlos A. SALLES (org.), *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*, São Paulo, Revista dos tribunais, 2003, p. 57.

²² Cf. Luiza C. F. FRISCHEISEN, *Políticas Públicas: A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*, São Paulo, Max Limonad, 2000, pp. 131, 133 e 134.

procedimento extrajudicial de composição entre as partes. Diante da extensão do Brasil, as variáveis envolvidas podem apresentar consideráveis diferenças regionais²⁴.

II.2- Receptividade

Neste item, busca-se destacar as principais variáveis que interferem na admissão ou rejeição pelo Judiciário brasileiro das demandas por direitos sociais. Através dessa investigação, são revelados os fatores que favorecem ou dificultam considerar determinada pretensão suscetível de apreciação judicial.

Parte desta explicação diz respeito a variáveis examinadas no item anterior (acessibilidade). Dessa forma, apresentam-se como fatores relevantes especialmente a questão objeto de litígio, a maneira pela qual a demanda foi formulada, a qualidade dessa formulação, e os instrumentos processuais utilizados. Contudo, há também variáveis próprias desta segunda etapa, ou que nela apresentam-se de forma peculiar²⁵.

Assim como na etapa anterior, características do sistema jurídico são fatores importantes que devem ser levados em consideração. Com efeito, pode haver maior ou menor clareza nas normas de direito material e processual de determinado país, em relação à possibilidade, à forma e à extensão da proteção judicial aos direitos sociais²⁶.

Destaca-se ainda a influência de aspectos da cultura jurídica predominante em torno do papel a ser desempenhado pelos juízes e do relacionamento entre direito e política. A estes fatores, acrescenta-se o conjunto de variáveis que afetam a sensibilidade individual e coletiva dos juízes para as questões envolvendo direitos sociais. Essa sensibilidade é influenciada pela experiência pessoal e profissional dos juízes, por seus valores, pela

²³ Cf. Carlos A. SALLES, *Processo civil...* cit., pp. 66 e 67.

²⁴ A respeito das diferenças regionais no Brasil, cf. Florian F. HOFFMANN – Fernando R. N. M. BENTES, *Accountability...* cit., p. 143.

²⁵ Cf. Siri GLOPPEN, *Courts and Social Transformation...* cit., p. 49. A análise de Varun GAURI e Daniel M. BRINKS sugere que os maiores constrangimentos à judicialização de direitos sociais dizem respeito a características dos serviços judiciais e da cultura jurídica. Atingido um patamar básico de recursos, a mobilização da sociedade torna-se possível. No entanto, o grau de mobilização dependerá da receptividade dos tribunais. Ver *A New Policy Landscape: Legalizing Social and Economic Rights in the Developing World*, in Varun GAURI – Daniel M. BRINKS (eds.), *Courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 309 a 314.

²⁶ Cf. Siri GLOPPEN, *Courts and Social Transformation...* cit., pp. 49 e 50.

educação jurídica, por treinamento específico, e pela composição do Judiciário (resultado dos critérios de seleção adotados)²⁷.

A partir do exame dessas variáveis, compreende-se quais fatores são relevantes para a admissão de demandas envolvendo direitos sociais pelo Judiciário.

Passo a verificar como estes fatores apresentam-se no Brasil.

No cenário brasileiro, a composição do Judiciário resulta de critérios de seleção mistos. Em primeiro grau de jurisdição, os juízes são admitidos através de concurso público de provas e títulos, pelo qual ingressam no início de uma carreira. Desse modo, estimula-se um maior rigor técnico e maior profissionalização da magistratura²⁸.

Paralelamente, existe a indicação de magistrados para cargos em segundo grau de jurisdição e nas instâncias superiores do Judiciário brasileiro. Para a composição do STF e de outros tribunais, o Presidente da República pode nomear pessoas oriundas ou não da magistratura, com variação dos requisitos a serem observados conforme a hipótese (artigos 84, XIV, 94, 101, 104, parágrafo único, II, 111-A, I, 115, I, 119, II, 120, § 1.º, III e 123 da Constituição)²⁹. Trata-se de um mecanismo para aumentar a afinidade entre as concepções valorativas predominantes nos órgãos políticos e no Judiciário.

Alguns traços da composição do Judiciário resultante desses procedimentos de seleção foram estimados em pesquisa por amostragem promovida pela AMB em 2005. Segundo indica essa pesquisa, a composição da magistratura apresenta um perfil demográfico que não corresponde exatamente a um retrato da população brasileira, mas existem indicadores de mobilidade social e de democratização na composição do corpo de magistrados. A pesquisa indicou o predomínio de integrantes do gênero masculino (77,6%, com tendência a ampliação da participação feminina), de cor branca (86,5%, com tênue tendência a incorporar outros grupos), com média de idade superior a quarenta e quatro anos e filhos de pais com escolaridade inferior à sua³⁰.

Como complemento, a AMB promoveu nova pesquisa em 2006, em que buscou tornar públicos os posicionamentos de magistrados sobre uma série de temas que integram a pauta de debates no Brasil, e que não se referem ao sistema judicial em sentido estrito.

²⁷ Cf. Siri GLOPPEN, *Courts and Social Transformation...* cit., p. 50.

²⁸ Sobre o ingresso na magistratura por concurso público, cf. Eugenio R. ZAFFARONI, *Poder Judiciário: Crise, Acertos e Desacertos*, trad. port. de Juarez Tavares, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, pp. 45, 142 e 147.

²⁹ Em geral, a nomeação pelo Chefe do Executivo consiste em ato complexo, do qual participa o Legislativo ou entidades de classe interessadas.

³⁰ Cf. Maria T. SADEK (coord.), *Magistrados Brasileiros: caracterização e opiniões*, Pesquisa da AMB, 2005, pp. 4 e 7 a 10. A pesquisa foi realizada através de questionários enviados a todos os magistrados

Ao comentar os resultados obtidos, a coordenadora da pesquisa, MARIA SADEK, sustentou que eles mostram uma magistratura plural, e que a heterogeneidade interna constatada impõe a complexidade na construção do perfil da magistratura³¹.

Esse quadro sugere a existência de um grau relevante de diversidade de pensamento no interior do Judiciário brasileiro, o que levanta o problema de compreender seu impacto na sensibilidade da magistratura para questões envolvendo direitos sociais³².

A cultura jurídica e o ensino jurídico ministrado no Brasil são outros fatores relevantes a serem considerados, que têm um impacto evidente sobre o problema mencionado.

Ainda há no Brasil profunda influência de uma tradição formalista sobre os profissionais do direito, caracterizada pelo positivismo jurídico e pelo corporativismo profissional. No entanto, nota-se o surgimento de um movimento no sentido da renovação na cultura jurídica³³.

Por outro lado, o ensino jurídico oferecido aos operadores do direito em geral não fornece preparação suficiente para enfrentar as dificuldades características de demandas envolvendo direitos sociais. Essa carência é agravada pela ausência de uma experiência consolidada em torno da matéria. Neste contexto, o reconhecimento formal dos direitos sociais na Constituição e na legislação é acompanhado por incertezas e discussões em relação à extensão da proteção judicial³⁴.

Estes fatores contribuem para que a recepção pelo Judiciário brasileiro de litígios envolvendo direitos sociais ocorra de forma vacilante. De qualquer modo, parece haver uma tendência à admissão e maior probabilidade de êxito de demandas individuais acerca de direitos sociais, em detrimento de ações coletivas. Em muitas circunstâncias, decisões judiciais ignoram os problemas decorrentes da natureza coletiva desses direitos. Há elementos empíricos neste sentido, ao menos nas áreas da saúde e educação³⁵, assistência e previdência social³⁶.

associados da AMB (ao todo, 11.286 magistrados, dos quais 9.942 na ativa e 1.344 aposentados), os quais foram respondidos por 28,9% do total de associados (3.258 magistrados).

³¹ Cf. Maria T. SADEK (coord.), *A palavra está com você - Resultados*, Pesquisa da AMB, 2006, p. 7. A pesquisa foi realizada através de questionários enviados a todos os magistrados associados da AMB, os quais foram respondidos por 25,1% do total de associados.

³² De acordo com Varun GAURI e Daniel M. BRINKS, há maior ativismo de tribunais de segundo grau no Brasil, em comparação com os tribunais superiores, o que está associado ao procedimento de seleção de seus membros, que se reveste de maior isolamento da política no primeiro caso. Ver *A New Policy...* cit., p. 316.

³³ Cf. Florian F. HOFFMANN – Fernando R. N. M. BENTES, *Accountability...* cit., p. 105.

³⁴ Cf. Florian F. HOFFMANN – Fernando R. N. M. BENTES, *Accountability...* cit., pp. 106 e 107.

³⁵ Como exemplos, cito dois estudos neste sentido. José R. de Lima LOPES pesquisou as decisões em ações civis públicas sobre direito à saúde e educação proferidas pelo STJ e pelo TJ de São Paulo no período

Evidentemente, esse filtro judicial produz efeitos sobre as etapas seguintes, pois a definição dos litígios a serem processados amolda as respostas judiciais possíveis e os resultados atingíveis. Mas também repercute sobre a acessibilidade, na medida em que o comportamento judicial é um fator levado em consideração na propositura ou não de novas ações (individuais ou coletivas). Assim, a tendência ao predomínio da perspectiva individual de tratamento dos litígios envolvendo direitos sociais contribui para que essa perspectiva continue prevalecendo nas futuras ações a serem ajuizadas.

II.3- Capacidade

Este item procura investigar quais são os fatores mais importantes que afetam a habilidade dos juízes de solucionar litígios a respeito de direitos sociais, atribuindo-lhes efeitos jurídicos, de forma que contribua para a concretização destes direitos em favor das camadas mais pobres da população.

Os resultados das etapas anteriores refletem-se nesta etapa. Em especial, a qualidade do acesso à justiça poderá ter um grande impacto neste momento³⁷. Com efeito, muitas pretensões sequer chegam à apreciação judicial, ou são apresentadas em juízo de

de 1989 a 2003. O autor concluiu que os tribunais ficam à vontade para julgar o caso a favor de um indivíduo, mas não ficam à vontade para obrigar à revisão de políticas gerais. Acrescentou que, no campo da saúde e educação, as ações civis públicas tendem a ter mais sucesso quando propostas para defender a fruição individual de um direito social do que quando propostas para defender interesses difusos. Cf. José R. de Lima LOPES, *Direitos sociais: teoria e prática*, São Paulo, Método, 2006, pp. 254 a 256.

O segundo estudo é de Virgílio Afonso da SILVA, baseado em três pesquisas empíricas realizadas na área da saúde. O autor concluiu que os juízes parecem ignorar o caráter coletivo dos direitos sociais ao tratar os problemas como se fossem similares a problemas relativos a direitos individuais. Cf. Virgílio Afonso da SILVA, *Taking from the Poor...* cit., pp. 14 e 15. A respeito do assunto, ver também Florian F. HOFFMANN – Fernando R. N. M. BENTES, *Accountability...* cit., pp. 133 a 135 e 141. Este entendimento parece ser corroborado pela resposta dada por magistrados a uma das perguntas da pesquisa promovida pela AMB, junto a seus associados, em 2006. Apresentou-se a situação hipotética em que o sistema público de saúde nega o fornecimento de medicamentos dispendiosos, alegando ser tal despesa comprometedor do orçamento necessário ao atendimento do restante da população. Neste contexto, perguntou-se em que medida o magistrado, quando determina que o Estado forneça o medicamento pleiteado, considera o impacto desta decisão no volume total de recursos reservados pelo Poder Público ao conjunto da sociedade. A resposta da amostragem com maior percentual foi a de que não considera importantes os impactos (38,9%), seguida pelas respostas de que considera os impactos como medianamente importantes (32,3%), considera os impactos como extremamente importantes (15,3%), e não sabe ou não respondeu (13,5%). Cf. Maria T. SADEK (coord.), *A palavra está com você...* cit., p. 24.

³⁶ Em relação às duas últimas áreas, ver o item IV.4.2, *infra*.

³⁷ Cf. Siri GLOPPEN, *Courts and Social Transformation...* cit., p. 52.

forma deficiente. Assim, a qualidade do acesso à justiça interfere na definição da agenda decisória do Judiciário.

Aqui transparece uma importante limitação estrutural do Judiciário, já que não compete a este Poder definir sobre quais questões deve deliberar. Para preservar a sua imparcialidade, ele é mantido inerte e sem a faculdade de selecionar o tipo de demanda que deverá solucionar. Seu campo decisório é definido pelos limites dos litígios apresentados pelos litigantes, que não guardam entre si qualquer relação necessária. Assim, a extensão do controle judicial tende a se restringir a uma parte – maior ou menor – de política pública mais ampla. Muitas vezes uma parcela do conflito é judicializada, enquanto outra permanece alheia à apreciação dos tribunais. Portanto, a análise judicial sempre está sujeita a considerável grau de fragmentação, descontinuidade e contingência³⁸.

Passo a destacar as variáveis mais importantes próprias da etapa da capacidade, ou que nela mostram características particulares.

SIRI GLOPPEN subdivide estas variáveis em dois grupos: o primeiro grupo interfere diretamente na habilidade do tribunal para julgar os casos de direitos sociais; o segundo grupo interfere na disposição do órgão para exercer esta habilidade³⁹.

No segundo grupo, a variável indicada é o grau de independência dos juízes em face dos outros órgãos da magistratura, dos demais Poderes do Estado, e dos interesses econômicos e sociais dominantes. Diferentes fatores interferem nesta independência, especialmente a forma de seleção dos magistrados, as garantias existentes (tais como estabilidade), a composição da magistratura, a sua reputação profissional e a proteção conferida pela comunidade⁴⁰.

Resta mencionar os fatores que interferem diretamente naquela habilidade. Inicialmente, são destacados a experiência, a formação e o treinamento dos juízes, a sua capacidade de pesquisa, e o acesso a um conjunto de materiais jurídicos relevantes, inclusive construções jurisprudenciais já desenvolvidas. Outros fatores mencionados são a infraestrutura existente e os recursos financeiros disponíveis para o Judiciário, assim como os seus instrumentos de investigação, de execução e de controle sobre a implementação de

³⁸ Cf. Mauro CAPPELLETTI, *Juizes Legisladores?*... cit., p. 83, José R. de Lima LOPES, *Judiciário, Democracia*... cit., p. 570 e *Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito*, in José E. FARIA (org.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça* (1994), São Paulo, Malheiros, 2002, p. 134, Celso F. CAMPILONGO, *Política, Sistema Jurídico*... cit., pp. 104 a 106, 117 e 118 e Gerald N. ROSENBERG, *The Hollow Hope – Can Courts Bring About Social Change?*, Chicago and London, University of Chicago, 1991, p. 12.

³⁹ Cf. *Courts and Social Transformation*... cit., pp. 52 e 53.

⁴⁰ Cf. Siri GLOPPEN, *Courts and Social Transformation*... cit., pp. 52 e 53.

suas decisões. De modo semelhante, é indicada a influência da cultura jurídica, especialmente no que diz respeito às teorias predominantes sobre a interpretação judicial⁴¹.

Também nesta fase características do sistema jurídico são consideradas fatores relevantes. Com efeito, normas de direito processual e material repercutem no modo de processamento dos litígios, no reconhecimento ou não de uma violação a um direito social e, em caso positivo, na escolha da espécie de resposta judicial⁴².

O grande problema aqui é compreender como a capacidade do Judiciário é desafiada a partir da emergência dos direitos sociais.

Os direitos sociais possuem uma estrutura peculiar, que demanda por parte do Judiciário uma abordagem distinta daquela tradicional. Com efeito, existem diferenças entre liberdades públicas e direitos sociais, apesar de serem menores do que muitas vezes se admite. Neste sentido, observa-se que liberdades públicas exigem principalmente uma abstenção estatal, e dependem de prestações que são fornecidas pela mesma estrutura institucional que já movimenta o Estado. Por sua vez, os direitos sociais exigem principalmente prestações estatais, a partir de condições que precisam ser criadas e são específicas para cada direito⁴³. Isso significa que a concretização de direitos sociais possui uma dimensão coletiva: ela depende da implementação de políticas públicas de abrangência geral, em um cenário de escassez de recursos.

Os litígios envolvendo direitos sociais podem apresentar diferentes graus de complexidade, que variam conforme o objeto do direito levado a juízo, considerando que a realização de um direito social requer ora prestações normativas, ora prestações fáticas.

Por um lado, é relevante o grau de determinação das normas constitucionais e legais. Assim, quanto menor for a regulamentação já existente a respeito do direito, maior será a dificuldade de apreciação judicial da questão. A via judicial não é adequada para a elaboração de novas normas jurídicas em termos amplos, tarefa que compete primordialmente aos órgãos políticos⁴⁴. Sem negar o papel criativo do Judiciário (ver o item I.2.1, *supra*), observa-se que sua atividade normativa está submetida a sensíveis constrangimentos, que reclamam certo grau de disciplina normativa prévia.

⁴¹ Cf. Siri GLOPPEN, *Courts and Social Transformation...* cit., pp. 51 a 53 e Mauro CAPPELLETTI, *Juizes Legisladores?*... cit., pp. 87 e 88.

⁴² Cf. Siri GLOPPEN, *Courts and Social Transformation...* cit., pp. 51 a 53.

⁴³ A respeito das semelhanças e diferenças entre liberdades públicas e direitos sociais, cf. Virgílio Afonso da SILVA, *Direitos Fundamentais...* cit., pp. 243 e 244.

⁴⁴ Cf. José R. de Lima LOPES, *Judiciário, Democracia...* cit., p. 570 e *Direito subjetivo...* cit., pp. 134 e 135, Varun GAURI – Daniel M. BRINKS, *A New Policy...* cit., p. 344 e 345 e Víctor ABRAMOVICH – Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 122 a 125.

Por outro lado, também é relevante a espécie de prestação fática exigida para a concretização do direito. Dentre as prestações fáticas, incluem-se a prestação pecuniária, a prestação material simples, e a prestação material que pressupõe uma nova infraestrutura operacional com maior ou menor grau de complexidade. Assim, uma hipótese mais simples é a concretização de um direito social através da transferência direta de dinheiro. Outras hipóteses mais complexas envolvem a necessidade de aquisição de material, contratação de pessoal ou criação de infraestrutura para a concretização de um direito. Assim, cada direito social suscita problemas específicos, além daqueles que são comuns a toda a classe⁴⁵.

Esses problemas ganham contornos diferenciados conforme a via processual escolhida pelos demandantes.

Verifica-se que ações em favor de indivíduos determinados são utilizadas para a tutela de direitos sociais. Normalmente, trata-se de pedidos que buscam a individualização do titular do direito e da prestação a ser pleiteia em face do Estado. Nestes casos, não raro a dimensão coletiva dos direitos sociais fica obscurecida.

Porém, o uso de instrumentos individuais para remediar a ausência de – ou insuficiência na – prestação de um direito social provoca problemas. De fato, as prestações fáticas a serem fornecidas pelo Estado pressupõem a existência de meios, que são limitados, distribuindo-se conforme o desenho das políticas públicas. Neste cenário de escassez, ações individuais – que beneficiam diretamente a minoria composta pelos demandantes – podem acarretar modificações na alocação dos recursos destinados a uma ou mais políticas públicas, em prejuízo da grande maioria da população. Assim, há o risco de que a ação individual constitua uma forma privilegiada de apropriação de recursos públicos, com violação da premissa de que os direitos sociais devem ser assegurados de modo universal⁴⁶.

Por outro lado, ações de natureza coletiva também são movidas para a tutela de direitos sociais. Além de seus efeitos mais amplos, essa via processual adapta-se melhor ao tratamento de problemas de maior complexidade, como os que envolvem a criação de uma nova infraestrutura pelo Estado. Aqui, o maior desafio é o de compreender as particularidades dessa espécie de ação.

A criação de ações de natureza coletiva é associada à emergência de um novo modelo processual, com características peculiares, voltado para a tutela de interesses

⁴⁵ Cf. Robert ALEXY, *Teoria dos Direitos...* cit., pp. 442 e 443.

⁴⁶ Cf. José R. de Lima LOPES, *Judiciário, Democracia...* cit., pp. 563 e 564.

supraindividuais. De acordo com o novo modelo, as partes no processo, a forma como este é conduzido pelo juiz, as condições de produção das provas, a decisão judicial e a fase de execução afastam-se, ao menos parcialmente, da visão tradicional acerca do processo judicial⁴⁷.

No que concerne às partes na relação processual, esse modelo pressupõe a atuação de representantes de interesses da coletividade, legitimados para ingressar com ações em favor de pessoas que não estão presentes no processo e que muitas vezes dificilmente podem ser determinadas. Consequência disso é a ampliação dos efeitos das decisões judiciais, que se estendem a todos aqueles que são representados⁴⁸.

Nota-se ainda que a tutela de interesses coletivos demanda dos juízes uma postura mais ativa, a capacidade de incentivar a cooperação das partes na fase instrutória e na fase de execução, assim como a capacidade de mediar e de conciliar as posições conflitantes. E, nas ocasiões em que uma resposta negociada não pode ser alcançada, exige-se dos magistrados a capacidade de considerar os efeitos da decisão judicial sobre as partes e a sociedade em geral⁴⁹.

Nessas demandas, a fase de instrução costuma envolver problemas complexos, que tornam necessário conhecimento técnico e científico em múltiplas áreas, o que em geral o Poder Judiciário não possui. Busca-se atenuar essa carência através da nomeação de peritos ou da participação de terceiros, a fim de auxiliar na compreensão e na interpretação dos fatos. De qualquer forma, trata-se de ferramentas de alcance mais limitado do que aquelas à disposição dos órgãos políticos⁵⁰, o que torna recomendável cautela na deliberação judicial acerca dessas questões.

A deliberação judicial tradicionalmente é uma atividade voltada para a aplicação de normas jurídicas de modo retrospectivo e definitivo, mesmo quando tem consequências futuras. No entanto, litígios coletivos possuem características prospectivas. Eles costumam exigir a preocupação com eventos futuros e com relações que se estendem ao longo do

⁴⁷ Cf. Mauro CAPPELLETTI, *Juízes Legisladores?*... cit., pp. 57 e 58, Carlos A. SALLES, *Políticas públicas e processo*... cit., p. 179 e *Processo civil*... cit., pp. 39, 40, 55 e 56, Abram CHAYES, *The role of the judge in public law litigation*, in *Harvard Law Review*, vol. 89, 1976, pp. 1282, 1283 e 1302, Owen M. FISS, *The Forms of Justice*, in *Harvard Law Review*, vol. 93, 1979, pp. 17 e ss. e Charles F. SABEL – William H. SIMON, *Destabilization rights: how public law litigation succeeds*, in *Harvard Law Review*, vol. 117, 2004, pp. 1016 a 1019.

⁴⁸ Cf. Mauro CAPPELLETTI, *Juízes Legisladores?*... cit., pp. 57 e 58 e Owen M. FISS, *The Forms of Justice*... cit., pp. 19 a 21.

⁴⁹ Cf. Carlos A. SALLES, *Processo civil*... cit., p. 51, Abram CHAYES, *The role of the judge*... cit., p. 1284 e Owen M. FISS, *The Forms of Justice*... cit., p. 24.

⁵⁰ Cf. Mauro CAPPELLETTI, *Juízes Legisladores?*... cit., pp. 88 e 89 e Celso F. CAMPILONGO, *Política, Sistema Jurídico*... cit., pp. 105 e 106.

tempo, em um contexto de informações imperfeitas, múltiplas alternativas e pluralidade de centros decisórios. Por essa razão, as respostas a esses litígios devem conter flexibilidade suficiente para que possam ser corrigidas em caso de efeitos indesejados e imprevistos. Disso decorre a necessidade de flexibilização de características típicas da decisão judicial, em particular do instituto da coisa julgada⁵¹.

A execução da decisão judicial também se reveste de dificuldades peculiares em razão da complexidade do objeto. Há dificuldade de assegurar a efetividade do que foi decidido, tendo em vista que os tribunais não podem prever ou controlar o impacto de suas decisões sobre a realidade. Além disso, o Judiciário não controla o aparato coercitivo que implementa as decisões judiciais, e muitas vezes encerra sua participação no conflito com a tomada de decisão⁵².

Não obstante, o objetivo dessa execução é a obtenção de um resultado concreto, que corresponde à realização da prestação exigida pelo direito social. Para isso, é necessário que os juízes tenham maior flexibilidade na condução da execução do que tradicionalmente se reconhece, inclusive através do estímulo à participação das partes no desenho e na contínua revisão do remédio judicial. Com efeito, a realização da decisão judicial pode demandar elevado grau de conhecimento técnico e de detalhamento, em um cenário com muitos fatores contingentes, que não podem ser antecipados pelo juiz. Observa-se também que em geral a execução da decisão judicial requer uma série de atos que se estendem para o futuro por longo período. Diante disso, a execução nestes casos exige maior envolvimento do magistrado e das partes, além da outorga de responsabilidade a órgãos auxiliares, sob supervisão judicial⁵³.

Como se pode perceber, as dificuldades originadas pela judicialização dos direitos sociais apresentam traços distintos conforme a complexidade do objeto e a via processual eleita pelos demandantes.

Através deste exame, procurou-se mostrar as principais variáveis que interferem na capacidade dos juízes de atribuírem efeitos jurídicos aos direitos sociais. Falta verificar como estes fatores manifestam-se no Brasil.

⁵¹ Cf. Celso F. CAMPILONGO, *Política, Sistema Jurídico...* cit., pp. 117 e 118 e Carlos A. SALLES, *Execução específica e ação civil pública*, in Édís MILARÉ (coord.), *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*, São Paulo, Revista dos tribunais, 2005, pp. 88 a 90.

⁵² Cf. Celso F. CAMPILONGO, *Política, Sistema Jurídico...* cit., pp. 105 a 108, 117 e 118 e Carlos A. SALLES, *Execução específica...* cit., p. 89.

⁵³ Cf. Carlos A. SALLES, *Execução específica...* cit., pp. 86, 87 e 89, Abram CHAYES, *The role of the judge...* cit., p. 1284, Owen M. FISS, *The Forms of Justice...* cit., pp. 27 e 28, Víctor ABRAMOVICH – Christian COURTIS, *Los derechos sociales...* cit., pp. 252 a 254 e Charles F. SABEL – William H. SIMON, *Destabilization rights...* cit., pp. 1019, 1020 e 1067 a 1069.

Início tratando da independência judicial.

Os critérios de seleção da magistratura no Brasil foram examinados no item anterior. Eles procuram combinar a busca de rigor técnico e profissionalização, com certo grau de afinidade entre as concepções valorativas dos tribunais e dos órgãos políticos. O quadro anteriormente traçado também sugere um grau relevante de diversidade de pensamento no interior do Judiciário brasileiro. Resta acrescentar que a Constituição brasileira proporciona garantias ao Judiciário: garantias que se relacionam à instituição, e garantias que dizem respeito a cada magistrado.

Constitui uma garantia da instituição a prerrogativa de autogoverno conferida ao Judiciário, a qual se manifesta através de atividades de auto-organização e autorregulamentação deste Poder. Atualmente, o autogoverno no Brasil também inclui a autonomia financeira, que se traduz na prerrogativa de elaboração de proposta orçamentária e na gestão das dotações pelos próprios tribunais (conforme o disposto nos artigos 99 e 168 da Constituição)⁵⁴.

Quanto às garantias de caráter pessoal, buscam assegurar ao magistrado condições para que possa formar sua convicção sem interferências externas ou internas à instituição, incluídas aqui a pressão de outros poderes estatais, de atores econômicos e sociais influentes, ou de órgãos superiores da organização judiciária⁵⁵.

Conforme essa linha de orientação, o artigo 95 da Constituição garante aos juízes a vitaliciedade no cargo, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios, além de estabelecer atividades que lhes são vedadas (ampliadas pela Emenda Constitucional nº 45/04)⁵⁶.

Este conjunto de circunstâncias (critérios de seleção, composição e garantias da magistratura), no ambiente proporcionado pelo atual regime democrático, com alternância no poder entre diferentes partidos, parece ser suficiente para assegurar considerável grau de independência ao Judiciário e a seus integrantes.

Passo a tratar das variáveis que interferem diretamente sobre a capacidade dos juízes.

⁵⁴ Cf. Antônio C. A. CINTRA *et al.*, *Teoria Geral...* cit., p. 163. Sobre o assunto, ver ainda Eugenio R. ZAFFARONI, *Poder Judiciário...* cit., p. 87.

⁵⁵ Cf. Eugenio R. ZAFFARONI, *Poder Judiciário...* cit., pp. 87 a 89, Antônio C. A. CINTRA *et al.*, *Teoria Geral...* cit., pp. 162 e 163 e Mauro CAPPELLETTI, *Juízes Legisladores?*... cit., p. 78.

⁵⁶ O magistrado é impedido de exercer outra função, salvo a de magistério, de receber custas ou participação em processo, de se dedicar a atividade político-partidária, de aceitar auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, com as exceções previstas em lei, ou de exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento.

Inicialmente, é importante lembrar que houve o reconhecimento de direitos sociais pela Constituição de 1988 em termos amplos. Além disso, muitos desses direitos sociais já foram regulamentados pela legislação, que estabeleceu as correspondentes políticas públicas. De certo modo, isso facilita a defesa da justiciabilidade desses direitos e permite que problemas de menor complexidade sejam enfrentados pelo Judiciário. Frequentemente, é a atuação do Executivo que é questionada em juízo⁵⁷.

Porém, existem deficiências no funcionamento da máquina judiciária, que não consegue – seja por carência de recursos materiais e humanos ou por dificuldades de outra natureza – fazer face à demanda total por serviços judiciais. Multiplicam-se as decisões judiciais, em detrimento de sua qualidade e coerência⁵⁸. A essas dificuldades comuns a todas as demandas judiciais no Brasil, somam-se outras específicas das reivindicações envolvendo direitos sociais.

Conforme mencionado no item anterior, a insuficiência na formação dos operadores do direito e a ausência de uma tradição consolidada no Brasil são problemas que atingem o tratamento dos direitos sociais. A própria organização do Judiciário em geral não está adaptada para as peculiaridades de litígios de natureza coletiva. Os procedimentos judiciais no Brasil são marcados pela perspectiva de demandas individuais, que predomina apesar da existência de alguns instrumentos de tutela coletiva⁵⁹.

São apontadas diversas limitações dos procedimentos judiciais para a tutela de direitos sociais no Brasil. Primeiro, há dificuldade de definir a lide e o remédio judicial nos casos de omissão política geral. Segundo, não existem meios de assegurar a participação de todos os potenciais interessados ou de apreciar todos os aspectos de uma política pública. Terceiro, faltam instrumentos adequados para impugnar a elaboração e a execução dos orçamentos públicos. Quarto, as decisões judiciais normalmente produzem efeitos limitados às partes no litígio, com a exceção das ações coletivas, as quais, no entanto, também sofrem limitações (conforme a competência territorial do órgão prolator). Quinto, existem incertezas quanto ao processamento de ações coletivas, o que dificulta o seu

⁵⁷ Cf. Varun GAURI – Daniel M. BRINKS, *A New Policy...* cit., p. 317 e Luiza C. F. FRISCHEISEN, *Políticas Públicas...* cit., pp. 81 a 83.

⁵⁸ Cf. José R. de Lima LOPES, *Judiciário, Democracia...* cit., p. 575 e Mauro CAPPELLETTI, *Juízes Legisladores?*... cit., pp. 118 e 119. A ausência de vinculação aos precedentes judiciais também contribui para isso, ao favorecer um controle judicial da Administração Pública brasileira pouco sistematizado. Cf. Maria P. Dallari BUCCI, *Direito Administrativo e Políticas...* cit., pp. 97 e 98.

⁵⁹ Cf. Virgílio Afonso da SILVA, *Direitos Fundamentais...* cit., p. 243 e José R. de Lima LOPES, *Judiciário, Democracia...* cit., p. 573.

emprego para a tutela dos direitos sociais. Sexto, a aplicação das normas jurídicas a uma lide pelo Judiciário caracteriza-se por ser retrospectiva, e não prospectiva⁶⁰.

Não obstante isso, demandas por direitos sociais têm sido endereçadas ao Judiciário, pelas vias individual e coletiva, e não raro recebem uma resposta judicial favorável.

No cenário brasileiro, muitas ações são promovidas a fim de obter a tutela individualizada de direitos sociais. Isso costuma ocorrer nas circunstâncias em que se pretende utilizar uma infraestrutura estatal já existente para o fornecimento de uma prestação pecuniária (*e.g.*, no caso de benefício assistencial) ou material (*e.g.*, no caso do fornecimento de medicamentos). Nestes casos, o problema é que não raro demandas são julgadas sem a análise das questões envolvidas na dimensão coletiva dos direitos sociais, o que potencializa o risco de criação de privilégios em favor das camadas mais influentes da sociedade⁶¹.

Com menor frequência, são promovidas ações coletivas – especialmente ações civis públicas – para a proteção de direitos sociais da coletividade. Apesar da conclusão a que se chegou no item anterior, quanto a haver – ao menos em algumas áreas – a tendência ao predomínio da perspectiva individual de tratamento das demandas acerca de direitos sociais, ações coletivas são a via processual mais adequada para a análise da matéria⁶².

É perceptível que a multiplicação de litígios judiciais em torno de direitos sociais pode fazer com que se ignore a ótica global que informa as políticas públicas, comprometendo a sua organização e a seleção de prioridades pelo governo. Até mesmo o uso disperso de ações coletivas traz este risco, quando promovidas de forma desordenada ou para a defesa de indivíduos⁶³.

Apesar disso, existem circunstâncias em que os procedimentos judiciais revelam-se instrumentos suficientemente flexíveis para a tutela de direitos sociais no Brasil⁶⁴. Trata-se de um campo a ser explorado, para que sejam identificadas e consolidadas as experiências bem sucedidas. Até mesmo as omissões do Poder Público em fornecer prestações materiais, que estão entre as questões mais problemáticas envolvendo direitos sociais,

⁶⁰ Cf. José R. de Lima LOPES, *Judiciário, Democracia...* cit., p. 567 e o estudo *Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais - Ações Coletivas*, Relatório Final, CEBEPEJ, Ministério da Justiça, Brasília, 2007, pp. 12, 13, 86 e 87. Este estudo destaca as incertezas decorrentes da ausência de previsão legislativa expressa para o tratamento uniforme de questões processuais surgidas em ações coletivas repetitivas.

⁶¹ Ver os estudos de José R. de Lima LOPES, *Direitos sociais...* cit., pp. 254 a 256 e Virgílio Afonso da SILVA, *Taking from the Poor...* cit., pp. 14 e 15.

⁶² Cf. Virgílio Afonso da SILVA, *Direitos Fundamentais...* cit., p. 243.

⁶³ Cf. Maria P. Dallari BUCCI, *O conceito de política pública...* cit., p. 36.

podem ser abordadas de modo proveitoso pelos tribunais com fundamento em dispositivos da legislação processual brasileira⁶⁵.

Um exemplo disso é a possibilidade de o Judiciário empregar meios com diferentes graus de coercitividade para que a decisão judicial seja implementada. Neste sentido, menciona-se o disposto no artigo 84 da Lei n.º 8.078/90 e no artigo 461 da Lei n.º 5.869/73 (em sua redação atual), que autorizam o juiz a adotar medidas que sejam necessárias para o cumprimento de uma obrigação de fazer ou para a obtenção de resultado prático equivalente, ainda que não estejam expressamente previstas. Algumas medidas, tais como a aplicação de pena de multa a ser paga pelo Poder Público em caso de descumprimento, podem ser pouco eficazes ou inadequadas para alcançar os resultados almejados. Mas o espaço para a criação jurisprudencial a este respeito é grande, o que permite levar em conta as circunstâncias de cada caso, e autoriza o teste de medidas sucessivas. Cogita-se da aplicação da pena de multa diretamente em face da autoridade pública renitente, com base no artigo 14, V e parágrafo único introduzidos na Lei n.º 5.869/73. Também é apontada a possibilidade de realização da prestação através de terceiro, com o ônus financeiro recaindo sobre o réu. Em hipóteses extremas, cogita-se até mesmo de medidas interventivas do juízo sobre determinados atos de um órgão público⁶⁶.

Outro dado importante a ser destacado é a existência de uma (ainda incipiente) tentativa doutrinária de aumentar a transparência da atividade orçamentária do Estado, através de intervenção judicial. Uma situação que tem chamado a atenção é a arrecadação de valores pelo Estado que já foram vinculados a determinada finalidade através de decisão majoritária (inclusão no orçamento), mas, sem um remanejamento válido das dotações orçamentárias, não são utilizados, devido à inércia imotivada do administrador. Nestes casos, sugere-se que as partes tragam a juízo como argumento de reforço para a imposição de um dever estatal a existência de dotações orçamentárias subaproveitadas destinadas à mesma finalidade⁶⁷.

⁶⁴ Uma hipótese em que isso ocorre é apresentada através do estudo de caso realizado no capítulo IV, *infra*.

⁶⁵ Cf. Carlos A. SALLES, *Ação civil pública contra omissões do poder público: limites e possibilidades*, in Carlos A. SALLES (org.), *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*, São Paulo, Revista dos tribunais, 2003, p. 222.

⁶⁶ Cf. Carlos A. SALLES, *Ação civil pública...* cit., pp. 216, 218, 220 a 222 e *Execução específica...* cit., pp. 91 a 94.

⁶⁷ Cf. Eduardo MENDONÇA, *Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas*, in Cláudio P. SOUZA NETO – Daniel SARMENTO (coords.), *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, pp. 275 a 278.

A análise realizada neste item é suficiente para revelar as limitações da capacidade do Judiciário, assim como os riscos associados à judicialização dos direitos sociais no Brasil. Porém, essa análise também mostra que algumas das limitações podem ser atenuadas e que até certo ponto os tribunais possuem condições de atribuir efeitos jurídicos aos direitos sociais. Evidentemente, são necessárias mudanças na forma como o problema tem sido enfrentado pelo Judiciário, para que seja fortalecida a proteção aos direitos sociais. Em particular, é preciso consolidar parâmetros para a intervenção judicial.

No item seguinte, serão analisados os fatores que interferem na efetividade da decisão judicial.

II.4- Consentimento

O objetivo deste item é especificar os principais fatores que interferem no grau de aceitação pelos órgãos políticos e pela sociedade de uma decisão judicial que atribuiu efeitos jurídicos a um direito social. Esse exame diz respeito ao grau de observância direta da decisão e ao seu impacto no conteúdo das políticas públicas posteriores. A partir disso, também se procura observar como estes fatores repercutem sobre a extensão com que a decisão judicial gera transformação social.

As três etapas já examinadas têm significativa repercussão nesta última etapa. A este respeito, SIRI GLOPPEN destaca a importância imediata da autoridade do julgamento em si mesmo, que depende da capacidade do Judiciário de determinar um remédio jurídico aceitável, e do grau de coercitividade da decisão. Assim, SIRI GLOPPEN reconhece que até certo ponto a implementação das decisões depende dos próprios juízes, de sua independência, de sua legitimidade junto à sociedade, e de sua capacidade de equilibrar as forças políticas⁶⁸.

No entanto, também existem outras variáveis apontadas nesta etapa, que são exteriores ao sistema jurídico e não estão sujeitas a controle judicial. Estes fatores muitas vezes são decisivos para a implementação ou não da decisão judicial⁶⁹.

⁶⁸ Cf. *Courts and Social Transformation...* cit., p. 54.

⁶⁹ Cf. SIRI GLOPPEN, *Courts and Social Transformation...* cit., p. 54.

Algumas destas variáveis dizem respeito às circunstâncias políticas em que a decisão judicial é proferida. É de grande relevância o quadro delineado pelas relações de poder entre as forças políticas, que determina o custo político de ignorar ou superar uma decisão judicial. Igualmente, deve-se observar a cultura política dominante, em particular o apreço pelo estado de direito, assim como a afinidade entre a decisão judicial e a ideologia e os objetivos políticos do governo. Estes fatores interferem na vontade política do governo de levar a efeito a decisão e dar prioridade ao problema⁷⁰.

São observadas também variáveis vinculadas à capacidade do governo de executar a decisão judicial. Esta capacidade depende da existência de meios financeiros, institucionais e administrativos suficientes. As características da burocracia estatal e o potencial da infraestrutura já existente são as principais variáveis aqui⁷¹.

Através da análise deste conjunto de fatores, torna-se possível compreender um dos principais constrangimentos à atividade judicial no campo dos direitos sociais. Pode-se dizer que a atuação do Judiciário neste campo é condicionada pela tolerância dos órgãos políticos, não somente por competir a eles a implementação das decisões judiciais, mas também por serem responsáveis pela definição – ao menos de grande parte – das normas do jogo democrático⁷².

Resta trazer esta discussão para o contexto brasileiro.

Um conjunto de fatores reduz a disposição dos órgãos políticos para a realização de reformas profundas no Brasil. O sistema de representação política possui graves deficiências e existem atores influentes com interesse na manutenção do *status quo* e de posições vantajosas. Além disso, os meios de comunicação e a opinião pública costumam adotar uma perspectiva pouco crítica⁷³.

Por outro lado, observa-se que países situados na periferia do capitalismo – como o Brasil – preservam formas de produção de poder social desequilibradas. Esse desequilíbrio caracteriza-se pela existência de grupos dominantes que conseguem fazer seus interesses prevalecer sobre o Estado, enquanto grande parcela da população permanece excluída. Completando este quadro, mudanças legislativas têm reduzido a coerência do ordenamento jurídico e aumentado sua ambiguidade. Isso contribui para enfraquecer a regulação dos comportamentos e, em última análise, gera insegurança jurídica. Neste cenário, o estado de

⁷⁰ Cf. Siri GLOPPEN, *Courts and Social Transformation...* cit., p. 55.

⁷¹ Cf. Siri GLOPPEN, *Courts and Social Transformation...* cit., pp. 54 e 55 e Varun GAURI – Daniel M. BRINKS, *A New Policy...* cit., p. 320.

⁷² Cf. Celso F. CAMPILONGO, *Política, Sistema Jurídico...* cit., p. 119.

⁷³ Cf. José R. de Lima LOPES, *Judiciário, Democracia...* cit., pp. 567 e 568.

direito é assegurado de forma parcial, incompleta e contraditória. Assim, não é surpreendente a existência de um ambiente que, se não é hostil à implementação de determinadas decisões judiciais, contribui para que sua observância seja parcial ou temporária⁷⁴.

No tocante à relação entre a filosofia sustentada pelos juízes e aquela predominante nas maiorias políticas e na opinião pública, observa-se que eventuais divergências não costumam persistir por muito tempo, nos países em que ocorrem nomeações políticas de membros do Judiciário, como é o caso do Brasil. Há uma tendência a que a intervenção judicial reflita os padrões constitutivos dos programas de governo de longo prazo⁷⁵.

Além disso, pode-se dizer que no cenário brasileiro há algum grau de ressonância junto aos órgãos políticos de parte dos litígios por direitos sociais, o que ocorre por exemplo na área da saúde. No entanto, há indícios de que o sistema político está esboçando uma resposta ao crescimento da intervenção judicial, especialmente em razão do aumento do impacto orçamentário das demandas envolvendo os direitos à saúde e educação. Algumas medidas são cogitadas para restringir essas demandas e seus efeitos, inclusive a elaboração de nova legislação⁷⁶.

Outro ingrediente importante neste quadro é a escassez de recursos públicos. Nota-se a carência de meios financeiros para fazer face a todas as necessidades sociais no Brasil, problema que pode passar despercebido pelo senso comum⁷⁷.

⁷⁴ Cf. Maria P. Dallari BUCCI, *Direito Administrativo e Políticas...* cit., pp. 4 a 6 (a partir da lição de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS), Celso F. CAMPILONGO, *Política, Sistema Jurídico...* cit., p. 45 e Florian F. HOFFMANN – Fernando R. N. M. BENTES, *Accountability...* cit., pp. 134 e 140. A respeito das possíveis explicações para a obediência às decisões judiciais que afetam políticas públicas, ver Matthew M. TAYLOR, *O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil*, in *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, vol. 50, n.º 2, 2007, p. 247.

⁷⁵ Cf. Mauro CAPPELLETTI, *Juízes Legisladores?... cit.*, pp. 96 e 97, Varun GAURI – Daniel M. BRINKS, *A New Policy...* cit., pp. 333, 334 e 344 e Gerald N. ROSENBERG, *The Hollow Hope...* cit., p. 13.

⁷⁶ Cf. Florian F. HOFFMANN – Fernando R. N. M. BENTES, *Accountability...* cit., pp. 136 e 137 e Varun GAURI – Daniel M. BRINKS, *A New Policy...* cit., p. 321.

⁷⁷ Luciano B. TIMM apresenta dados para afastar o senso comum de que o Brasil é um país rico, em que a corrupção é a principal causa da falta de recursos. Ele observa que, entre 2007 e 2008, a renda *per capita* do país era de cerca de US\$ 7.000,00 por ano, muito menor do que a de países ricos (com valor aproximado de US\$ 20.000,00). Cf. *Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?*, in Ingo W. SARLET – Luciano B. TIMM (orgs.), *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, pp. 59 e 60. Artigo publicado pelo IPEA em 29-07-2010 revela que essa diferença de renda *per capita* entre os países continua elevada. Ver: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=2036> (acesso em 25-09-2010). No tocante aos níveis de corrupção, Luciano B. TIMM observa que são médios, comparados com outros países em desenvolvimento (conforme estimativa da Transparência Internacional): em 2007, o Brasil ocupava a 72ª posição dentre 180 países, próximo dos índices de China e Índia. Conclui o autor que apenas enfrentar a corrupção não solucionará as injustiças sociais no país, pois a resolução desse problema depende da racionalização no uso dos recursos do Estado. Ver mesma obra e páginas. Estimativa da Transparência Internacional realizada em 2009 sugere que os níveis de corrupção continuam semelhantes.

O grau de consentimento também é influenciado pela forma como o processo judicial é conduzido e a decisão é tomada. Um obstáculo à efetividade é a adoção de uma postura unilateral, impositiva e alheia ao intercâmbio de argumentos com atores políticos e sociais. Ela é agravada pelo formalismo de muitas decisões judiciais, que determinam a implementação de direitos sociais sem especificar a forma pela qual isso deverá ocorrer. Enfim, a efetividade das decisões por vezes depende da capacidade dos demandantes, de sua organização e persistência, quando é necessária uma custosa atuação por parte deles para eliminar obstáculos ao cumprimento da decisão⁷⁸.

O conjunto de variáveis que se apresentam nesta fase muitas vezes será decisivo para determinar em que medida a decisão judicial produz transformação social.

Até este momento, o foco deste capítulo foi o exame do conjunto de fatores que repercutem no potencial de transformação social do Judiciário. Através dessa análise, foram reveladas as limitações estruturais deste Poder e as condições em que ele pode provocar transformação social. O passo seguinte é investigar os modos através dos quais o Judiciário pode contribuir para a transformação social.

II.5- Contribuições diretas e indiretas para a transformação social

Há uma objeção à viabilidade da investigação aqui proposta. Diante da complexidade do sistema jurídico, de suas múltiplas especializações e relações com outros sistemas sociais (especialmente a economia e a política), questiona-se a possibilidade de previsão dos efeitos – diretos ou indiretos, intencionais ou não, reais ou simbólicos – da tomada de posição seja pelos órgãos políticos, seja pelos tribunais. Assim, argumenta-se ser problemático pretender qualificar a atuação judicial ou dos órgãos políticos como “progressista”⁷⁹.

No entanto, sustento que é possível e necessária a análise aqui realizada. Não se trata de buscar uma obscura distinção entre decisões “progressistas” e “conservadoras”.

Ver <http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2009/cpi_2009_table> (acesso em 02-10-2010).

⁷⁸ Cf. Florian F. HOFFMANN – Fernando R. N. M. BENTES, *Accountability...* cit., pp. 133 e 141 e Varun GAURI – Daniel M. BRINKS, *Introduction...* cit., pp. 26 a 28 e *A New Policy...* cit., pp. 321 e 322.

⁷⁹ Cf. Celso F. CAMPILONGO, *Política, Sistema Jurídico...* cit., pp. 109 e 110.

Quando se fala aqui em delinear o potencial de transformação social do Judiciário, o que se pretende é investigar em que medida este Poder pode garantir o gozo dos direitos sociais de maneira semelhante por toda a população. Embora as decisões públicas sempre envolvam múltiplas variáveis e consequências imprevisíveis, parte-se do pressuposto teórico de que isso não inviabiliza o estudo e a discussão racional a respeito dos efeitos das decisões judiciais. Em vez disso, parece ocorrer o contrário: as múltiplas variáveis e as consequências imprevisíveis das decisões judiciais tornam recomendável o seu estudo, a fim de ampliar o conhecimento humano neste campo. Certamente, o avanço neste sentido requer ir além da discussão puramente teórica, para incorporar a investigação empírica, com a interpretação dos dados da realidade fornecidos pela experiência já acumulada. Assim, é possível identificar possíveis efeitos perversos de decisões judiciais⁸⁰.

Afastada aquela objeção, passo à análise reservada a este item.

A intervenção dos tribunais pode contribuir para a transformação social de forma direta ou indireta. Evidentemente, isso dependerá do modo como se apresentam em cada caso a acessibilidade, a receptividade, a capacidade e o consentimento. Fala-se em contribuição direta nas ocasiões em que o Judiciário delibera, provocando a realização do direito social pleiteado em juízo, de forma que atenua o quadro de exclusão social. Mas a deliberação judicial também gera contribuição indireta, ao produzir efeitos secundários benéficos à concretização dos direitos sociais dos cidadãos, os quais não são uma decorrência imediata da decisão.

Em tese, pode-se cogitar de diferentes meios diretos de contribuição. O Judiciário pode, em resposta à reivindicação de um direito social, conceder diferentes remédios judiciais capazes de repercutir na ação dos atores políticos. É possível a atuação dos tribunais que barre ou dificulte medidas redutoras de políticas sociais já existentes, que sejam benéficas para os pobres. Por outro lado, existe a hipótese de uma atividade judicial que fortaleça determinadas políticas públicas em favor dos pobres, em detrimento de interesses sociais concorrentes. Neste último caso, a deliberação judicial acarreta uma realocação de recursos públicos⁸¹.

Existem também meios indiretos de contribuição. Nesse sentido, aponta-se que a atuação judicial, ao proteger as bases do regime democrático e os direitos à informação, associação e participação política, dentre outros, garante aos pobres as condições de levar

⁸⁰ Cf. José R. de Lima LOPES, *Direito subjetivo...* cit., p. 142.

⁸¹ A respeito das formas de contribuição direta para transformação social, cf. Siri GLOPPEN, *Courts and Social Transformation...* cit., p. 38. Ver ainda José R. de Lima LOPES, *Direito subjetivo...* cit., p. 138.

suas reivindicações a outras instituições. Simultaneamente, o Judiciário por vezes se apresenta como o Poder com menores barreiras ao acesso da população (seja por falta de conhecimento sobre os meios de pressão política, seja por carência de recursos, seja por mobilização popular insuficiente). Desse modo, ele serve de local em que os interesses dos pobres podem ser canalizados e articulados, além de ganhar publicidade, o que contribui para alterar o equilíbrio das forças políticas. Isso pode incentivar a mobilização em torno de temas controversos, o debate racional, a negociação e o acordo entre as partes. Assim, mesmo se não houver julgamento ou se este for desfavorável aos demandantes, o processo judicial poderá produzir importantes efeitos políticos indiretos⁸².

Outro efeito indireto apontado é o impacto qualitativo que uma decisão judicial pode exercer sobre a opinião pública, sobre aspectos culturais do país ou sobre a atuação dos atores sociais. A disponibilidade de proteção judicial e a ameaça de seu emprego geram efeitos simbólicos que podem influenciar o comportamento de outros atores sociais mesmo na ausência de uma ação em curso, prevenindo futuras ofensas a direitos sociais⁸³.

Neste sentido, reconhece-se que há uma tendência a que, ao longo do tempo, os demais Poderes paulatinamente incorporem os termos da linguagem utilizada pelo Judiciário para a proteção de direitos fundamentais, a fim de justificar suas decisões.

⁸² A respeito das formas de contribuição indireta para transformação social, cf. Siri GLOPPEN, *Courts and Social Transformation...* cit., pp. 38 e 42. Ver também José R. de Lima LOPES, *Judiciário, Democracia...* cit., pp. 574 e 575 e *Direito subjetivo...* cit., pp. 138 e 142, Carlos A. SALLES, *Processo civil...* cit., p. 48, Celso F. CAMPILONGO, *Política, Sistema Jurídico...* cit., p. 173 e Varun GAURI – Daniel M. BRINKS, *Introduction...* cit., pp. 5, 6 e 24.

Em sentido diverso, existe o entendimento de que as demandas judiciais carregam o risco de enfraquecer a mobilização política, por afastar os problemas de sua carga emocional, por consumir recursos escassos que poderiam ser empregados em outras estratégias mais efetivas, e por gerar respostas simbólicas capazes de satisfazer ou resignar os litigantes, ainda que não produzam os efeitos substanciais pretendidos. Cf. Gerald N. ROSENBERG, *The Hollow Hope...* cit., pp. 12 e 338 a 341. Apenas estudos empíricos são capazes de estimar em que medida este entendimento encontra base no comportamento dos atores sociais. De qualquer modo, duas advertências aqui são importantes. Primeiro, ainda que este risco seja confirmado, ele será um fator a agir concomitantemente com os efeitos indiretos já apontados, sem os excluir. Segundo, este risco não parece estar entre os fatores decisivos para a definição do grau de mobilização política a respeito de um determinado problema social. É importante observar que os recursos humanos e materiais exigidos para uma demanda judicial são bem menores do que aqueles necessários para a mobilização junto aos Poderes Executivo e Legislativo. Neste sentido, ver a pesquisa qualitativa realizada em Luiz W. VIANNA – Marcelo B. BURGOS, *Entre Princípios e Regras: Cinco Estudos de Caso de Ação Civil Pública*, in *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, vol. 48, n.º 4, 2005, pp. 789 e 814. Quando não se tem os recursos necessários para uma mobilização política efetiva, a via judicial pode ser o único canal aberto. Nestas circunstâncias, não há uma opção entre diferentes alternativas para a reivindicação de direitos sociais. E, quando há uma efetiva mobilização da sociedade civil a respeito de determinado tema, a via judicial é utilizada juntamente com outras estratégias para a realização de seus objetivos, e não como o único meio de reivindicação.

⁸³ Cf. José R. de Lima LOPES, *Judiciário, Democracia...* cit., pp. 568 e 569 e Carlos A. SALLES, *Processo civil...* cit., p. 48 e *Execução específica...* cit., p. 85. Questionando a importância dos efeitos extrajudiciais da atuação dos tribunais, ver Gerald N. ROSENBERG, *The Hollow Hope...* cit., p. 338.

Através de uma linguagem comum, é possível tornar mais transparente a interação entre os Poderes e fortalecer a qualidade das deliberações públicas⁸⁴.

Além disso, os órgãos políticos por vezes decidem estender os benefícios decorrentes de decisões judiciais para todos os que se encontram em situação idêntica. Essa extensão pode ocorrer por diferentes razões, dentre as quais evitar os custos de crescente número de demandas individuais junto ao Judiciário, mas também corrigir situações injustas⁸⁵.

A estimativa desses efeitos – sobretudo dos efeitos indiretos – não é uma tarefa simples. Isso, no entanto, não reduz a sua relevância para a compreensão do papel exercido pelo Judiciário. O que alguns estudos parecem indicar é que os efeitos diretos da judicialização invariavelmente são menores do que os seus efeitos indiretos, na medida em que os últimos estão menos vinculados aos limites da demanda⁸⁶.

No Brasil, há exemplos de situações em que parece haver uma atuação judicial apta a provocar certo grau de transformação social⁸⁷.

Isso pressupõe que o Judiciário seja provocado adequadamente.

Anteriormente, sugeriu-se ser mais adequada a via coletiva para o tratamento de direitos sociais em juízo. No entanto, existem circunstâncias em que se pode cogitar de alguma contribuição para a transformação social resultante de demandas individuais. É o que se nota, por exemplo, no impacto de demandas individuais em massa no campo da previdência social brasileira, que são capazes de gerar reflexos na própria formulação das políticas públicas na área⁸⁸.

Em termos gerais, reconhece-se que litígios envolvendo direitos sociais geraram um efeito preventivo pouco visível, mas que não deve ser desprezado, ao se ter em vista a proteção de bens coletivos. Aponta-se, por exemplo, que nos vinte anos posteriores à instituição da ação civil pública difundiu-se a exigência de auditorias ambientais. No

⁸⁴ Referindo-se especificamente à técnica da proporcionalidade, cf. Conrado H. MENDES, *Direitos fundamentais...* cit., pp. 120 a 122, que cita a lição de STONE-SWEET. Há quem atribua um sentido negativo à tendência à uniformização da linguagem entre os órgãos estatais, ao ser considerada uma manifestação de supremacia judicial e de enfraquecimento do papel dos órgãos políticos. A respeito deste risco, ver o item 3.2.2, *infra*. Sustento, porém, que a construção de uma linguagem comum é necessária para a promoção de um diálogo institucional e o diálogo, por sua vez, é um caminho adequado para a proteção dos direitos sociais.

⁸⁵ Cf. Varun GAURI – Daniel M. BRINKS, *Introduction...* cit., p. 24 e *A New Policy...* cit., p. 305 e Florian F. HOFFMANN – Fernando R. N. M. BENTES, *Accountability...* cit., p. 137.

⁸⁶ Cf. Varun GAURI – Daniel M. BRINKS, *A New Policy...* cit., pp. 338 e 339.

⁸⁷ Ressalvada a análise realizada no capítulo IV, não se pretende neste estudo fazer afirmações mais contundentes, já que isso demandaria uma investigação aprofundada específica para cada um dos direitos sociais.

mesmo sentido, indicam-se alterações no equilíbrio das forças políticas em favor de segmentos com voz mais fraca, assim como uma lenta mudança no comportamento dos administradores públicos, a fim de prevenir litígios⁸⁹.

Este contexto propicia condições para uma crescente atuação extrajudicial do Ministério Público e da Defensoria Pública, que passam a buscar soluções para problemas envolvendo direitos sociais em conjunto com as autoridades públicas, tendo em vista a experiência já acumulada junto ao Judiciário e sem as dificuldades da judicialização do conflito. Aqui, a ameaça de provocar a apreciação judicial e a flexibilidade do procedimento extrajudicial são bons incentivos para que as autoridades públicas admitam a negociação. O processo judicial é deixado apenas para os casos em que a negociação é frustrada⁹⁰.

Também há circunstâncias em que decisões judiciais são estendidas por decisões dos órgãos políticos no Brasil. No campo do direito à saúde, observa-se que a judicialização pode operar como um instrumento para detectar falhas na cobertura de uma política pública já existente, o que estimula a sua correção pela Administração (através, por exemplo, da inclusão de novos itens na lista de remédios distribuídos pela rede pública)⁹¹.

Reconhecer que as decisões judiciais são capazes de provocar diferentes efeitos diretos e indiretos – conforme acima apontado – não significa entender que o Judiciário pode ser um protagonista na tarefa de promover transformação social. Não se deve perder de vista que a abrangência desses efeitos está condicionada pelas variáveis que interferem em cada uma das fases previamente examinadas, o que demonstra as limitações do papel a ser desempenhado pelos tribunais.

Isso fica claro quando se examinam alguns dos principais efeitos colaterais decorrentes da judicialização dos direitos sociais no Brasil. As determinações judiciais para que sejam concedidas prestações materiais (*e.g.* remédios) modificam prioridades já definidas pelos outros Poderes e podem comprometer outros objetivos políticos legítimos. Para cumprir essas determinações, as autoridades públicas realizam realocações de recursos orçamentários que não costumam ser objeto de análise judicial. Na ausência de

⁸⁸ Cf. José R. de Lima LOPES, *Judiciário, Democracia...* cit., pp. 571, 572 e 575 e *Direito subjetivo...* cit., p. 136.

⁸⁹ Cf. Carlos A. SALLES, *Execução específica...* cit., p. 85, Florian F. HOFFMANN – Fernando R. N. M. BENTES, *Accountability...* cit., p. 141, Luiz W. VIANNA – Marcelo B. BURGOS, *Entre Princípios e Regras...* cit., pp. 805 e 811 e Matthew M. TAYLOR, *O Judiciário e as Políticas...* cit., p. 241.

⁹⁰ Cf. Florian F. HOFFMANN – Fernando R. N. M. BENTES, *Accountability...* cit., pp. 135 e 139. Um exemplo de negociação frustrada e outro de acordo entre as partes são analisados em Luiz W. VIANNA – Marcelo B. BURGOS, *Entre Princípios e Regras...* cit., pp. 801 e 820.

uma interação dialógica entre os Poderes – o que é a regra no Brasil – prevalece uma atuação desarmônica dos órgãos do Estado, com o comprometimento da racionalidade das políticas públicas. Esse quadro é agravado pelos obstáculos ao acesso à justiça, que trazem o risco de deslocamento de recursos sociais dos mais pobres à classe média. Trata-se de um risco que não deve ser ignorado, ainda que seja maior em alguns casos – por exemplo, nos litígios individuais pelo fornecimento de remédios – do que em outros⁹².

Essas reflexões são suficientes para que sejam traçadas algumas balizas para a judicialização dos direitos sociais.

II.6- Marcos para a intervenção judicial no campo dos direitos sociais

A análise realizada ao longo do capítulo revelou as restrições institucionais do Judiciário para solucionar litígios envolvendo direitos sociais e as condições em que ele pode contribuir para a transformação social. A partir do que foi exposto, podem ser traçados alguns marcos para a intervenção judicial no campo dos direitos sociais, em uma tentativa de esboçar o potencial espaço de ação do Judiciário nesta área.

Por suas características estruturais, o Judiciário apresenta-se como uma instituição suscetível de ser provocada por quem está insatisfeito com a execução de uma política pública. Assim, este Poder recebe demandas a respeito de direitos sociais que apresentam diferentes graus de complexidade. No entanto, as possíveis respostas judiciais variam conforme o objeto do litígio.

Muitas vezes recebem maior atenção e destaque os casos em que se busca uma intervenção judicial de grande magnitude, a fim de provocar mudanças sociais profundas. É o que se passa com ações coletivas pedindo a reforma ou a reorganização de instituições complexas, ou a criação de nova infraestrutura (tais como farmácias, hospitais ou escolas).

⁹¹ Cf. Florian F. HOFFMANN – Fernando R. N. M. BENTES, *Accountability...* cit., pp. 137 e 138 e Varun GAURI – Daniel M. BRINKS, *A New Policy...* cit., p. 347.

⁹² Cf. Florian F. HOFFMANN – Fernando R. N. M. BENTES, *Accountability...* cit., pp. 142 e 143 e Varun GAURI – Daniel M. BRINKS, *A New Policy...* cit., pp. 340 e 341.

São casos de complexidade elevada, em grau semelhante ao dos problemas normalmente enfrentados pelos órgãos políticos⁹³.

Porém, o papel do Judiciário neste campo é restrito. GERALD ROSENBERG sistematizou os constrangimentos aos quais os tribunais estão submetidos e as condições nas quais eles podem promover reformas sociais significativas. Primeiro constrangimento é a vinculação dos juízes à legislação, à cultura jurídica e aos precedentes, o que faz com que os tribunais não possam ouvir ou responder de modo efetivo a muitas demandas por amplas reformas sociais. Segundo constrangimento é a dependência do Judiciário em relação aos demais Poderes para produzir reformas dessa abrangência. Terceiro constrangimento é a carência de instrumentos pelos quais os tribunais possam formular e implementar decisões ordenando reformas sociais significativas. No entanto, ROSENBERG nota que existem situações em que esses constrangimentos podem ser superados pelos tribunais. Para isso, devem existir litígios por direitos que encontrem fundamentação na legislação, na cultura jurídica e nos precedentes. Além disso, é preciso que os resultados esperados da decisão judicial contem com apoio político relevante. Enfim, deve haver um ambiente favorável – ou ao menos pouco hostil – a uma reforma social significativa⁹⁴.

Mas ROSENBERG adverte que, para que ocorra ampla reforma social, não basta a superação desses constrangimentos. Ao menos uma das três condições seguintes deve estar presente. Primeira condição é aquela em que outros atores oferecem incentivos ou impõem custos para induzir à observância da decisão judicial. Segunda condição é aquela em que a decisão judicial pode ser implementada através do mercado. Terceira condição é aquela em que autoridades públicas centrais para a implementação desejam agir e utilizam as decisões judiciais como instrumento para a obtenção de mais recursos, ou como justificativa para sua atuação, protegendo-se de possíveis reações políticas⁹⁵.

Esse conjunto de constrangimentos e condições revela que o papel dos tribunais nestes casos é mais restrito do que se poderia supor: o Judiciário somente é capaz de provocar reforma social significativa em situações excepcionais, quando grandes mudanças políticas, sociais e econômicas já ocorreram ou estão em curso⁹⁶.

⁹³ A título ilustrativo, mencione-se a ação civil pública ajuizada no Rio de Janeiro a fim de compelir o Estado e o Município a fornecerem gratuitamente medicamentos a todos os que apresentem hipossuficiência econômica. Outro exemplo é a ação civil pública ajuizada para obrigar o Município do Rio de Janeiro a criar um programa de atendimento ambulatorial e de internação para crianças e adolescentes dependentes de drogas e de álcool. Estes casos foram analisados em Luiz W. VIANNA – Marcelo B. BURGOS, *Entre Princípios e Regras...* cit., pp. 788 e ss. e 800 e ss..

⁹⁴ Cf. *The Hollow Hope...* cit., pp. 13, 15, 21, 30 a 32 e 36.

⁹⁵ Cf. *The Hollow Hope...* cit., pp. 32 a 36.

⁹⁶ Cf. Gerald N. ROSENBERG, *The Hollow Hope...* cit., p. 35.

A compreensão das limitações estruturais do Judiciário permite que os juízes contribuam de forma mais efetiva para a proteção de direitos sociais nos casos de maior complexidade. A conclusão a que se chega é a de que os casos de complexidade elevada não são passíveis de soluções judiciais efetivas que prescindam do engajamento dos órgãos políticos ou da negociação entre as partes litigantes, com a participação da sociedade civil organizada. Nestes casos, o juiz passa a atuar como agente catalisador da composição entre os interessados⁹⁷.

A proteção judicial de direitos sociais também é procurada em circunstâncias nas quais a positivação do direito e a existência de infraestrutura para sua operacionalização reduziram o grau de complexidade e de contingência. Aqui, com significativas ressalvas, é possível cogitar de respostas judiciais a demandas individuais. No entanto, também nesses casos ações coletivas apresentam-se como a via processual mais adequada⁹⁸.

O grande problema da tutela individual de direitos sociais pelo Judiciário é o risco de o Estado dar tratamento diferenciado a pessoas que se encontram em circunstâncias idênticas. Todavia, mesmo quando são promovidas ações coletivas, a análise judicial tende a ser pontual, fragmentada e diversificada, particularmente nas instâncias inferiores⁹⁹.

Assim, independentemente da via processual, alguns parâmetros dogmáticos são imprescindíveis para evitar que a intervenção judicial no campo dos direitos sociais cause efeitos colaterais indesejados.

À luz das variáveis que interferem na judicialização dos direitos sociais (examinadas neste capítulo), a perspectiva teórica delineada no capítulo anterior permite o desenvolvimento de parâmetros dogmáticos específicos para cada direito social. Considerando que não seria possível aprofundar o tema dentro dos limites deste estudo, apenas indicarei marcos que, uma vez refinados, são capazes de orientar a atuação dos juízes no desempenho da tarefa de garantir direitos sociais.

Em primeiro lugar, a proteção judicial dos direitos sociais deve dar primazia à tutela dos hipossuficientes: aqueles que não têm condições financeiras de pagar pelas prestações necessárias para o gozo de seus direitos sociais. Não se trata de definir

⁹⁷ Cf. Luiz W. VIANNA – Marcelo B. BURGOS, *Entre Princípios e Regras...* cit., pp. 794 a 796, 811 e 838.

⁹⁸ Cf. Cláudio P. SOUZA NETO, *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros*, in Cláudio P. SOUZA NETO – Daniel SARMENTO (coords.), *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 543.

⁹⁹ Cf. Celso F. CAMPILONGO, *Política, Sistema Jurídico...* cit., pp. 106, 107 e 173.

abstratamente as situações de hipossuficiência, mas sim de identificá-las diante das circunstâncias de cada caso concreto¹⁰⁰.

Além disso, a legitimidade da intervenção judicial pressupõe que a medida a ser adotada possa ser universalizada para todos os hipossuficientes que se encontram em circunstâncias semelhantes¹⁰¹. Se uma determinada interpretação não pode ser aplicada a todos os casos semelhantes, ela é ilegítima.

Enfim, a atuação dos tribunais deve observar a especificidade de cada política pública já estabelecida, sob pena de ocorrer uma intervenção judicial descuidada. A compreensão dessa especificidade viabiliza a construção de uma rede detalhada de parâmetros para uma intervenção judicial justificável e, por isso, legítima. Trata-se de uma exigência de racionalização das atividades do Estado. É preciso buscar o máximo de sinergia possível entre a intervenção judicial e a atuação dos órgãos políticos. Isso demanda o desenvolvimento de um “diálogo” institucional permanente entre os Poderes, e entre estes e a sociedade¹⁰².

Esse assunto será aprofundado no capítulo seguinte.

Conclui-se que o potencial do Judiciário para provocar transformação social é moderado, mas não irrelevante. Em determinadas circunstâncias, a intervenção judicial pode contribuir para a concretização de direitos sociais dos menos favorecidos¹⁰³.

II.7- Conclusão do capítulo

A estrutura analítica exposta neste capítulo viabiliza o exame de todo o percurso dos litígios judiciais envolvendo direitos sociais, desde a fase pré-processual até o momento da implementação das decisões judiciais. Este exame traz à tona os fatores

¹⁰⁰ Este parâmetro é indicado por Cláudio P. SOUZA NETO, *A Justiciabilidade...* cit., p. 539. Trata-se de parâmetro a ser observado na ausência de regra na legislação que disponha de forma diversa (ao outorgar prestações estatais independentemente da condição financeira do beneficiário).

¹⁰¹ Ainda aqui, cf. Cláudio P. SOUZA NETO, *A Justiciabilidade...* cit., p. 540.

¹⁰² Cf. Cláudio P. SOUZA NETO, *A Justiciabilidade...* cit., p. 546. Como exemplo de estudo que procurou esboçar parâmetros específicos para a atuação judicial, tendo em vista o campo do fornecimento gratuito de medicamentos, menciono Luís R. BARROSO, *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial*, in Cláudio P. SOUZA NETO – Daniel SARMENTO (coords.), *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, pp. 897 a 903.

¹⁰³ Cf. Varun GAURI – Daniel M. BRINKS, *Introduction...* cit., pp. 34 e 35.

jurídicos, políticos, econômicos e sociais que limitam o potencial de transformação social das decisões judiciais. A partir disso, é possível avaliar o papel desempenhado pelos juízes no controle sobre as políticas públicas necessárias para concretizar direitos sociais.

De fato, as controvérsias envolvendo políticas públicas, particularmente as que dizem respeito a direitos sociais, apresentam questões que somente podem ser adequadamente compreendidas a partir de uma perspectiva de análise mais ampla do que a do processo judicial. Tendo isso em vista, essa estrutura analítica foi empregada na elaboração do estudo de caso ao final do trabalho (ver o capítulo IV, *infra*).

O exame deste capítulo também revelou as circunstâncias em que se desenvolvem as demandas judiciais por direitos sociais no Brasil.

A análise evidencia que o contexto no qual o Judiciário brasileiro atua, aliado às suas sensíveis restrições institucionais, tornam a atuação deste Poder pouco propícia à promoção de transformação social em favor dos pobres. Merecem destaque os grandes obstáculos ao acesso à justiça pela população brasileira e as dificuldades culturais dos operadores do direito para lidar com os problemas característicos dos direitos sociais.

No entanto, isso não significa negar que o Judiciário tenha um papel relevante – ainda que modesto – a desempenhar para a garantia de direitos sociais dos menos favorecidos.

No caso de demandas com maior grau de complexidade, buscando amplas reformas sociais, há grandes limitações institucionais à intervenção judicial. Nestas hipóteses, a atuação do juiz caminha para uma espécie peculiar de mediação de conflitos políticos: normalmente, a obtenção de soluções efetivas e duradouras não poderá ocorrer sem a participação e a aquiescência dos órgãos políticos e da sociedade civil organizada.

Por outro lado, os litígios envolvendo circunstâncias de menor complexidade – seja pela positivação do direito, seja pela infraestrutura já existente – trazem a juízo reivindicações por direitos sociais em termos mais familiares aos tribunais. Aqui, o Judiciário tem uma potencial margem de ação diversificada, a qual, no entanto, deve ser explorada a partir de parâmetros dogmáticos adequados à estrutura de cada direito social.

Não se justifica uma intervenção que pretenda garantir direitos sociais sem se preocupar com questões como a hipossuficiência dos destinatários das prestações estatais, a possibilidade de aplicação universal da interpretação judicial, e a especificidade de cada política pública.

A efetividade e a racionalidade da intervenção judicial dependem do desenvolvimento de um “diálogo” institucional permanente entre os Poderes, e entre estes e a sociedade.

III- A METÁFORA DO “DIÁLOGO” ENTRE OS PODERES

A análise desenvolvida no capítulo anterior revelou que há significativas restrições institucionais à atuação do Judiciário na promoção de transformação social e no controle sobre políticas públicas no campo dos direitos sociais. Foram identificadas as limitações estruturais deste Poder e as condições necessárias para a sua atuação. Proporcionou-se uma percepção geral sobre o potencial da intervenção dos tribunais para a realização dos direitos sociais. O passo seguinte é delinear o papel dos tribunais neste campo. Esta tarefa será conduzida neste capítulo, que pretende aprofundar a análise do relacionamento entre o Judiciário, os órgãos políticos e a sociedade, a partir da ideia de “diálogo” entre instituições.

Entre os extremos de um ativismo judicial irrefletido e de uma simples recusa do ingresso da magistratura no campo das deliberações coletivas (especialmente as relacionadas aos direitos sociais), tem conquistado cada vez mais força a busca por uma terceira via para compreender a atuação do Judiciário no Estado contemporâneo, que pode ser denominada de maneira um pouco imprecisa como a proposta de um “diálogo entre os Poderes”¹.

Muitas vezes, a questão é examinada em estudos sobre a interpretação constitucional no campo dos direitos fundamentais. Não se trata de um conjunto teórico uniforme. Na verdade, há grande diversidade nas perspectivas de análise, no significado e nos objetivos do uso dessa expressão. Não bastasse isso, o emprego dessa metáfora também gera críticas, particularmente em torno de sua necessidade e utilidade.

Neste capítulo, não pretendo expor ou analisar cada uma das teorias sobre o diálogo entre os poderes². O objetivo aqui é outro. Espero mostrar que, com um determinado conteúdo detalhado abaixo, a metáfora do diálogo pode contribuir para melhor compreensão da separação dos poderes no Brasil, especialmente do papel do Poder Judiciário no controle sobre políticas públicas, e, desse modo, estimular o fortalecimento

¹ Cf. Virgílio Afonso da SILVA, *Direitos Fundamentais...* cit., pp. 251, 255 e 256 e Conrado H. MENDES, *Direitos fundamentais...* cit., pp. 97 e ss..

² Sistematizações de diferentes teorias sobre o tema podem ser encontradas, por exemplo, em Conrado H. MENDES, *Direitos fundamentais...* cit., pp. 97 e ss.. e Christine BATEUP, *Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*, in *Brooklyn Law Review*, vol. 71, 2005/2006, pp. 1118 e ss..

da deliberação pública no campo dos direitos fundamentais. Sustento ainda que ela permite uma resposta promissora à chamada dificuldade contramajoritária.

Conforme se verá ao longo da exposição, a ideia de diálogo desenvolvida neste capítulo não somente pressupõe a perspectiva teórica delineada nos capítulos anteriores, como também é, em certa medida, uma consequência dela. Cada um dos Poderes é concebido como instituição que tem uma contribuição própria a oferecer para a discussão racional de problemas controversos. Essa contribuição é o resultado da interação entre as instituições nos procedimentos de deliberação pública, manifestando-se de diferentes formas e com graus variáveis de intensidade.

Em seguida, enfrento algumas questões terminológicas, para esclarecer o sentido do uso da expressão “diálogo” nesta obra. Então, passarei ao exame de suas dimensões descritiva e normativa. A análise da dimensão descritiva busca identificar em que medida essa ideia possui adequação empírica no cenário brasileiro. O estudo da dimensão normativa pretende mostrar que, através de um determinado modo de diálogo, o Judiciário encontrará uma base de legitimidade democrática para, dadas certas condições, intervir na esfera de políticas públicas.

No exame realizado neste capítulo, aproveitei contribuições da literatura estrangeira, especialmente norte-americana e canadense, considerando que o tema tem sido intensamente debatido naqueles países, mas sem perder de vista a necessidade de sua adequação ao contexto brasileiro, o que demandou afastar argumentos vinculados a particularidades institucionais inexistentes aqui³.

Não foram desprezadas as peculiaridades do controle de constitucionalidade no Canadá, caracterizado por uma forma fraca de revisão judicial, que se destaca pela existência de cláusula geral expressa limitadora de direitos fundamentais e pela faculdade atribuída ao Legislativo de superar decisões judiciais⁴. Tampouco foram desprezadas as diferenças entre as tradições de *common law* e de *civil law*⁵. O que se nota é que os pontos

³ Quanto à viabilidade dessa espécie de operação, ver Conrado H. MENDES, *Direitos fundamentais...* cit., pp. 21 a 25 e Christine BATEUP, *Assessing the normative potential...* cit., pp. 1112 e 1113, nota 7.

⁴ Cf. Conrado H. MENDES, *Direitos fundamentais...* cit., pp. 154 e 155, Christine BATEUP, *Assessing the normative potential...* cit., pp. 1154 e 1155 e Peter W. HOGG – Allison A. BUSHELL, *The Charter Dialogue Between Courts And Legislatures (Or Perhaps The Charter Of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)*, in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 35, n.º 1, 1997, pp. 82 e ss.. A ausência na Constituição brasileira de 1988 de uma expressa cláusula geral limitadora de direitos fundamentais não obstou o reconhecimento de que os direitos nela contidos estão sujeitos a limitações. Na verdade, existem muitos pontos de convergência entre essas experiências constitucionais. A este respeito (relativizando as diferenças entre a experiência canadense e a norte-americana), ver a segunda obra citada, mesmas páginas e Grant HUSCROFT, *Constitutionalism from the top down*, in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 45, n.º 1, 2007, p. 96.

⁵ A respeito da crescente aproximação entre os sistemas de *civil law* e de *common law*, ver Mônica J. SIFUENTES, *Súmula Vinculante...* cit., pp. 52, 53 e 75.

de semelhança entre estas diferentes experiências são suficientes para o aproveitamento daquele debate no cenário nacional, com as devidas cautelas e adaptações.

Outra advertência importante é a de que este capítulo enfoca sobretudo os problemas associados à deliberação externa, ainda que não ignore a importância da deliberação interna e a sua indissociável relação com a primeira. Para a compreensão disso, são necessárias algumas considerações a respeito das formas de deliberação interna e a externa.

Com apoio em FEREJOHN e PASQUINO, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA esclarece que a deliberação interna envolve o intercâmbio de razões e argumentos no interior de um grupo, a fim de que os membros desse grupo cheguem a uma orientação comum e tomem uma decisão unitária. Quanto à deliberação externa, volta-se para o convencimento de atores situados fora do grupo. Segundo VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, uma democracia constitucional necessita que o Judiciário delibere através destas duas formas⁶.

Assim, um tribunal superior, no exercício do controle de constitucionalidade, deve desenvolver a deliberação interna, para evitar a fragmentação, o isolamento e a ausência de um posicionamento unitário. De acordo com esse entendimento, é recomendável que as decisões do tribunal apresentem-se como manifestações da instituição, (e, na medida possível) de forma clara, objetiva e única, sendo que a deliberação interna permite alcançar este objetivo⁷.

Quanto à deliberação externa, nota-se que ela permite o intercâmbio de argumentos entre o Judiciário e os poderes políticos, e entre o Judiciário e a sociedade civil (ou parte dela), a respeito dos problemas fundamentais da vida em sociedade⁸.

Dito isso, resta esclarecer que, quando se fala em diálogo entre os Poderes aqui, é sobretudo dessa segunda forma de deliberação que se trata. No entanto, as características da deliberação interna repercutem na qualidade desse diálogo, conforme se verá adiante.

⁶ Cf. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 250, 2009, pp. 210 e 211.

⁷ Cf. Virgílio Afonso da SILVA, *O STF e o controle...* cit., p. 211.

⁸ Cf. Virgílio Afonso da SILVA, *O STF e o controle...* cit., pp. 211 e 212.

III.1- Problemas terminológicos

Normalmente, teorias do diálogo procuram mostrar que a interpretação constitucional é, ou deve ser, realizada por todos os Poderes, já que muitas normas constitucionais possuem considerável grau de indeterminação e sua interpretação gera desacordo fundamentado. Assim, essas teorias recusam o monopólio judicial sobre a interpretação constitucional e a ideia de que caiba a algum órgão público a última palavra⁹. Elas possuem ora pretensões descritivas, ora pretensões normativas.

Porém, o uso do termo “diálogo” para se referir à atuação dos Poderes do Estado tem sido alvo de críticas, devido a suas pretensões descritivas e normativas.

Primeiro problema apontado quanto à utilização dessa expressão é a ausência de base empírica para justificá-la, já que a ideia de diálogo não corresponde ao modo como os órgãos públicos efetivamente atuam.

Neste sentido, alega-se que a deliberação dos Poderes pouco se assemelha a um diálogo, na medida em que as decisões podem ser tomadas internamente por cada Poder e assim postas em prática, sem refletir o resultado de uma intercomunicação direta ou necessária entre os órgãos. Acrescenta-se que não há um relacionamento entre iguais. O Judiciário, em particular, toma decisões de observância obrigatória pelos demais Poderes¹⁰.

Na mesma linha de argumentação, adverte-se que a imagem de “diálogo” não incorpora o desacordo, a situação de ausência de debate e o momento da tomada de decisão, apesar de estes ocorrerem no relacionamento entre os Poderes e deverem ser levados em consideração¹¹.

Diante disso, aponta-se que o uso do termo “diálogo” para referir-se ao relacionamento entre os Poderes obscurece a compreensão do fenômeno, quando não estimula uma ilusória sensação de harmonia e legitimidade no exercício do poder¹².

Por outro lado, sugere-se que, ainda que exista algum sentido admissível para o emprego da palavra “diálogo”, este uso terá reduzida (se não nula) importância como resposta normativa ao problema da legitimidade da intervenção judicial¹³.

⁹ Cf. Conrado H. MENDES, *Direitos fundamentais...* cit., pp. 98 e 99 e Christine BATEUP, *Assessing the normative potential...* cit., p. 1109. Evidentemente, é possível que alguma teoria do diálogo desvie-se das características gerais acima mencionadas.

¹⁰ A este respeito, cf. Peter W. HOGG – Allison A. BUSHILL, *The Charter Dialogue...* cit., p. 79.

¹¹ Cf. Conrado H. MENDES, *Direitos fundamentais...* cit., pp. 16 e 17.

Também se argumenta que este termo induz a consequências normativas negativas, ao ser associado à simples deferência judicial ou a um debate interminável. Em situação de desacordo duradouro, por exemplo, a continuação indefinida do debate teria um custo muito elevado¹⁴.

Como se pode perceber, muitas das críticas ao uso do termo “diálogo” decorrem de sua indeterminação, já que o sentido ordinário desta palavra não proporciona noção exata de como agem ou devem agir os órgãos públicos. Contribui para agravar o problema a multiplicidade de contextos em que o termo é utilizado.

De qualquer modo, na falta de expressão mais apropriada e que seja de fácil manuseio, parece conveniente continuar utilizando esta metáfora para se referir à atuação dos Poderes do Estado. Evidentemente, por se tratar de uma metáfora, ela mantém pontos de semelhança e de diferença em relação ao fenômeno a que se refere. O importante é a adequada compreensão do significado com o qual esta expressão é empregada em cada contexto¹⁵. Por essas razões, aqui não se atribui valor excessivo à discussão terminológica, que serve sobretudo para evitar o uso ambíguo do termo.

A expressão “diálogo” entre os Poderes é empregada neste estudo para trazer à mente uma forma de deliberação em que são centrais o argumento e o debate (os quais estão na base da ideia de democracia deliberativa, conforme se verá abaixo)¹⁶. Sustento que ocorre “diálogo”, em maior ou menor intensidade, na medida em que há algum grau de interação entre os Poderes do Estado, baseada em argumentos (explícitos ou implícitos).

¹² Cf. Grant HUSCROFT, *Constitutionalism from the top ...* cit., p. 103 e Andrew PETTER, *Taking dialogue theory much too seriously (or perhaps charter dialogue isn't such a good thing after all)*, in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 45, n.º 1, 2007, p. 167.

¹³ Um exemplo disso é fornecido por Luc. B. TREMBLAY. Este autor diferencia duas concepções de diálogo. A primeira é descrita como uma conversação, entendida como uma troca de opiniões e experiências entre diferentes instituições, sem pretender legitimar um resultado prático (seja este a decisão de um conflito ou a obtenção de um acordo). A segunda é descrita como um processo de deliberação, que proporciona legitimidade a seus resultados ao respeitar três condições: igualdade entre os participantes, observância de padrões de racionalidade e obtenção de acordos fundamentados. Traçada esta distinção, Luc. B. TREMBLAY afirma que a segunda concepção de diálogo não representa a interação existente entre os tribunais e o legislador. Por outro lado, prossegue o autor, apesar de a primeira concepção de diálogo descrever melhor o relacionamento entre juízes e legislador, dificilmente serviria para legitimar o papel de controle de constitucionalidade atribuído aos tribunais. Cf. *The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, 2005, pp. 630 a 634 e 644 a 646.

¹⁴ Cf. Conrado H. MENDES, *Direitos fundamentais...* cit., p. 17 e Richard HAIGH – Michael SOBKIN, *Does the observer have an effect?: an analysis of the use of the dialogue metaphor in Canada's Courts*, in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 45, n.º 1, 2007, p. 71.

¹⁵ Sobre essa questão, ver Peter W. HOGG – Allison A. B. THORNTON – Wade K. WRIGHT, *Charter Dialogue Revisited – or “Much Ado about Metaphors”*, in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 45, n.º 1, 2007, p. 26. Acrescente-se que a palavra diálogo possui uma carga simbólica que justifica o seu uso com o sentido aqui adotado, conforme se verá em seguida.

¹⁶ A respeito dessa associação, cf. Conrado H. MENDES, *Direitos fundamentais...* cit., pp. 17 e 18.

Trata-se de uma sequência (potencialmente interminável) de ações e reações de características variadas, a qual estimula o aumento da qualidade argumentativa da deliberação pública. Assim, a expressão “diálogo” permite uma referência simplificada a esta ideia mais complexa¹⁷.

Este uso do termo “diálogo” será desenvolvido nos próximos itens deste capítulo, possuindo duas dimensões interrelacionadas, a descritiva e a normativa. A exposição seguirá a diferenciação entre estas duas dimensões por razões didáticas, sem ignorar que suas fronteiras são tênues e de difícil demarcação¹⁸.

III.2- Dimensão descritiva

O fenômeno do diálogo é uma consequência de um arranjo estrutural que proporciona abertura para a interação entre as instituições, ainda que não intencional, mas também é o resultado de uma postura adotada por cada um dos Poderes diante dos demais. Assim, o diálogo é composto por um determinado arranjo institucional, que favorece algumas espécies de interação entre os órgãos estatais, e por um elemento cultural, sem o qual não é possível compreender o comportamento institucional¹⁹.

Tendo isso em vista, o objetivo deste item é identificar qual é a margem de interação possível entre o Judiciário e os demais Poderes, como resultado da consagração da separação de poderes no Brasil, e de que modo estes Poderes têm “dialogado” a respeito

¹⁷ O sentido de “diálogo” adotado neste estudo distancia-se do empregado por outros autores. Primeiro, porque não se limita às possíveis respostas legislativas à declaração judicial de inconstitucionalidade de lei. Parte-se do pressuposto de que há outras circunstâncias relevantes, que não se confundem com a invalidação judicial de uma lei, as quais também devem ser levadas em consideração. Segundo, porque incorpora a participação do Executivo à ideia de interação “dialógica”. Terceiro, porque deixa de circunscrever a perspectiva de análise à interação no curto prazo. Quarto, porque admite expressamente que se trata de uma proposta teórica que contém componentes descritivos e normativos. Para uma definição mais restrita de diálogo, ver por exemplo Peter W. HOGG – Allison A. BUSHELL, *The Charter Dialogue...* cit., pp. 79 e 80, Peter W. HOGG – Allison A. B. THORNTON – Wade K. WRIGHT, *Charter Dialogue Revisited...* cit., p. 26 e Richard HAIGH – Michael SOBKIN, *Does the observer...* cit., pp. 73, 74 e 79.

¹⁸ Com efeito, proposições de cunho descritivo muitas vezes influenciam o comportamento das instituições ou servem de fundamento para proposições normativas. Cf. Conrado H. MENDES, *Direitos fundamentais, separação de poderes...* cit., p. 99.

¹⁹ Cf. Conrado H. MENDES, *Direitos fundamentais...* cit., pp. 99 e 159.

de direitos fundamentais²⁰. Considerações normativas mais explícitas serão realizadas no item seguinte, que examinará a legitimidade da intervenção judicial.

Tomo como ponto de partida a descrição realizada por VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA a respeito do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, que está na base do papel “dialógico” exercido pelo Judiciário.

Segundo ele, em comparação com países que adotaram modelos “fracos” ou “fortes” de controle de constitucionalidade, o modelo brasileiro seria “ultraforte”. Justifica-se essa classificação pela impossibilidade de superação legislativa de uma decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF, exceto através de emenda à Constituição (característica típica de modelos fortes), associada à existência de grande número de dispositivos constitucionais inalteráveis por emenda constitucional (cláusulas pétreas). Por essas razões, o modelo brasileiro é caracterizado por permitir menor diálogo entre os poderes do que se verifica em modelos estrangeiros²¹.

Porém, não obstante a maior rigidez do desenho institucional brasileiro em comparação com outros países, existe relevante espaço para o desenvolvimento da interação dialógica entre as instituições. É o que pretendo mostrar, deixando de circunscrever a análise aos casos de superação legislativa de declaração de inconstitucionalidade de lei pelo STF, por identificar interação dialógica entre os Poderes também em outras circunstâncias (conforme a noção de diálogo exposta no item III.1, *supra*).

Para esclarecer este ponto, utilizo a distinção apontada por MARK TUSHNET entre dois planos definidores do controle judicial de constitucionalidade. O primeiro é o plano fundamental, que se manifesta através de parâmetros contidos na Constituição ou enraizados na cultura jurídica do país. O plano subsequente é o que se apresenta por meio da atuação de juízes e atores políticos que implementam a Constituição. A partir desta distinção, verifica-se que, mesmo em países nos quais a Constituição estabelece um controle judicial forte, os tribunais podem decidir que suas deliberações sobre algumas matérias serão provisórias, o que abre uma via menos rígida para a superação desses entendimentos pelos órgãos políticos. Decisões judiciais com estas características são

²⁰ Certamente, o tema demanda uma pesquisa empírica mais extensa, a fim de refinar (ou corrigir) aspectos do quadro traçado neste item. No entanto, a análise aqui realizada é suficiente para os fins desta dissertação.

²¹ Cf. Virgílio Afonso da SILVA, *O STF e o controle...* cit., pp. 213, 217 e 218. Apesar das peculiaridades decorrentes da presença de cláusulas pétreas, em algumas passagens trato o caso brasileiro como um exemplo de modelo forte de controle judicial de constitucionalidade, por entender que compartilha das características centrais deste modelo.

possíveis através de diferentes construções doutrinárias. Elas resultam, em se tratando de controle judicial forte (como no caso brasileiro), de uma iniciativa interna do próprio Judiciário, e não da atuação externa dos demais Poderes²².

Assim, ainda que o desenho institucional brasileiro espelhe um controle judicial forte (ou “ultraforte”), há abertura para a adoção de práticas características de um controle fraco (o que, como se verá, não significa ausência de qualquer resistência cultural). Em seguida, retomarei esta questão, além de procurar destacar outros pontos de grande relevância para a compreensão do potencial de interação dialógica entre os Poderes.

III.2.1- O desenho institucional brasileiro

Os órgãos públicos muitas vezes discordam em matéria de direitos fundamentais, especialmente quando está em jogo a concretização de direitos sociais. Deve-se verificar, então, como a interação dialógica pode resultar do desacordo entre o Judiciário e os demais Poderes. Este é o foco deste subitem²³.

No subitem posterior, analisa-se em que medida tem ocorrido diálogo. Após isso, o item seguinte busca identificar de que modo é possível alcançar respostas legítimas neste contexto²⁴.

Inicialmente, é preciso esboçar as principais espécies de desacordo entre os Poderes.

Cumprе relembrar que os direitos sociais apresentam-se como direitos a prestações positivas do Estado. A concretização desses direitos depende de políticas públicas, ou seja, pressupõe a formulação e a implementação de programas de ação por parte dos órgãos políticos (Legislativo e Executivo).

Ao examinar as políticas públicas brasileiras na área social, LUIZA FRISCHEISEN observa que a sua implementação é atualmente um problema relacionado muito mais à atuação do Executivo do que do Legislativo. Isso ocorre porque grande parte dos direitos

²² Cf. Mark TUSHNET, *Alternative forms of judicial review*, in *Michigan Law Review*, vol. 101, 2003, pp. 2786 e 2787. O emprego dessa distinção não significa concordância com outros pontos do estudo de TUSHNET.

²³ Não se ignora o grande número de ocasiões em que a interpretação dos tribunais harmoniza-se com aquela dos órgãos políticos. No entanto, as hipóteses de desacordo concentram os pontos problemáticos da interação entre os Poderes, razão pela qual serão aqui examinadas.

²⁴ A respeito dessas questões, cf. Conrado H. MENDES, *Direitos fundamentais...* cit., p. 17.

sociais estabelecidos pela Constituição de 1988 já possui legislação própria estabelecendo as correspondentes políticas públicas²⁵.

Porém, não se deve descartar a hipótese de vir a ser reconhecida a inércia legislativa em caso atualmente ignorado²⁶.

E, mesmo nas hipóteses em que o Legislativo já desempenhou a sua função de integrar o ordenamento jurídico, persistem controvérsias entre este Poder e o Judiciário, oriundas fundamentalmente do controle judicial de constitucionalidade sobre a legislação editada. A existência deste controle permite que o Judiciário seja provocado a se manifestar a respeito da possível inconstitucionalidade de leis regulamentadoras, sob o fundamento de violação de um determinado direito fundamental, em particular do direito à igualdade. Dessa forma, em algumas situações o Judiciário tem reconhecido a inconstitucionalidade parcial de regras legais, ou utilizado institutos como a interpretação analógica ou extensiva para corrigir a legislação ou suprir omissões²⁷. O impacto dessa intervenção judicial é variado. Embora muitas vezes predominem decisões judiciais com efeitos limitados a casos concretos, há tendência a cada vez maior volume de decisões judiciais com efeitos mais abrangentes (especialmente oriundas do STF), em razão da existência concomitante de controle concentrado de constitucionalidade, ações coletivas e súmulas vinculantes.

De qualquer modo, no que diz respeito à dimensão positiva dos direitos fundamentais, o que sobressai são as controvérsias entre os tribunais e o Executivo. Estes conflitos, que emergem durante a implementação das políticas públicas, originam-se do controle judicial sobre a atividade da Administração Pública. Através deste controle, os tribunais avaliam se há algum desvio, insuficiência ou omissão na execução das políticas públicas pelo Executivo, caracterizadores de uma ação ilegal ou inconstitucional. Quando se conclui haver uma conduta ilícita do administrador, a resposta judicial tem apresentado diferentes contornos e variados graus de complexidade, sendo que não raro o Estado é

²⁵ Cf. *Políticas Públicas...* cit., pp. 81 a 83, em que há enumeração da legislação já editada.

²⁶ Um exemplo de mora legislativa pendente é a decorrente do julgamento pelo STF do MI n.º 721, em 30-08-2007. Neste caso, o tribunal reconheceu a ausência de lei complementar regulamentando o direito à aposentadoria especial de servidor público que trabalhou em condições insalubres, e determinou a aplicação da disciplina própria aos trabalhadores do regime previdenciário geral. Essa orientação jurisprudencial foi confirmada em uma série de outros julgamentos. A lista de julgados encontra-se disponível no endereço eletrônico <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>> (último acesso em 11-07-2010). É importante notar que a omissão legislativa passou a receber novo tratamento por parte do STF, que modificou o seu entendimento anterior em relação aos efeitos do mandado de injunção. Assim, uma vez julgada procedente a ação, a matéria é desde logo provisoriamente regulamentada pela corte, para viabilizar o exercício do direito pelo impetrante.

²⁷ Ver exemplos citados no estudo de caso do capítulo IV, *infra*.

condenado a realizar uma prestação material ou pecuniária²⁸. Frequentemente, essa intervenção judicial é marcada por litígios individuais em face da Administração, embora também seja possível o ajuizamento de ações coletivas para aquele fim.

Essa breve descrição fornece os elementos para um esboço da interação entre o Judiciário e os demais Poderes no Brasil, conforme passo a desenvolver.

Primeiramente, a legislação vigente estabeleceu balizas para a implementação das políticas públicas no campo dos direitos sociais, as quais são concretizadas em alguma medida pelo Executivo. No entanto, demandas insatisfeitas dão origem a litígios judiciais, impugnando ora parâmetros legais, ora a atuação da Administração. Quando o Judiciário acolhe um pedido em litígio dessa espécie, ele provoca algum impacto na implementação da política pública correspondente (e porventura de outras). Esse impacto dependerá da via processual empregada, do objeto do litígio e da decisão judicial: poderá abranger toda a política em questão ou parte dela, assim como afetar todos os seus destinatários ou se circunscrever à esfera de um ou alguns indivíduos. Conforme o caso, restará maior ou menor abertura para que os demais Poderes respondam à decisão judicial.

Mas, se compete ao Judiciário solucionar conflitos de interesse e conflitos normativos, a intervenção deste órgão não representa necessariamente o ponto final de qualquer interação entre as instituições? Entendo que a resposta é negativa.

De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro vigente, as decisões judiciais em geral não podem ser modificadas após o esgotamento das vias recursais (ver artigo 467 e ss. da Lei n.º 5.869/73), o que atende ao anseio por uma resposta jurídica definitiva para os litígios ajuizados. Por outro lado, não há no Brasil um mecanismo semelhante ao que existe no Canadá, pelo qual se faculte ao legislador neutralizar determinadas normas jurídicas de controle de constitucionalidade judicial.

Em que pesem esses fatos, o trânsito em julgado de uma decisão judicial sobre certa matéria não impede a renovação do debate. Mesmo nos casos em que a decisão judicial fixa determinado conteúdo substancial, ocorre uma restrição à discussão que não inviabiliza por completo o ressurgimento da matéria (ainda que com outras vestes) por iniciativa de atores não judiciais, e não significa a perpetuação do resultado da deliberação

²⁸ Pode-se citar como exemplo a decisão do STJ no REsp n.º 2008/0059830-7, que manteve a condenação do Estado de Mato Grosso do Sul a adquirir equipamentos médicos-hospitalares ausentes em hospital universitário. Outro exemplo é a decisão do STJ no REsp n.º 2002/0169619-5, determinando que o Município de Santos incluísse verba no orçamento para a execução de política de atendimento a crianças e adolescentes dependentes do uso de entorpecentes. Exemplos mais frequentes são os de decisões judiciais ordenando o fornecimento gratuito de medicamentos a indivíduos determinados (*e.g.* decisão do STF no

sobre o assunto, a qual é retomada quando o problema desvincula-se das circunstâncias da lide transitada em julgado. Restrição ainda menor decorre de decisões judiciais que devolvem a matéria à reapreciação de outros órgãos, evitando estabelecer algum conteúdo substancial.

Isso é perceptível tanto no julgamento de controvérsias de natureza individual ou coletiva (casos concretos, em que pode haver controle incidental sobre a validade de normas jurídicas), quanto no julgamento de conflitos de caráter normativo (controle sobre a validade de normas jurídicas, abstratamente consideradas).

Na primeira situação, a imutabilidade da decisão judicial possui limites subjetivos (o das partes no litígio) e objetivos (determinados pelo pedido e causa de pedir)²⁹, em meio a certo conjunto de circunstâncias materiais e normas jurídicas. Assim, ela não se estende a quem não foi parte no litígio e às questões não decididas, ainda que conexas, e não se perpetua quando há uma sensível mudança nas circunstâncias materiais e nas normas jurídicas que serviram de base para a deliberação. Em ocasiões posteriores, a matéria já apreciada pelo Judiciário acaba ressurgindo para ser objeto de nova decisão, à luz de novos elementos (subjetivos ou objetivos), seja pelos demais órgãos públicos, seja pelo próprio Judiciário³⁰.

Na segunda situação, a decisão judicial acerca da validade de uma norma jurídica (estabelecida pelo Legislativo ou Executivo) produz efeitos variáveis, de acordo com a natureza do vício identificado e a sua extensão. Referido controle abstrato, reservado ao STF, acarreta ora a eliminação de norma jurídica considerada inválida (por vício formal ou

AgR-AI n.º 648.971-8) ou a criação de vaga em creche ou pré-escola (*e.g.* decisão do STF no AgR-RE n.º 410.715-5).

²⁹ Note-se que essa limitação está presente também em decisões em ações civis públicas (de natureza coletiva), como resultado do disposto no artigo 16 da Lei n.º 7.347/85 (redação dada pela Lei n.º 9.494/97), segundo o qual a sentença naquela espécie de ação somente faz coisa julgada nos limites da competência territorial do órgão prolator.

³⁰ Um exemplo do que se acabou de afirmar, no campo do direito previdenciário, é a controvérsia em torno de pedidos de desaposentação. De acordo com a legislação previdenciária (especialmente as Leis n.º 8.212/91 e 8.213/91), os aposentados que retornarem à atividade laboral deverão recolher contribuições previdenciárias, sem que no futuro tenham direito à restituição destes valores ou a novo benefício previdenciário (exceto salário-família e reabilitação profissional). Apesar da oposição do Executivo (através do INSS), muitas decisões judiciais têm reconhecido a estes segurados, em razão da ausência de contraprestação, o direito de renúncia à atual aposentadoria, sem que tenham que devolver os valores já recebidos, seguida pela concessão de nova aposentadoria em que seja computado o novo período contributivo. Ver, *e.g.*, a decisão do STJ no REsp n.º 2009/0241536-3. Por outro lado, esse entendimento jurisprudencial tem provocado o legislador a reanalisar a matéria. Dentre os projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados sobre o tema, pode-se mencionar o de n.º 5668/09. A sua discussão naquele órgão demonstra a preocupação do legislador com a regulamentação legal da questão, que atualmente está sujeita apenas à orientação jurisprudencial, sem uniformidade. A este respeito, ver o endereço eletrônico: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=443279> (último acesso em 15-08-2010).

substancial), ora a definição da interpretação jurídica considerada válida de acordo com o ordenamento jurídico, com exclusão de outras alternativas.

O desenho institucional no Brasil não parece admitir que, sem razões suficientemente convincentes, os órgãos políticos reiterem, sem modificações, as mesmas normas já eliminadas pelo STF por serem consideradas inconstitucionais. Apesar disso, não se pode descartar a existência de relevante margem de reapreciação da matéria pelos demais Poderes. Ela resulta da possibilidade de edição de novas normas jurídicas sobre a matéria, com modificações tendentes a evitar vícios anteriormente reconhecidos (alteração nos meios para atingir objetivos semelhantes), e da possibilidade de mudança de parâmetros normativos que serviram de base para o controle judicial (especialmente através de emendas constitucionais que não afetem as denominadas cláusulas pétreas). Também não se pode descartar a hipótese de que a passagem do tempo, mudanças nas circunstâncias materiais ou na cultura jurídica, ou até mesmo alterações na composição da Corte, revelem novas razões que justifiquem a edição de norma jurídica com conteúdo semelhante ao anteriormente considerado inconstitucional pelo Judiciário³¹.

A margem de reapreciação da matéria é ainda mais elevada nos casos de decisões judiciais baseadas em doutrinas semisubstantivas ou que apresentam acentuado grau de deferência. Essas construções doutrinárias não formam um conjunto uniforme, tampouco são necessariamente compatíveis entre si. O seu ponto em comum é a característica fraca, pois conduzem ora a decisões judiciais de caráter provisório, ora a parâmetros de controle que garantem ampla margem de escolha aos órgãos políticos³².

Utilizo a expressão “doutrinas semisubstantivas” com o significado empregado por DAN COENEN. Trata-se de construções teóricas pelas quais o Judiciário toma decisões que forcem o reexame de uma matéria pelo governo sem retirar uma escolha política substantiva. Através dessas doutrinas, o comportamento político é submetido a variados

³¹ Trago um exemplo que, apesar de não se referir à esfera dos direitos sociais, é bastante ilustrativo da margem de reapreciação acima referida. Trata-se da controvérsia em torno da progressão de regime de cumprimento de pena nos casos de crimes hediondos. O artigo 2.º, § 1.º da Lei n.º 8.072/90, que determinava o cumprimento da pena por crime hediondo integralmente em regime fechado, foi declarado inconstitucional pelo STF, de forma incidental, em decisão no HC n.º 82.959-7, em 23-02-2006, sob o fundamento de violação à garantia de individualização da pena. Esse entendimento foi reiterado em casos concretos posteriores. A consequência dessa nova orientação jurisprudencial era a aplicação aos crimes hediondos das mesmas regras de progressão de regime dos crimes comuns, que exigem o cumprimento de 1/6 da pena. A resposta legislativa ocorreu com a edição da Lei n.º 11.464/07, que modificou aquele dispositivo legal, determinando que a pena para crimes hediondos deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado, com progressão de regime após o cumprimento de 2/5 da pena, em caso de preso primário, e de 3/5, em caso de reincidente. Assim, o legislador buscou aumentar o rigor no cumprimento de pena por crime hediondo, evitando a reiteração de norma considerada incompatível com a individualização da pena.

controles que incidem sobre o modo, os motivos, o momento e o sujeito elaborador de determinada política pública. Doutrinas semisubstantivas são empregadas em diferentes circunstâncias pelo Judiciário, convivendo com decisões deste Poder que resolvem problemas constitucionais sem se enquadrar nesta categoria (por fixarem determinado conteúdo substancial)³³.

Ao se basear em doutrinas semisubstantivas, o Judiciário exerce um controle que não retira dos atores políticos a possibilidade de reexame da matéria (ainda que adie a concretização de uma decisão). Assim, os atores políticos estarão em condições de superar a rejeição judicial provisória, afastando as causas da rejeição e substituindo a norma rejeitada por outra funcionalmente idêntica³⁴.

A ideia de que não há um termo definitivo para a reabertura da deliberação (ou “diálogo”) pode ser incorporada à análise através da noção de “rodada procedimental”. Esta noção foi sugerida por CONRADO MENDES. Parte-se da observação de que, apesar de todos os procedimentos decisórios previstos pela Constituição possuírem algum termo final, este é apenas um termo provisório, que não impede (ainda que possa reduzir ou retardar) a renovação dos procedimentos decisórios. O exame de uma questão no âmbito de um determinado procedimento decisório constitui uma “rodada procedimental”, que pode ser sucedida por reexames em outras “rodadas”, indefinidamente³⁵.

Assim, o circuito decisório no Estado não é compreendido como um percurso com final inevitável, determinado por algum dos órgãos públicos, mas sim como uma

³² Questionando a eficácia dessas construções doutrinárias, cf. Mark TUSHNET, *Alternative forms ...* cit., p. 2792 (o autor emprega outra terminologia).

³³ Cf. Dan T. COENEN, *A Constitution of Collaboration: protecting fundamental values with second-look rules of interbranch dialogue*, in *William and Mary Law Review*, vol. 42, n.º5, 2001, pp. 1582, 1583, 1585, 1587, 1588, 1596 e 1602 e *The Pros and Cons of Politically Reversible “Semisubstantive” Constitutional Rules*, in *Fordham Law Review*, vol. 77, 2009, pp. 2840, 2842 e 2890. De acordo com o autor, estas construções teóricas estão disseminadas na experiência dos Estados Unidos. Ele sugere ainda que há uma tendência ao crescimento de sua aplicação, diante da crescente complexidade do direito e da vida moderna. Ver a primeira obra citada, p. 1870. Sobre o tema, ver também Mark TUSHNET, *Alternative forms ...* cit., pp. 2792 e ss..

³⁴ Cf. Dan T. COENEN, *A Constitution of Collaboration...* cit., pp. 1587 e 1588.

No Brasil, um exemplo de discussão dessa espécie é encontrado no julgamento pelo STF do AgR-MC-ACO n.º 876-0, em que o tribunal negou por maioria a suspensão do procedimento de licenciamento ambiental referente ao projeto de integração do Rio São Francisco com as bacias hidrográficas do nordeste setentrional. No caso, tratava-se da análise de medida cautelar, de modo que é possível que o tribunal mude o enfoque da discussão ao julgar definitivamente a ação.

Uma proposta doutrinária de controle da Administração Pública pelos tribunais que incorpora traços semisubstantivos é encontrada em Germana O. MORAES, *Controle jurisdicional...* cit., pp. 110, 111, 113 e 159 e ss.. Desse modo, busca-se assegurar a inafastabilidade da tutela jurisdicional, com o resguardo da autonomia da Administração.

³⁵ Aproveito aqui a contribuição de Conrado H. MENDES. Cf. *Direitos fundamentais...* cit., pp. 166 e 174. No entanto, deixo de empregar a expressão “última palavra provisória”, utilizada pelo autor para referir-

permanente sucessão de rodadas procedimentais, em que as diferentes instituições interagem. Como sugere a análise de CONRADO MENDES, os órgãos públicos interagem, através de seus modos de operação próprios, na procura do melhor significado da Constituição e de boas respostas para problemas coletivos. Esta perspectiva incorpora a passagem do tempo à compreensão do relacionamento entre os Poderes, sugerindo que este relacionamento é dinâmico e envolve uma circularidade permanente³⁶.

Essa permanente abertura para a renovação da deliberação pública pode ser explicada, pelo menos em parte, por um fato trivial, o de que todas as instituições estão sujeitas ao erro. Se todas as instituições podem falhar, não faria sentido atribuir a uma delas a tarefa de encerrar definitivamente a deliberação. Afinal, a incerteza quanto a ter sido tomada a melhor decisão sugere que se mantenha aberta a possibilidade de remediar eventuais equívocos. Não se trata de negar a necessidade de decisões (já que há frequente desacordo entre as instituições), mas sim de lhes atribuir um caráter provisório³⁷.

A renovação dos procedimentos decisórios pelos atores políticos, após o fim de uma rodada procedimental, não está isenta de dificuldades, conforme lembra CONRADO MENDES. Além de demandar tempo e recursos materiais, ela pressupõe um esforço argumentativo e empenho para superar o estado de inércia. Embora possam ser modificadas, as decisões já tomadas possuem certa durabilidade, consomem recursos e produzem alguns efeitos irreversíveis. Portanto, não se pode negligenciar a importância da decisão da instituição que encerra uma rodada procedimental³⁸.

No caso brasileiro, o desenho institucional proporciona interação entre os Poderes. Atribui-se ao Judiciário uma posição de destaque, em que este Poder pode ser provocado a tomar decisões que encerram rodadas procedimentais. Nestas ocasiões, a superação da decisão judicial não ocorre sem dificuldades, mas ainda assim é possível, nas circunstâncias acima expostas.

se à existência de decisões que põem fim a uma rodada deliberativa, por entender que essa expressão não auxilia na compreensão do assunto.

³⁶ Acompanho Conrado H. MENDES, *Direitos fundamentais...* cit., pp. 14 a 16. Cf. também Barry FRIEDMAN, *Dialogue and judicial review*, in *Michigan Law Review*, vol. 91, 1992/1993, pp. 655 a 668.

³⁷ Cf. Conrado H. MENDES, *Direitos fundamentais...* cit., pp. 9, 10, 14 a 16 e 210.

³⁸ Sigo Conrado H. MENDES, *Direitos fundamentais...* cit., pp. 166 a 168. Sobre a questão, ver também Grant HUSCROFT, *Constitutionalism from the top ...* cit., pp. 98 e 99.

III.2.2- A interação entre os Poderes no Brasil

Esboçado o arranjo institucional, resta observar em que medida a interação entre os Poderes apresenta-se como um “diálogo”, no sentido em que este termo é empregado neste estudo. Isso pressupõe compreender as peculiaridades das instituições em questão e alguns traços culturais preponderantes no país.

Não se admite aqui a ideia de que os tribunais estariam mais aptos a tomar boas decisões no campo dos direitos fundamentais do que os órgãos políticos. Essa ideia, apesar de difundida, não encontra apoio em evidências empíricas e não resiste a maior reflexão. Frequentemente, problemas envolvendo direitos fundamentais geram desacordo entre pessoas sensatas, que persiste mesmo após longos debates. A solução desses problemas em um regime democrático pressupõe que os órgãos representativos tenham um papel marcante, já que não se trata de uma simples questão de técnica jurídica. Por outro lado, se existe desconfiança em relação à atividade dos órgãos políticos, a atuação judicial suscita riscos semelhantes. Acrescente-se que os órgãos políticos, assim como os tribunais, são capazes de tomar decisões bem fundamentadas em questões controversas envolvendo direitos, e todos (tribunais e órgãos políticos) padecem dos defeitos inerentes às instituições humanas³⁹.

De fato, o que se nota é que os órgãos políticos e os tribunais exercem papéis distintos e peculiares no diálogo que se desenvolve entre as instituições. As diferenças estruturais entre os Poderes fazem com que, nas inevitáveis hipóteses em que eles interagem, um mesmo problema seja focado de forma distinta por cada Poder. Dessa maneira, essa interação enriquece a tomada de decisão. Seria um equívoco valorizar a contribuição de um dos Poderes em detrimento da participação dos demais, na medida em que todos estes atores contribuem de forma relevante e única para qualificar a deliberação pública⁴⁰.

Os órgãos políticos, e em particular os órgãos legislativos, possuem os instrumentos e conhecimentos especializados próprios para a determinação e para o contínuo ajuste das políticas públicas do Estado. Essa tarefa demanda iniciativa de ação e a elaboração de uma agenda de trabalho. Ela também requer a formulação de juízos abrangentes envolvendo múltiplas variáveis (jurídicas, políticas, econômicas e sociais), em um contexto de

³⁹ A respeito da questão, cf. Christine BATEUP, *Assessing the normative potential...* cit., pp. 1126, 1140 e 1148.

⁴⁰ Cf. Christine BATEUP, *Assessing the normative potential...* cit., pp. 1122 e 1168 a 1170.

interesses divergentes, recursos escassos, objetivos concorrentes e resultados incertos. Por outro lado, devido às eleições periódicas, estes órgãos encontram-se vinculados em alguma medida à opinião pública e a pressões de diferentes segmentos da sociedade, apesar de contarem com meios de adiar ou postergar a solução de problemas controversos. Assim, situam-se em posição privilegiada para a tomada de decisões coletivas e para a formulação de juízos abstratos⁴¹.

Os órgãos judiciais reagem a virtualmente todas as alegações de violação a direitos que lhes são endereçadas. Eles estão preparados para lidar com problemas de complexidade já reduzida pela prévia atuação dos órgãos políticos. Os magistrados possuem autonomia para formar sua convicção, estando vinculados apenas à legislação e aos parâmetros da cultura jurídica. A inércia, a ausência de pressões diretas (especialmente as decorrentes da divisão partidária), a possibilidade de contato com as variadas circunstâncias dos casos concretos, o dever de decidir e a disponibilidade de remédios variados tornam o Judiciário uma instituição capaz de identificar deficiências em decisões políticas e de desafiar os demais Poderes a enfrentar problemas até então ignorados ou subestimados. Assim, os tribunais facilitam a participação de diversos grupos de interesse (e da sociedade em geral) no debate de temas controversos, além de orientar o desenvolvimento das discussões⁴².

Essa diversidade de papéis favorece o diálogo entre as instituições, na medida em que cada uma goza de perspectiva única e deficiências próprias.

Estudos apontam a existência de pontos cegos e de ônus da inércia no âmbito do processo político, que o tornam suscetível a falhas na inclusão/exclusão de determinados grupos e em sua permeabilidade a reivindicações legítimas. Um ponto cego consiste na potencial falha de reconhecer hipóteses em que normas jurídicas são aplicadas de formas que violam direitos. Outro ponto cego corresponde à potencial falha de previsão do impacto das normas jurídicas sobre direitos, à luz das múltiplas circunstâncias concretas. Terceiro ponto cego é a potencial falha de percepção de maneiras pelas quais reivindicações de proteção a direitos podem ser melhor acomodadas com objetivos políticos particulares. Além disso, existe o ônus da inércia. Uma de suas manifestações é a potencial falha de atender a reivindicações de proteção a direitos devido aos fatores

⁴¹ Cf. Christine BATEUP, *Assessing the normative potential...* cit., pp. 1151, 1176 e 1177, Mauro CAPPELLETTI, *Juízes Legisladores?*... cit., p. 77 e Celso F. CAMPILONGO, *Política, Sistema Jurídico...* cit., p. 105, 117 e 118.

eleitorais que contribuem para a definição das prioridades políticas. Outra manifestação é a potencial falha de superar divisões partidárias provocadas pela discussão de temas controvertidos. A inércia ainda pode ser o resultado combinado da inação de diferentes atores políticos. Essas deficiências do processo político podem ser atenuadas pela intervenção do Judiciário, em razão das características peculiares da forma de atuação deste Poder (acima apontadas). No entanto, essa intervenção depende da aceitação de uma teoria que atribua este papel aos juízes⁴³.

É importante notar que o Judiciário também apresenta deficiências, ainda que os pontos cegos e o ônus da inércia associados a esta instituição sejam diversos. Eles decorrem de suas próprias limitações institucionais (a este respeito, ver o capítulo II, *supra*). A neutralização dessas outras deficiências demanda a atuação dos órgãos políticos, o que pressupõe a ausência da ideia de supremacia ou de monopólio judicial na interpretação da Constituição⁴⁴.

Apesar das condições favoráveis oriundas dessas diferenças institucionais, há obstáculos culturais ao desenvolvimento de um diálogo de maior intensidade.

Neste sentido, reconhece-se que no Brasil predomina uma concepção de separação de poderes que a equipara ao isolamento institucional e à ausência de diálogo⁴⁵. Também é notável a resistência, ainda que latente, à ideia de que o Judiciário brasileiro não possui o monopólio da interpretação constitucional. Mesmo a comunidade jurídica, que é capaz de controlar a consistência das decisões judiciais, manifesta-se apenas esporadicamente, diante de deliberações de maior notoriedade.

Esse quadro é agravado pelo risco, apontado por alguns autores, de que ao longo do tempo o controle judicial de constitucionalidade enfraqueça o papel do órgão legislativo. Esse enfraquecimento manifesta-se na formulação pelo Legislativo de políticas baseadas na interpretação judicial das normas constitucionais, sem uma preocupação da instituição com a realização de interpretação independente. Igualmente está presente na edição de leis sem a discussão de questões constitucionais, deixando-as para futura apreciação judicial.

⁴² Cf. Christine BATEUP, *Assessing the normative potential...* cit., pp. 1112, 1142, 1144, 1152, 1157, 1173 e 1174 e Rosalind DIXON, *Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, 2007, p. 405.

⁴³ Em todo o parágrafo, acompanho a lição de Rosalind DIXON. Ver *Creating dialogue...* cit., pp. 394 e 402 a 404. Ver também Varun GAURI – Daniel M. BRINKS, *Introduction...* cit., pp. 26 e 27, que subdividem os obstáculos políticos em três espécies: bloqueios políticos, déficits de fiscalização e compromissos incompletos.

⁴⁴ Cf. Rosalind DIXON, *Creating dialogue...* cit., pp. 394, 407 e 410.

⁴⁵ Ver Virgílio Afonso da SILVA, *Taking from the Poor...* cit., p. 17.

Além disso, percebe-se que apenas em casos de maior destaque político há suficiente mobilização dos órgãos não judiciais para desafiar a interpretação judicial⁴⁶.

Relacionado a este ponto, observa-se que o legislador encontra sensíveis dificuldades para reexaminar suas decisões anteriores, até mesmo na via ordinária, pois o reexame leva a um aumento de seu custo político que pode torná-lo inviável (ao menos no curto prazo). Esta questão não deve ser subestimada, pois sugere que mesmo um controle judicial em tese fraco na prática pode se revelar forte, por ausência de resposta do legislador⁴⁷.

Outro problema conexo está relacionado à forma de deliberação que tem prevalecido no Judiciário brasileiro. Ao analisar o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA observa que se trata de um modelo extremo de deliberação externa, destacando-se pela quase total ausência de trocas de argumentos entre os ministros do STF, pela inexistência de unidade institucional e decisória, e pela carência de decisões claras, objetivas e que veiculem a opinião da corte⁴⁸.

Diante disso, não se encontram aqui todas as condições propícias ao fortalecimento da deliberação pública e ao reconhecimento da possibilidade de sua renovação.

Identificada a margem de interação possível resultante da consagração da separação de poderes e a forma como essa interação tem sido conduzida no Brasil, o próximo passo é examinar a legitimidade da atuação judicial neste cenário.

III.3- Dimensão normativa

Atualmente, encontra-se disseminada a ideia de que a democracia é a fonte de legitimidade de um governo e, em última análise, do exercício do poder público. No entanto, há grande variedade de concepções de democracia, muitas das quais incompatíveis entre si⁴⁹.

⁴⁶ Cf. Mark TUSHNET, *Policy Distortion and Democratic Debilitation: comparative illumination of the countermajoritarian difficulty*, in *Michigan Law Review*, vol. 94, 1995/1996, pp. 247 a 250 e 299 a 301 e Christine BATEUP, *Assessing the normative potential...* cit., pp. 1115, 1116, 1163 e 1168.

⁴⁷ Cf. Mark TUSHNET, *Alternative forms ...* cit., pp. 2792, 2795 e 2802.

⁴⁸ Cf. *O STF e o controle...* cit., p. 217.

⁴⁹ Para uma descrição de algumas delas, ver Roberto GARGARELLA, *Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights*, in Roberto GARGARELLA – Pilar DOMINGO – Theunis ROUX (eds.), *Courts and*

A concepção de democracia deste estudo é uma versão de democracia deliberativa, que foi adotada por ser considerada a perspectiva teórica mais apropriada para a avaliação do grau de legitimidade das decisões públicas no Estado contemporâneo. O cenário atual é marcado pela indeterminação de considerável número de normas constitucionais, pela elevada complexidade dos procedimentos decisórios e pela existência de múltiplas instituições operando com certa autonomia, de acordo com códigos próprios. Neste cenário, o grau de legitimidade das decisões públicas depende da intensidade com que é assegurada a todos igual oportunidade de participação nos procedimentos de deliberação. Assim, sua legitimidade depende da permeabilidade desse arranjo a ampla discussão baseada na argumentação.

Evidentemente, outras concepções de democracia oferecem respostas diferentes para o problema da legitimidade. A perspectiva da democracia deliberativa foi a escolhida, devido à sua afinidade com as premissas teóricas deste estudo, especialmente ao associar a qualidade da deliberação ao desenvolvimento da argumentação (ver item I.4, *supra*).

A versão de democracia deliberativa empregada neste estudo baseia-se em proposta de ROBERTO GARGARELLA. Ela possui duas ideias centrais. Primeiro, a exigência de que as decisões públicas sejam adotadas após amplo processo de discussão coletiva. Segundo, a exigência, em princípio, de participação de todos os potencialmente afetados pela decisão⁵⁰.

De acordo com esta concepção, quanto maior for o grau de observância dessas duas exigências, maior será a qualidade argumentativa da deliberação pública e, por consequência, maior será a sua legitimidade. Ao delinear os parâmetros de legitimidade do exercício do poder, esta visão da democracia afeta diretamente a compreensão do papel a ser desempenhado pelo Judiciário. Com efeito, o Judiciário passa a ser compreendido como fomentador da discussão coletiva, cabendo-lhe assegurar a maior abertura possível à participação dos potenciais afetados. Isso significa afastar-se da ideia de supremacia dos tribunais nas controvérsias constitucionais e negar que algum órgão público deva ter a última palavra na interpretação da Constituição, pois do contrário estaria comprometida a continuidade na discussão⁵¹.

Social Transformation in New Democracies: an institutional voice for the poor?, Aldershot, Ashgate, 2006, pp. 13 e ss..

⁵⁰ Cf. *Theories of Democracy* ... cit., p. 27. Note-se que este estudo adota a noção de democracia deliberativa sugerida por Roberto GARGARELLA, mas com o objetivo de dar-lhe um desenvolvimento próprio.

⁵¹ Essa incompatibilidade da noção de democracia deliberativa com as ideias de supremacia judicial e de atribuição da última palavra aos juízes é evidenciada por Roberto GARGARELLA. Cf. *Theories of Democracy* ... cit., p. 28.

Seria problemático sustentar que alguma instituição deve ter a exclusividade ou a última palavra na interpretação da Constituição, pois esse entendimento não oferece mecanismo de limitação dos erros, que são inevitáveis na atuação de qualquer instituição. A interação dialógica entre os órgãos públicos é um meio mais próspero para a redução dos erros e obtenção de legitimidade. Como cada instituição possui qualidades e defeitos peculiares, cada uma delas terá sua própria contribuição a oferecer para o desenvolvimento da deliberação. Dessa forma, a legitimidade é associada tanto a aspectos formais quanto substanciais, pois é um objetivo a ser alcançado e preservado em cada decisão tomada⁵².

Isso significa que os três Poderes precisam dialogar no exercício do poder público, pois, em última análise, são responsáveis por suas decisões diante da sociedade. Essa interação dialógica favorece o controle da qualidade das deliberações públicas pela sociedade em geral e pela comunidade jurídica em particular⁵³.

No entanto, se por um lado o diálogo entre as instituições (sugerido pela ideia de democracia deliberativa) pode ampliar a capacidade dos órgãos públicos de oferecer respostas justas em matéria de direitos fundamentais, por outro lado a ideia de estado de direito demanda estabilidade nas decisões, mesmo que estas tenham caráter provisório⁵⁴.

Assim, a defesa de um diálogo contínuo e a ausência de atribuição da última palavra a um dos órgãos públicos não implicam ignorar a importância do momento da deliberação, que é um elemento de estabilização necessário. Na verdade, o que se rejeita é a compreensão da deliberação como o ponto final do processo decisório, em favor do entendimento de que a deliberação apenas termina uma rodada procedimental, mas dá abertura para novas rodadas procedimentais, que incorporam a bagagem de discussões anteriores.

Ainda resta esclarecer os parâmetros a serem observados pelo Judiciário para que sua intervenção nos procedimentos decisórios seja compatível com a ideia de democracia deliberativa acima exposta.

Conforme já visto, até certo ponto, o momento e a intensidade da intervenção judicial é regulada pelo próprio Judiciário, através do exercício do controle de constitucionalidade. Dentro das margens traçadas pelo arranjo institucional, em um dado contexto político e cultural, há certo espaço para que o Judiciário delimite os parâmetros de

⁵² Cf. Conrado H. MENDES, *Direitos fundamentais...* cit., pp. 11, 165, 166, 204 e 214.

⁵³ Cf. Virgílio Afonso da SILVA, *O STF e o controle...* cit., p. 220 e *Direitos Fundamentais...* cit., p. 150.

⁵⁴ A este respeito, ver Conrado H. MENDES, *Direitos fundamentais...* cit., p. 18.

sua atuação. A variedade de propostas de diálogo evidencia isso: vão de uma posição judicial passiva e minimalista até uma posição ativa e maximalista⁵⁵.

De qualquer modo, o posicionamento a ser tomado neste ponto do estudo não é uma mera questão de escolha entre alternativas equivalentes. O prévio desenvolvimento teórico já indicou o caminho a ser seguido neste momento, especialmente ao rejeitar a ideia de que alguma instituição tem exclusividade ou a última palavra na interpretação da Constituição.

A concepção de democracia aqui adotada sugere que a interação entre os órgãos públicos deve objetivar deliberações de maior qualidade argumentativa. Dessa forma, será possível alcançar respostas que gozem de maior aceitação e estabilidade. No que diz respeito à atuação dos tribunais, isso significa sustentar uma postura judicial flexível e moderada, que deverá variar conforme as razões e contrarrazões apresentadas em cada caso levado à sua apreciação. Assim, haverá ocasiões em que os argumentos favoráveis à intervenção judicial justificam a reforma (total ou parcial) de uma decisão tomada por outro órgão público, e outras em que prepondera o peso das razões opostas, em favor da deferência. Em qualquer circunstância, deve-se considerar a solução do caso como parte de uma interação contínua entre os Poderes, sem um termo final identificável⁵⁶.

Há fundadas razões para que a intervenção judicial seja mais fraca na dimensão positiva dos direitos sociais, do que em outras áreas⁵⁷. Uma evidência neste sentido são as limitações estruturais do Judiciário para lidar com questões envolvendo a implementação de políticas públicas (ver o capítulo II, *supra*). Além disso, as decisões neste campo repercutem na alocação de grande quantidade de recursos escassos, motivo pelo qual devem competir primordialmente aos órgãos políticos.

A intensidade da intervenção judicial (forte, intermediária ou fraca) depende da concepção (forte ou fraca) de direito fundamental e dos remédios judiciais empregados pelo Judiciário⁵⁸.

Com efeito, a concepção de direito fundamental adotada repercute no conteúdo dos direitos a serem reconhecidos, na forma de identificá-los e de restringi-los. Uma determinada base teórica pode contribuir para um entendimento sensível a circunstâncias concretas, ou exclusivamente a parâmetros normativos. Pode sugerir a existência de um

⁵⁵ Cf. Conrado H. MENDES, *Direitos fundamentais...* cit., pp. 100, 173, 182 e 183.

⁵⁶ Em sentido semelhante, cf. Conrado H. MENDES, *Direitos fundamentais...* cit., pp. 186, 191, 195, 205, 208, 209 e 214.

⁵⁷ Cf. Rosalind DIXON, *Creating dialogue...* cit., pp. 393, 394 e 410.

núcleo invariável (conteúdo essencial absoluto) ou suscetível de modificações conforme as circunstâncias concretas (conteúdo essencial relativo).

A concepção dos remédios judiciais a serem empregados também é relevante, pois eles possuem variados graus de coercitividade. É possível que a proteção judicial restrinja-se a uma declaração de violação a um direito fundamental, ou provoque o reexame de uma decisão pelos órgãos políticos à luz de novas razões, ou ainda implique a determinação da conduta devida pelo Estado. No último caso, existem variados graus de detalhamento das diretrizes, incluindo ou não a fixação de prazo para realização de determinado ato. A proteção judicial pode envolver a invalidação de normas jurídicas, mas também o emprego de técnicas interpretativas que conduzem a sentido do texto normativo diverso do literal⁵⁹.

Diante disso, sustento que, se a intervenção judicial sobre a dimensão positiva dos direitos sociais deve ser fraca (conforme anteriormente defendido), esta característica deve provir sobretudo da concepção de direito fundamental a ser adotada pelos tribunais. Entendo que a compreensão dos direitos fundamentais a partir da perspectiva teórica aqui adotada viabiliza esta forma de intervenção judicial (ver item I.4, *supra*)⁶⁰.

De acordo com essa perspectiva teórica, a existência de um direito definitivo pressupõe um juízo favorável que leve em consideração todas as circunstâncias jurídicas e materiais relevantes para o caso. Assim, as limitações institucionais do Judiciário e a estrutura dos direitos sociais deverão ser levadas a sério. Como consequência, a operação para identificar direitos definitivos no Brasil tenderá a definir direitos a prestações positivas de alcance limitado. Portanto, pode-se dizer que se trata de uma concepção fraca dos direitos sociais⁶¹.

Por outro lado, seria inviável predeterminar o grau de coercitividade adequado para os remédios judiciais a serem utilizados. Isso dependerá das circunstâncias de cada caso, e, em particular, da espécie de deficiência a ser atenuada pela decisão judicial. A combinação de diferentes remédios poderá ser exigida para, direta ou indiretamente, atenuar determinada falha do processo político⁶².

⁵⁸ Cf. Rosalind DIXON, *Creating dialogue...* cit., pp. 393 e 394 e Mark TUSHNET, *Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review*, in *Texas Law Review*, vol. 82, 2004, pp. 1902 a 1918.

⁵⁹ Cf. Rosalind DIXON, *Creating dialogue...* cit., pp. 392, 393, 396 e 405.

⁶⁰ Em sentido diverso, Christopher P. MANFREDI sustenta que o teste da proporcionalidade revela-se uma forma forte de controle judicial substantivo. Cf. *The day the dialogue died: a comment on Sauvé v. Canada*, in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 45, n.º 1, 2007, pp. 115 e 116.

⁶¹ Sobre a questão, no contexto da África do Sul, ver Rosalind DIXON, *Creating dialogue...* cit., p. 398.

⁶² Ainda aqui, cf. Rosalind DIXON, *Creating dialogue...* cit., pp. 405, 407, 412 e 413, referindo-se à experiência da África do Sul.

Ainda que não seja predeterminado o grau de coercitividade adequado para os remédios judiciais, pode-se dizer que a concepção de direito social aqui sustentada atenua a força desses remédios, na medida em que conduz a determinações substanciais de conteúdo limitado.

Este posicionamento não está imune a críticas. OCTAVIO FERRAZ observa que teorias do diálogo no campo dos direitos sociais, ao não autorizarem um controle substancial forte pelos tribunais, tornam-se alvo da acusação de que correspondem a uma forma de abdicação, o que se assemelha ao rótulo atribuído às propostas de não justiciabilidade desses direitos⁶³.

No entanto, a defesa realizada neste estudo de um controle judicial fraco sobre a dimensão positiva dos direitos sociais não significa tornar este controle irrelevante, tampouco se confunde com simples deferência. Atribui-se ao Judiciário o papel de identificar deficiências no processo político e, nos limites de sua capacidade institucional, intervir para atenuá-las. Para que não surjam deficiências inversas ou uma usurpação de atribuições dos outros Poderes, essa intervenção afasta-se da ideia de dar a última palavra sobre a matéria. Em vez disso, cuida-se de uma atuação judicial que, ao trazer novos argumentos e novo equilíbrio, desafia os atores políticos à reavaliação de suas decisões⁶⁴. Essa tarefa é considerada responsabilidade dos tribunais, da qual não podem se eximir.

Evidentemente, há necessidade de uma progressiva mudança cultural no Brasil para que as propostas normativas aqui traçadas sejam atendidas. Essa mudança cultural deve atingir os tribunais, os atores políticos e sociais, para que a qualidade argumentativa das deliberações desenvolva-se continuamente. Para que isso ocorra, os problemas apontados no subitem III.2.2, *supra*, não podem ser ignorados.

Em particular, não se pode ignorar as deficiências na forma de deliberação preponderante no Judiciário brasileiro. Conforme adverte VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, referindo-se ao controle de constitucionalidade exercido pelo STF, a ausência de interação entre os membros do tribunal faz com que a instituição não tenha uma única voz, tampouco fomenta a busca de clareza ou consenso. Com razão, ele conclui que essa forma de deliberação deve ser repensada, caso se pretenda que a instituição tenha papel de destaque como *locus* da deliberação e da razão pública. Diante disso, o autor sugere a busca de

⁶³ Ver *Between Usurpation and Abdication? The Right to Health in the Courts of Brazil and South Africa*, Working Paper, 2009, p. 19, disponível no endereço eletrônico (acesso em 28-03-2010) <http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1458299_code715005.pdf?abstractid=1458299&mirid=1>

unidade institucional, fomentando-se um aumento no grau de deliberação interna no STF, o que demandaria apenas modificações no regimento interno do tribunal⁶⁵. Essa argumentação pode ser estendida a outros tribunais. É nítido, portanto, que o desenvolvimento do diálogo entre os Poderes requer ainda o fortalecimento da deliberação interna no Judiciário.

De qualquer modo, o arranjo institucional existente já oferece abertura para uma paulatina caminhada neste sentido⁶⁶.

Dito isso, resta verificar como as concepções de democracia e de diálogo entre os Poderes desenvolvidas neste capítulo relacionam-se com a chamada “dificuldade contramajoritária”. É o que procurarei analisar a seguir.

III.3.1- A dificuldade contramajoritária redimensionada

A falta de legitimidade democrática é um argumento frequentemente levantado contra a atribuição ao Judiciário do papel de decidir questões que provocam grande desacordo, especialmente o controle de constitucionalidade no campo dos direitos sociais. Aponta-se que os juízes não são eleitos e não estão sujeitos a qualquer controle popular sobre seus atos. Neste sentido, observa-se que, embora estejam subordinados à legislação, os juízes não podem ser responsabilizados por suas interpretações do direito.

Muitas respostas a este problema já foram oferecidas, sem que se tenha atingido um consenso sobre o tema. Apesar disso, não é difícil identificar situações em que o Judiciário decide em sentido diverso do posicionamento dos órgãos compostos por representantes do povo. Então, ao contrariar decisões dos órgãos políticos (legitimados pela maioria através das eleições), o Judiciário esbarra na dificuldade de justificar a sua atuação contramajoritária.

A ideia de um diálogo institucional, combinada com a recusa de atribuição ao Judiciário de monopólio ou supremacia na interpretação da Constituição, atenua o problema da legitimidade deste Poder. O problema é atenuado, pois a atuação judicial

⁶⁴ Acerca das razões para rejeição de um controle judicial forte, cf. Rosalind DIXON, *Creating dialogue...* cit., p. 407.

⁶⁵ Cf. *O STF e o controle...* cit., pp. 219 a 221.

deixa de ser compreendida como um obstáculo intransponível pelos órgãos representativos⁶⁷. No entanto, este problema ainda persiste, na medida em que a intervenção judicial provoca modificações relevantes no cenário político e não é alterada sem dificuldades. Como resolver, então, o que resta da dificuldade contramajoritária?

Este problema pode ser adequadamente enfrentado a partir da compreensão da interação entre os Poderes à luz da concepção de democracia desenvolvida anteriormente.

A partir da concepção de democracia deliberativa já exposta, a intervenção judicial no processo político é justificada na medida em que está apta a fomentar o desenvolvimento da deliberação pública. Mas esta justificativa não é compatível com qualquer forma de intervenção judicial.

De acordo com esta justificativa, será legítima a intervenção do Judiciário que procure atenuar as deficiências do processo político (os pontos cegos e o ônus da inércia) que está em posição privilegiada para identificar. Por outro lado, as limitações institucionais do Judiciário recomendam que ele tenha moderação no exercício desse papel, já que este Poder também está sujeito a deficiências. Respeitada essa cautela, estará justificada a intervenção dos tribunais no cenário político.

Estas reflexões trazem algumas consequências relevantes. Primeiro, a legitimidade do Judiciário deixa de ser considerada apenas do ponto de vista formal. Ou seja, reconhece-se que não é suficiente para justificar a intervenção judicial afirmar que ela está fundamentada na Constituição e nas leis. Segundo, admite-se que aspectos substanciais da atuação do Judiciário repercutem em sua legitimidade, o que implica que cada decisão judicial deve contribuir para atingir e manter essa legitimidade. Terceiro, o fortalecimento da deliberação pública torna-se uma meta a ser alcançada, na medida em que a realidade distancia-se do plano do dever ser. Assim, atribui-se ao Judiciário a responsabilidade (e não mera faculdade) de intervir no processo político, nas circunstâncias em que a intervenção for justificada.

Dessa maneira, a dificuldade contramajoritária é redimensionada. Ela deixa de ser compreendida como um simples obstáculo à intervenção judicial no processo político. Em vez disso, ela passa a ser entendida como um permanente ônus argumentativo a ser levado a sério pelo Judiciário. Ao contrariarem decisões dos órgãos representativos, os juízes

⁶⁶ Reconhecendo a possibilidade de um diálogo entre os poderes, através de uma mudança de concepção acerca do controle de constitucionalidade, cf. Virgílio Afonso da SILVA, *O STF e o controle...* cit., pp. 220 e 221.

⁶⁷ Cf. Conrado H. MENDES, *Direitos fundamentais...* cit., pp. 166 a 168 e Christine BATEUP, *Assessing the normative potential...* cit., pp. 1110 e 1118.

atuam de forma contramajoritária. Há ocasiões em que esta atuação contramajoritária é justificada. Nestas hipóteses, ela será legítima e necessária.

III.4- Conclusão do capítulo

A análise desenvolvida neste capítulo dá sustentação à tese de que, apesar das significativas restrições institucionais do Judiciário, este Poder tem um relevante (ainda que moderado) papel a desempenhar no campo das políticas públicas. É a conclusão a que se chega ao aplicar o conceito de diálogo para a compreensão do relacionamento entre os Poderes no Brasil.

Ainda que em grau menor do que em outros países (particularmente no Canadá), a separação de poderes no Brasil caracteriza-se por um desenho institucional que proporciona abertura para o diálogo entre as instituições. Porém, devido a fatores culturais, a interação entre os Poderes na prática brasileira pouco se aproxima do que se poderia entender como condições ideais de deliberação. Neste contexto, falar em democracia deliberativa equivale a colocar em xeque a legitimidade dessa interação.

No entanto, mais do que servir de base para a crítica da atual prática institucional, esta concepção de democracia permite que sejam traçados parâmetros para a interação legítima entre o Judiciário e atores não judiciais no campo de políticas públicas. Dessa forma, ela fundamenta relevantes proposições normativas.

Sem ignorar os limites do atual arranjo institucional no Brasil, é possível (e necessária) uma progressiva mudança cultural, que proporcione melhores condições para uma intervenção judicial capaz de fortalecer as deliberações públicas, particularmente quando estão em jogo direitos fundamentais que pressupõem a implementação de políticas públicas.

O ponto de partida é a recusa da ideia de supremacia ou monopólio judicial na interpretação da Constituição. A partir disso, identifica-se um potencial espaço de ação a ser ocupado pelo Judiciário de forma legítima. Competirá a este Poder intervir no processo político para atenuar deficiências (os pontos cegos e ônus da inércia) que está em posição privilegiada para reconhecer.

Em se tratando da dimensão positiva dos direitos sociais, a intervenção judicial deverá ser fraca. Ela deverá resultar de uma concepção fraca dos direitos sociais, combinada com a utilização de remédios judiciais com graus variados de coercitividade.

Ao observar estes parâmetros no exercício de seu papel de controle, o Judiciário estará em condições de responder satisfatoriamente à chamada dificuldade contramajoritária.

IV- ESTUDO DE CASO: A POLÍTICA ASSISTENCIAL DO ARTIGO 20 DA LEI Nº 8.742/93

Neste capítulo, aplicarei os parâmetros teóricos desenvolvidos ao longo deste trabalho para a avaliação da atuação do Poder Judiciário no âmbito de uma política pública específica, a política assistencial do Estado brasileiro baseada no disposto no artigo 20 da Lei nº 8.742/93¹.

Desse modo, procuro testar se de fato aqueles parâmetros configuram balizas para avaliar a legitimidade da atuação do Judiciário no campo dessa política pública. Obviamente, as reflexões que seguem estão voltadas para as particularidades da política assistencial brasileira. Será tarefa de futuras investigações verificar em que medida esses parâmetros devem ser adaptados para uma melhor avaliação da atuação judicial na esfera de outras políticas públicas desenvolvidas pelo Estado.

O primeiro passo é a apresentação dos contornos da controvérsia envolvendo a referida política assistencial.

IV.1- A política assistencial de concessão de benefícios de prestação continuada

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma seção relativa a políticas de assistência social, dentro do capítulo da seguridade social, integrante do título ordem social. Os destinatários dessas políticas são, em termos gerais, as pessoas que se encontram desprovidas de condições existenciais mínimas. As políticas assistenciais possuem um nítido caráter redistributivo, já que independem de contribuições ao Estado e têm por destinatárias as parcelas mais pobres da população.

Para os fins deste estudo, importa a política assistencial fundamentada no inciso V do artigo 203, inserido naquela seção. De acordo com este preceito constitucional, um dos

¹ A jurisprudência citada neste capítulo foi consultada através de pesquisa nos seguintes endereços eletrônicos oficiais: <<http://www.stf.jus.br/>> <<http://www.stj.jus.br/>> e <<http://www.trf3.jus.br/>>

objetivos da assistência social é a garantia do benefício mensal de um salário mínimo 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 disposto em lei.

Em complemento, o artigo 59 do ato das disposições constitucionais transitórias determinou que os projetos de lei relativos à organização da seguridade social (dentro da qual se inclui a assistência social, nos termos do artigo 194 da Constituição) e aos planos de custeio e de benefício deveriam ser apresentados no prazo máximo de seis meses da promulgação da Constituição ao Congresso Nacional, que teria seis meses para apreciá-los. Uma vez aprovados, os planos deveriam ser implantados nos dezoito meses seguintes.

No entanto, este prazo não foi observado, em razão das controvérsias que a discussão do tema suscitou. Por outro lado, o STF fixou o entendimento de que o conteúdo da norma estabelecida no inciso V do artigo 203 não era autoaplicável em sua origem, dependendo da edição de lei regulamentadora. Uma consequência desse entendimento é negar que referida norma constitucional tenha produzido efeitos jurídicos, enquanto perdurou a omissão legislativa².

O Poder Legislativo regulamentou essa norma constitucional ao editar a Lei nº 8.742, que entrou em vigor em 08-12-1993 e em seu artigo 20 estabeleceu os requisitos para a concessão do benefício de prestação continuada³⁻⁴. Contudo, a plena implementação desta lei somente ocorreu em 1995, iniciando-se a concessão dos benefícios em janeiro de 1996⁵.

Devido à existência de muitas decisões com conteúdo semelhante, evitei citá-las, quando repetitivas. No âmbito da segunda instância, limitei a análise a decisões do TRF da 3ª Região.

² Sobre o entendimento do STF, ver, dentre outros, MI nº 448-0, MC-ADI nº 1232, RE nº 213.736-7, ED-Re nº 401.127-1 e ED-ED-AgR-RE 214.427-4. No entanto, também houve interpretação diversa do referido dispositivo constitucional, no sentido de considerá-lo de eficácia plena e de aplicabilidade imediata. Neste sentido, ver por exemplo TRF da 3ª Região, AC nº 95.03.037015-9.

³ No MI nº 448-0, distribuído em 08-11-1993 e julgado em 05-09-1994, o STF, por maioria, deferiu parcialmente o pedido de mandado de injunção, para reconhecer a existência da mora legislativa, dando ciência ao Congresso Nacional, para que regulamentasse o dispositivo do artigo 203, inciso V da Constituição Federal. Porém, na data daquele julgamento a mora legislativa já tinha deixado de existir, pois desde 08-12-1993 estava em vigor a lei regulamentadora do mencionado dispositivo (Lei nº 8.742). Por essa razão, não se pode dizer que a edição da lei foi uma resposta a esta decisão judicial. Por razão semelhante, não foi julgada no mérito a ADI nº 877-3, que também tratava dessa omissão.

⁴ O benefício de prestação continuada substituiu o benefício denominado renda mensal vitalícia, que tinha sido criado pela Lei nº 6.179/74 e mantido pela Lei nº 8.213/91, através de seu artigo 139, até a regulamentação do artigo 203, inciso V da Constituição Federal. Houve mudanças relevantes em comparação com o benefício substituído. Destaque-se que o novo benefício, em valor superior ao anterior, não é vitalício e não pressupõe que em algum momento o beneficiário tenha efetuado o recolhimento de contribuições, a filiação a regime previdenciário ou o exercício de atividade laboral. Dessa forma, ele possui destinatários mais amplos e está sujeito a revisão periódica.

⁵ Cf. Helmut SCHWARZER – Ana C. QUERINO, *Benefícios Sociais e Pobreza: programas não contributivos da seguridade social brasileira*, Texto para Discussão nº 929, IPEA, Brasília, 2002, p. 24.

A lei definiu quais pessoas são consideradas portadoras de deficiência e idosas para fins da concessão deste benefício e determinou qual é a abrangência do conceito de família. Ela também estabeleceu que se considera incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a um quarto do salário mínimo (§ 3º do referido artigo). Enfim, o artigo 21 da lei dispôs que o benefício deverá ser revisto a cada dois anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem.

Todavia, esta regulamentação provocou uma sensível controvérsia. Questionou-se a validade da regulamentação estabelecida pela Lei 8.742/93, por ter restringido o direito previsto na norma constitucional do inciso V do artigo 203. E, mesmo após a confirmação pelo STF da constitucionalidade daquela regulamentação, surgiu novo debate a respeito da interpretação a ser dada às normas legais.

Não tratarei aqui das alterações no requisito etário ou da discussão sobre os conceitos de família e de pessoa portadora de deficiência. Mais relevante para os fins deste estudo é o debate sobre o critério da renda mensal familiar *per capita*, o qual será o foco das reflexões posteriores.

IV.2- Início do debate: a exclusividade do critério legal de miserabilidade da Lei nº 8.742/93

A Lei nº 8.742/93 foi regulamentada pelo Poder Executivo, inicialmente através do Decreto nº 1.330/94, e depois através do Decreto nº 1.744/95. No exame dos pedidos de benefício que lhe foram encaminhados, o Executivo (através da autarquia federal INSS), passou a aplicar estritamente a limitação da renda mensal familiar *per capita* determinada pela lei.

Diante disso, pessoas excluídas por este critério passaram a provocar o Judiciário a se manifestar sobre a validade dessa limitação. Tratava-se, em sua grande maioria, de litígios individuais, contrapondo, de um lado, o potencial beneficiário da prestação assistencial, com renda mensal familiar superior ao limite legal, e, de outro, o Poder Executivo.

Em resposta a essas demandas, surgiu relevante entendimento jurisprudencial no sentido de que seria inconstitucional a limitação legal da renda mensal familiar⁶.

O principal argumento utilizado é o de que o dispositivo legal estabeleceu limite excessivamente baixo para a renda mensal familiar *per capita*, que corresponde a miséria absoluta e ignora o piso constitucional do salário mínimo. Além disso, ao ser aplicado de forma rígida, conduz a uma diferenciação arbitrária de situações semelhantes, o que fere a isonomia. O teto legal excluiria de sua esfera de proteção grande número de pessoas que estariam protegidas pelo preceito constitucional e, como consequência, inviabilizaria o exercício daquele direito, configurando uma medida restritiva inconstitucional.

A questão foi levada à apreciação do STF através da ADI nº 1.232-1, ajuizada pelo Procurador-Geral da República. Inicialmente, a corte rejeitou o pedido de suspensão liminar da norma, ao fundamento de que o legislador estabeleceu um parâmetro para a concessão do benefício, cumprindo seu dever de dar eficácia à norma constitucional. Na ocasião, o ministro MAURÍCIO CORRÊA observou que se deveria levar em conta dois fatores, a necessidade do beneficiário e a possibilidade de quem arca com o encargo.

Quando do julgamento do mérito da ação pelo STF, em 27-08-1998, ficaram vencidos os ministros ILMAR GALVÃO e NÉRI DA SILVEIRA. Eles entenderam que o dispositivo impugnado não é inconstitucional, pois apenas prevê uma hipótese objetiva de miserabilidade. No entanto, consideraram que a ação deveria ser julgada parcialmente procedente, para conferir ao texto interpretação segundo a qual ele não limita os meios de prova da condição de miserabilidade da família do necessitado deficiente ou idoso. Do contrário, grande parte dos destinatários do benefício assistencial estabelecido pela Constituição ficariam desprotegidos.

O entendimento que prevaleceu foi o do ministro NELSON JOBIM. De acordo com ele, compete à lei dispor sobre as formas de comprovação da miserabilidade, inclusive sobre a criação de outros mecanismos de comprovação. Diante disso, o direito dependerá da existência da lei definidora. Com base nestes fundamentos, a ação foi julgada improcedente, por maioria.

Neste momento, o ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, apesar de acompanhar a maioria, fez observação relevante. Sustentou que o legislador deve estabelecer outras situações caracterizadoras da absoluta incapacidade de manter-se o idoso ou o deficiente, a fim de completar a efetivação do programa normativo de assistência contido na

⁶ Menciono, a título exemplificativo, as decisões do TRF da 3ª Região em AC nº 95.03.037015-9, AC nº 96.03.068000-1 e AC nº 97.03.039147-8.

Constituição. Por essa razão, o ministro percebeu a existência de uma inconstitucionalidade por omissão de outras hipóteses de direito à prestação assistencial do Estado, que não poderia ser remediada através daquela ação direta.

Essa decisão do STF não provocou a uniformização do entendimento jurisprudencial sobre a constitucionalidade daquela norma legal, pois havia incerteza sobre a existência ou não de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante da declaração de constitucionalidade em sede de ação direta de inconstitucionalidade⁷.

Nesse contexto, novas decisões judiciais continuaram a surgir, concedendo o benefício assistencial com utilização de critérios para comprovação da miserabilidade diferentes daquele estabelecido pela lei, ou com exclusão de determinadas receitas e despesas do cálculo da renda mensal *per capita*.

Para coibir essa prática, o Executivo (INSS) passou a recorrer e a ajuizar reclamações junto ao STF, alegando ofensa à autoridade de sua decisão na ADI nº 1.232-1. Este argumento encontrou aceitação no tribunal, que acolheu uma série de reclamações e recursos para impedir a concessão de benefício assistencial a quem tenha renda mensal familiar *per capita* superior ao limite estabelecido pelo § 3.º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93⁸.

Os fundamentos do posicionamento majoritário do STF encontram-se desenvolvidos em maior extensão no AgR-Rcl 2.303-6, cujo julgamento foi concluído em 13-05-2004.

Na ocasião, a ministra ELLEN GRACIE apresentou as seguintes razões para afastar a interpretação de que poderia o juiz adotar critério de comprovação de miserabilidade diferente do estabelecido por lei. Primeiro, aquela interpretação daria ao juiz o poder de criar e aumentar benefício, o que não é de sua competência. Segundo, a criação de benefício ocorreria sem indicação da fonte de custeio, exigência à qual até mesmo o legislador está sujeito. Terceiro, ao desconsiderar o critério legal, ocorre um impacto atuarial ignorado pela deliberação judicial. A lei estabelece um parâmetro objetivo considerando a disponibilidade orçamentária da Assistência Social, o universo de habitantes do país e sua condição social, de modo que é a partir desse cálculo que ocorre a determinação legal da parcela daqueles que serão beneficiados.

⁷ Ver, por exemplo, a decisão contrária do TRF da 3ª Região em AC nº 97.03.039147-8.

⁸ Ver, por exemplo, as decisões do STF em Rcl nº 2.303-6, AgR-Rcl nº 2.303-6, Rcl nº 2.323-1, Rcl nº 2.733, Rcl nº 2.298-6, MC-Rcl nº 3.968, AgR-MC-Rcl nº 4.427-1 e AgR-AI nº 467.633-8.

Em seguida, o ministro NELSON JOBIM argumentou que a interpretação rejeitada pelo STF acarretaria grande desordem, pois conduziria cada juiz a adotar um critério de concessão diferente dos demais e criaria uma enorme obrigação, sem uma forma de controle.

No mesmo sentido, o ministro GILMAR MENDES apresentou como outro argumento a repercussão da multiplicação dessas decisões sobre o quadro geral da seguridade. Apontou que a expansão da Justiça Federal (especialmente com os Juizados Especiais Federais) pode criar uma situação ainda mais imprevisível para o quadro já preocupante da seguridade social.

Enfim, o ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, apesar de reiterar que houve uma omissão parcial do legislador, não considerou possível deixar à apreciação de cada juiz, no caso concreto, estabelecer outras modalidades de prestação assistencial gratuita, quando não o pode fazer na área da Previdência Social, que se baseia na contribuição do segurado.

Dessa forma, o entendimento predominante no STF restringia o campo de apreciação do magistrado à estrita observância do teto de miserabilidade previsto em lei. Contudo, as peculiaridades de novos casos concretos e a legislação superveniente relativa a outros benefícios assistenciais conduziram a Corte a indicar a possível revisão de seu posicionamento.

IV.3- Mudança jurisprudencial: existência de outros meios de comprovação de miserabilidade

Novas reclamações continuaram a chegar ao STF, impugnando a aplicação por magistrados de critérios de miserabilidade diferentes do previsto na Lei nº 8.742/93. O que se percebe, no entanto, foi uma paulatina mudança na fundamentação das decisões impugnadas. Em vez de sustentar a inconstitucionalidade da norma legal, passou-se a defender o entendimento de que a legislação superveniente que disciplinou outros benefícios assistenciais voltados para população de baixa renda alterou o critério legal de miserabilidade, ou ao menos permite que ela seja comprovada por outros meios.

A legislação mencionada é a seguinte.

Primeiramente, a Lei n.º 9.533/97, que autorizou o Executivo Federal a financiar programas municipais de garantia de renda mínima. Naquela lei, definiu-se como destinatárias dos recursos federais exclusivamente famílias cuja renda familiar *per capita* seja inferior a meio salário mínimo (artigo 5º). Posteriormente, a Lei n.º 10.219/01, que criou o Programa Nacional de Renda Mínima vinculada à educação, estabeleceu como beneficiárias as famílias com renda *per capita* inferior ao valor fixado nacionalmente em ato do Poder Executivo para cada exercício (artigo 2º).

De forma semelhante, a Lei Complementar n.º 111/01, que regulou o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (instituído pela Emenda Constitucional n.º 31/00), determinou que os recursos do Fundo terão por destinatárias famílias cuja renda *per capita* seja inferior à linha de pobreza, conforme definido pelo Executivo, a cada ano (artigo 3º). Regulamentando o disposto nesta lei, o Decreto n.º 3.997/01 determinou que naquele ano os recursos do Fundo seriam destinados a famílias cuja renda *per capita* fosse inferior ao equivalente a meio salário mínimo à época (artigo 4º)⁹.

Também as Portarias n.º 458/01, 877/01 e 879/01, que estabeleceram, respectivamente, diretrizes para o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, para o Programa de Geração de Renda e para o Projeto Agente Jovem de Desenvolvimento Social e Humano, todas editadas pela Secretária de Estado da Assistência Social, o Decreto n.º 4.102/02, que instituiu o Programa Auxílio-Gás (artigo 3º), e a Lei n.º 10.689/03, que criou o Programa Nacional de Acesso à Alimentação (artigo 2º), adotaram critério semelhante para seleção das famílias beneficiárias. O mesmo critério é empregado para identificação de famílias de baixa renda, a serem incluídas no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (artigo 4.º do Decreto n.º 6.135/07).

A legislação mencionada até aqui tinha por objetivo a disciplina de outros benefícios assistenciais, mas serviu como fundamento para decisões judiciais sustentando que, diante da reiteração do mesmo critério de seleção em diversos programas assistenciais, teria ocorrido uma mudança no entendimento dos Poderes Legislativo e Executivo a respeito de qual deve ser o critério para aferir a miserabilidade. Não bastasse isso, argumenta-se que, na medida em que todos são programas assistenciais, não se justifica a utilização de critérios diferentes, especialmente na circunstância em que o mais restritivo é o que regulamenta um direito fundamental assegurado pela Constituição.

Também houve uma alteração legislativa que expressamente modificou parte do critério de verificação da miserabilidade contido no artigo 20 da Lei n.º 8.742/93. Trata-se do disposto no artigo 33 da Lei n.º 10.741/03 (Estatuto do Idoso), que estabeleceu que o benefício assistencial já concedido a qualquer idoso membro da família não será computado para os fins do cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a Lei n.º 8.742/93.

Posteriormente a esta nova lei, o Executivo editou o Decreto n.º 6.214/07, segundo o qual deve ser excluído do cálculo da renda mensal bruta familiar o valor do benefício de prestação continuada concedido a idoso, para fins de concessão de benefício semelhante a outro idoso da mesma família (artigos 4.º e 19). Dessa maneira, surgiu um novo foco de discordância entre a interpretação do Executivo e aquela do Judiciário. Significativa parcela da magistratura foi além da interpretação gramatical do disposto no Estatuto do Idoso, tendo em vista assegurar isonomia, excluindo do cálculo da renda mensal *per capita* qualquer benefício assistencial ou previdenciário que tenha valor correspondente a um salário mínimo, recebido por idoso ou portador de deficiência integrante da unidade familiar¹⁰.

Por vezes, a argumentação de que houve alteração no critério legal de miserabilidade foi afastada pelo STF, em favor do entendimento que predominou na ADI n.º 1.232-1¹¹. No entanto, com o passar do tempo crescente número de membros do tribunal passou a considerar que essa nova argumentação é razão suficiente para a rejeição de reclamações fundamentadas naquela ADI, seja por questões processuais, seja por motivo de mérito¹².

⁹ O Decreto n.º 4.564/03 revogou o Decreto n.º 3.997/01 e determinou que a renda *per capita* inferior à linha de pobreza passará a ser definida a cada ano pelo órgão gestor do Fundo (no caso, o Gabinete do Ministro de Estado Extraordinário de Segurança Alimentar e Combate à Fome).

¹⁰ No âmbito do TRF da 3ª Região, podem ser mencionadas as decisões em AC n.º 2003.03.99.016119-4, AC n.º 2006.61.11.005374-9, AC n.º 2007.61.11.000541-3 e AgL-AC n.º 2009.03.99.005711-3.

¹¹ Ver, por exemplo, a decisão em Rcl n.º 2.323-1 e AgR-MC-Rcl n.º 4.427-1. O argumento utilizado é o de que a legislação superveniente cuida de outros benefícios assistenciais, de modo que não afeta o conteúdo da Lei n.º 8.742/93.

¹² Entendendo que a nova fundamentação não foi objeto de exame na ADI n.º 1.232-1, ver as seguintes decisões monocráticas: Rcl n.º 4.145 (do ministro MARCO AURÉLIO), Rcl n.º 4.270 (do ministro EROS GRAU) e Rcl n.º 4.280 (do ministro SEPÚLVEDA PERTENCE). No mesmo sentido, a decisão da 2ª Turma no RE n.º 561.936-2 e as decisões monocráticas na Rcl n.º 4.139 (do ministro CARLOS BRITTO) e na Rcl n.º 3.342 (do ministro SEPÚLVEDA PERTENCE), segundo as quais o entendimento fixado na referida ADI não foi contrariado por decisão judicial que se fundamentou na Lei n.º 10.741/03. Por sua vez, entendendo não ter sido utilizada a via adequada para impugnar a adequação do critério de aferição do estado de miserabilidade, a decisão monocrática em Rcl n.º 3.739 (do ministro CELSO DE MELLO). E, adotando expressamente entendimento mais flexível quanto aos meios de comprovação de miserabilidade, ver as seguintes decisões monocráticas: Rcl n.º 4.145 (do ministro MARCO AURÉLIO, em que seu entendimento consta da

Percebendo a mudança, ao proferir decisão monocrática na MC-Rcl n.º 4.374¹³, o ministro GILMAR MENDES afirmou que o Tribunal parece caminhar no sentido de admitir que o critério de um quarto do salário mínimo pode ser conjugado com outros fatores indicativos do estado de miserabilidade para fins de concessão do benefício assistencial. Assim, apesar de se manter firme o posicionamento do Tribunal em relação à constitucionalidade do § 3º do artigo 20 da Lei n.º 8.742/93, o mesmo não se poderia afirmar em relação ao decidido em AgR-Rcl 2.303-6. Por essa razão, ressaltou que o Plenário da Corte deverá enfrentar o tema novamente¹⁴.

O ministro destacou alguns fatores relevantes para o reconhecimento do que talvez seja um processo de inconstitucionalização (por omissão) do § 3.º do artigo 20 da Lei n.º 8.742/93, em face do artigo 203, inciso V da Constituição. Primeiro, a superveniência de legislação que estabeleceu novos critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, por revelar que o próprio legislador tem reinterpretado o artigo 203 da Constituição. Segundo, os numerosos casos concretos que chegam ao Tribunal têm evidenciado que os critérios objetivos da Lei n.º 8.742/93 são insuficientes para atestar a miserabilidade do idoso ou do deficiente. O ministro concluiu que essa insuficiência tem motivado os juízes e tribunais a aceitar a comprovação da condição de miserabilidade por outros meios de prova, conjugando o parâmetro objetivo da lei com outros fatores indicativos do estado de penúria no caso concreto, ou utilizando interpretação sistemática da legislação superveniente.

Esse processo de reinterpretação da Lei n.º 8.742/93 por parte do STF tem encontrado forte respaldo no âmbito dos outros órgãos da magistratura. Grande número de decisões judiciais tem admitido a demonstração da condição de miserabilidade do beneficiário por outros meios de prova, quando a renda *per capita* do núcleo familiar é superior a um quarto de salário mínimo¹⁵.

Este é o estágio atual da discussão. Pretendo agora examinar questões que considero fundamentais para a adequada compreensão da controvérsia, o que será realizado

fundamentação apenas a título de esclarecimento), Rcl n.º 3.805 e RE n.º 600.535 (da ministra CÁRMEN LÚCIA), e Rcl n.º 3.891 (do ministro RICARDO LEWANDOWSKI).

¹³ O mesmo conteúdo foi reiterado em outras decisões do ministro. Ver, por exemplo, MC-RE n.º 564.374.

¹⁴ Isso provavelmente ocorrerá no julgamento do RE n.º 567.985, cuja repercussão geral foi admitida pelo STF. O recurso versa sobre a abrangência do conceito de renda *per capita* para fim de concessão de benefício assistencial de prestação continuada. A decisão neste recurso será aplicada a muitos recursos semelhantes, que foram sobrestados nos termos do artigo 543-B do Código de Processo Civil. Este recurso não foi julgado até o momento em que o presente estudo foi concluído.

através do emprego das ferramentas analíticas expostas nos capítulos anteriores deste estudo.

IV.4- Aprofundamento do debate: há discrepância nas políticas assistenciais do Estado?

Compreendido o alcance da discussão, passo a avaliar a atuação do Judiciário no campo dessa política pública a partir das ferramentas analíticas desenvolvidas nos capítulos anteriores. Desse modo, serão destacados pontos que ainda não foram suficientemente examinados, tais como o argumento de que há uma discrepância nas políticas assistenciais do Estado.

Estruturo este exame em quatro tópicos, conforme a proposta analítica apresentada no capítulo II, *supra*. Não pretendo mencionar abstratamente os principais fatores que influenciam as etapas do litígio judicial envolvendo direitos sociais, pois isso já foi suficientemente examinado naquele capítulo. O objetivo agora é mostrar quais são os elementos concretos que tornam peculiar a deliberação judicial no campo da política assistencial objeto deste estudo.

IV.4.1- Acessibilidade

As principais questões a serem respondidas neste tópico são duas. A primeira é se existem vias (individuais ou coletivas) pelas quais reivindicações de prestações assistenciais das camadas mais pobres da população brasileira conseguem chegar à porta do Poder Judiciário. A segunda refere-se ao grau de acesso à justiça proporcionado por essas vias (restringindo a análise à fase que antecede o processo judicial).

¹⁵ A título exemplificativo, ver decisão do STJ em REsp n.º 2009/0040999-9 (julgamento de recurso repetitivo) e do TRF da 3ª Região em AC n.º 2009.03.99.014089-2.

É conveniente observar que estaria comprometida a legitimidade da intervenção judicial nesta política pública na ausência de um nível mínimo de acesso à justiça pelos mais pobres (ou por instituição que os represente).

Início tratando do acesso ao Judiciário por via de demandas individuais.

O problema da falta de acesso à justiça no Brasil é notório, atingindo sobretudo a camada mais pobre da população (ver item II.1, *supra*). Dentre os principais obstáculos ao acesso à justiça, encontram-se a falta de conhecimento pela população a respeito de quais são os seus direitos¹⁶ e a ausência de recursos financeiros para demandá-los.

Diante desses obstáculos, há fundadas razões para afirmar que, salvo raras exceções, demandas bem sucedidas no campo dos direitos sociais normalmente são promovidas por indivíduos que podem contratar um bom advogado¹⁷.

No entanto, é preciso alguma cautela ao estender essa afirmação à esfera do direito à assistência social. Na verdade, o estudo das ações judiciais acerca deste direito sugere que talvez aquela afirmação esteja merecendo um maior temperamento, pois é possível que as exceções não sejam tão raras quanto se imaginava. É o que pretendo mostrar.

O ajuizamento de ações individuais pode ser realizado tanto por defensores públicos quanto por advogados privados.

Compete à DPU a prestação de serviços de assistência jurídica gratuita aos indivíduos de baixa renda que busquem solucionar litígios de competência da justiça federal. Por essa razão, cabe à DPU levar a juízo as controvérsias relativas à concessão de benefício assistencial.

Contudo, dados de estudo promovido pelo Ministério da Justiça em 2009, sob o título de “*III Diagnóstico Defensoria Pública no Brasil*”, revelam um quadro de limitações que põe em dúvida o grau de melhoria no acesso à justiça proporcionado pela atuação da DPU no campo da assistência social.

¹⁶ Estudos de caso realizados no âmbito da Universidade de Brasília revelam que as principais fontes de informação sobre o benefício assistencial da Lei n.º 8.742/93 são os profissionais que atendem em hospitais públicos, tais como assistentes sociais, psicólogos e enfermeiros. Cf. Marcelo MEDEIROS - Debora DINIZ - Flávia SQUINCA, *Transferências de renda para a população com deficiência no Brasil: uma análise do benefício de prestação continuada*, Texto para discussão n.º 1.184, IPEA, Brasília, 2006, p. 20. Estes autores salientam ainda que o papel de instrução desempenhado por organizações da sociedade civil é secundário e a propaganda pública virtualmente inexistente. Também destacam que os beneficiários daquela prestação estão proporcionalmente concentrados em áreas urbanas. Ver mesma obra e página.

A concentração em áreas urbanas pode ser parcialmente explicada pela maior facilidade de informação. No entanto, outro fator importante a ser considerado é a existência de um programa de inclusão previdenciária de trabalhadores rurais que independe de prévia contribuição, o que diminui a proporção de rurícolas idosos desamparados.

¹⁷ Ver, nesse sentido, Virgílio Afonso da SILVA, *Taking from the Poor...* cit., p. 2.

Este estudo, que abrange os anos de 2006 a 2009, aponta que, apesar de alguns avanços, ainda há enorme déficit no grau de cobertura dos serviços prestados pela Defensoria Pública. Menciono alguns dados coletados.

O estudo estabelece uma relação entre o número de defensores públicos e o público alvo da instituição. Para os fins daquela pesquisa, foi estipulado como público alvo os maiores de 10 anos com renda de até três salários mínimos. Entre 2005 e 2008, o número de cargos existentes na DPU aumentou de 112 para 481. Mas, em 2008, havia apenas 268 defensores públicos da União na ativa. Por outro lado, o público alvo estimado em 2008 foi de 139.912.000, do que decorre que naquele ano houve uma proporção de 522.060 pessoas potencialmente necessitadas por defensor. E, apesar de o número de defensores públicos da União na ativa ter aumentado para 336 em 2009, um estudo técnico já realizado sugere que seriam necessários 1280. De qualquer modo, nota-se que em 2008 houve um total de 513.598 atendimentos¹⁸.

A pesquisa também revelou que a DPU prestou serviços em 37 subseções da Justiça Federal, deixando de atender a 150 subseções, o que corresponde a atendimento de 19,79% do total de subseções. Procurou-se atenuar essa carência através do emprego de diferentes critérios de distribuição dos cargos pelo território nacional, a saber, o índice de desenvolvimento humano, o número de varas judiciais, a população, a população de baixa renda, e estatísticas de atendimento. Contudo, é evidente que isso não supre a falta de cobertura em grande número de subseções. Agravando este cenário, outra deficiência apontada foi a ausência de um quadro próprio de apoio administrativo, que acabou sendo efetuado por servidores requisitados ou cedidos, funcionários terceirizados e estagiários¹⁹.

A insuficiência no número de defensores públicos, a elevada porcentagem de subseções judiciárias não atendidas e a falta de uma estrutura de apoio consolidada, acrescidas dos já conhecidos problemas de acesso à justiça da população carente, especialmente a falta de informação, permitem concluir que a atuação da DPU é insuficiente para canalizar as potenciais demandas por prestações assistenciais.

Fortalecendo este entendimento, verifica-se que o MPF tem ajuizado ações visando à concessão de benefício assistencial em favor de um ou alguns indivíduos determinados²⁰.

Independentemente da discussão sobre a adequação desta tutela individualizada aos fins institucionais do Ministério Público, há razões para crer que se trata de uma atuação de

¹⁸ Ver *III Diagnóstico Defensoria Pública no Brasil* cit., pp. 107, 114 e 139 a 143.

¹⁹ Ver *III Diagnóstico Defensoria Pública no Brasil* cit., pp. 113, 116 e 128.

²⁰ Ver por exemplo, no âmbito do TRF da 3ª Região, AC n.º 2000.61.00.000713-5, AC n.º 2004.61.06.003197-4 e SS n.º 2000.03.00.020787-0.

efeitos limitados em termos de promoção de acesso à justiça. Afinal, o número de membros da instituição é reduzido²¹ e ela possui vasto rol de atribuições.

Todavia, entendo que os obstáculos ao acesso à justiça nesta área têm sido atenuados pela ação da advocacia privada²².

Com efeito, apesar de normalmente envolver direitos de indivíduos pobres e demandas de pouca expressão econômica, nota-se que a advocacia privada tem assumido a tarefa de promover ações no campo da assistência social. Uma hipótese que levanto é a de que o crescente número de advogados atuando em um mercado cada vez mais saturado tem pressionado parcela dos profissionais a oferecer seus serviços em setores nos quais a demanda é mais abundante e menos disputada²³. Isso ajuda a compreender, ao menos parcialmente, a atenção dispensada à esfera da previdência e da assistência social.

A advocacia nestes campos torna-se um negócio economicamente viável diante da promoção de grande quantidade de demandas similares, aliada a remuneração muitas vezes pactuada em percentual sobre o resultado econômico do litígio. Ainda que não se verifique a atuação da elite profissional nestas áreas, ocorre a atuação de advogados que conseguem transmitir ao Judiciário, mesmo que de modo singelo, os pedidos de estratos mais pobres da população. E, excluída a situação excepcional de inépcia, deficiências na formação profissional não têm sido óbice ao reconhecimento judicial de direito a benefício previdenciário ou assistencial.

Com o passar do tempo, diante da tendência à expansão do número de clientes atendidos, até mesmo por publicidade espontânea (na medida em que histórias de sucesso chegam ao conhecimento de vizinhos ou parentes em situações semelhantes), a advocacia neste campo indiretamente contribui para redução de graves obstáculos ao acesso à justiça pela população carente.

Pode-se dizer, então, que a via de demandas individuais tem proporcionado, ainda que de modo incompleto e imperfeito, alguma forma de acesso ao Judiciário pelos

²¹ Em junho de 2009, o número total de membros do MPF em atividade era de 925 (incluindo procuradores da república, procuradores regionais da república e subprocuradores-gerais da república). Ver <<http://gtld.pgr.mpf.gov.br/gtld/estatisticas/membros-em-atividade>> (último acesso em 18-04-2010).

²² Esta afirmação baseia-se em informações coletadas ao longo da pesquisa realizada no âmbito da Justiça Federal da 3ª Região. No entanto, não foi possível efetuar uma estimativa precisa do impacto da atuação da advocacia privada, devido à ausência de dados estatísticos a respeito da questão, e às limitações do campo de pesquisa.

²³ Sobre a saturação do mercado de trabalho da advocacia, cf. Frederico N. R. de ALMEIDA, *A Advocacia e o Acesso à Justiça no Estado de São Paulo (1980-2005)*, Dissertação (Mestrado) – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, 2005, capítulo 5, pp. 48 e ss.. É crescente o número de inscritos na OAB, dos quais mais de um terço estão na seccional do Estado de São Paulo. Ver <<http://www.oab.org.br/relatorioAdvOAB.asp>> (último acesso em 11-04-2010).

potenciais beneficiários de prestações assistenciais, que integram as camadas mais pobres da população.

Resta verificar se o mesmo pode ser dito em relação a demandas coletivas.

Direciono o foco para a ação civil pública, que se revela o instrumento de tutela coletiva por excelência, tendo em vista a variedade dos legitimados para sua propositura e a amplitude de seu objeto. Com efeito, este foi o instrumento de tutela coletiva mais relevante no caso analisado.

De qualquer modo, é oportuno notar que outras ações, especialmente a ação direta de inconstitucionalidade, também podem produzir efeitos que transcendem a esfera individual. É o que se verificou no ajuizamento pelo Procurador-Geral da República da já mencionada ADI nº 1.232-1, cuja decisão produziu eficácia *erga omnes*, declarando a constitucionalidade do critério legal de aferição da miserabilidade. Esta decisão, no entanto, não pacificou a jurisprudência a respeito do assunto, conforme anteriormente exposto.

A vantagem do emprego da ação civil pública, em comparação com demandas individuais, seria a uniformização de parâmetros, devido à possibilidade de se pleitear, em benefício de todos os potenciais beneficiários, a vinculação do Executivo à observância dos mesmos parâmetros para concessão de benefícios assistenciais que vêm sendo utilizados pelo Judiciário. Desse modo, seriam beneficiados os mais excluídos, aqueles que se limitam a requerer a prestação assistencial junto ao INSS, sem sequer saber que poderiam levar a questão ao Judiciário.

A pesquisa que realizei na jurisprudência do TRF da 3ª Região revela que, em comparação com o grande número de demandas individuais, são poucas as ações civis públicas ajuizadas buscando tratamento coletivo de problemas relacionados a benefício assistencial²⁴. Isso não surpreende, considerando que, por um lado, o objetivo da ação coletiva é justamente evitar a multiplicação de demandas individuais idênticas e, por outro lado, reduzido número de ações coletivas são suficientes para levar a juízo todas as controvérsias relevantes envolvendo o objeto de estudo deste capítulo.

Também merece destaque o fato de que, em todos os casos encontrados no âmbito do TRF da 3ª Região, assim como nas instâncias superiores (STJ e STF), cuidava-se de

²⁴ A inexistência de dados estatísticos detalhados inviabilizam a indicação precisa do percentual de demandas coletivas em comparação com as demandas individuais. De qualquer modo, uma simples pesquisa de jurisprudência no endereço eletrônico do tribunal é suficiente para revelar a diferença quantitativa. Relembro que, em segunda instância, limitei a pesquisa ao TRF da 3ª Região. Nas instâncias superiores (STJ e STF), foram examinadas todas as decisões em ações coletivas encontradas.

ações civis públicas ajuizadas pelo MPF²⁵. Não foram encontradas ações civis públicas sobre o tema promovidas pela DPU ou por associações. Certamente esta constatação merece alguma cautela, devido à restrição do campo de análise e às limitações do sistema de pesquisa de jurisprudência dos tribunais. De qualquer modo, é possível levantar a hipótese de que o MPF tem sido o único ator com atuação relevante na promoção de ações coletivas relativamente a benefícios assistenciais.

Outro dado importante diz respeito ao possível risco de decisões conflitantes resultarem de diferentes ações coletivas ajuizadas pelo MPF sobre o mesmo tema. Há elementos indicativos de que ações civis públicas têm sido ajuizadas sem conter (ou mesmo ignorando) informações sobre a existência de ações anteriormente ajuizadas em outros locais e que sejam potencialmente conflitantes²⁶. O risco, então, é o de se obter prestações jurisdicionais total ou parcialmente contraditórias entre si, conforme seja a abrangência do pedido e da causa de pedir nas diferentes ações coletivas.

Como se verá no tópico seguinte, também há sensível divergência quanto à legitimidade do MPF para ajuizar ações coletivas sobre benefício assistencial, e dúvidas no que se refere ao processamento dessas ações, o que de certo modo põe em xeque o potencial deste instrumento como veículo de acesso à justiça.

Em síntese, verificou-se que reivindicações de prestações assistenciais são canalizadas através de demandas individuais e coletivas, que conseguem superar as barreiras ao acesso à justiça. Essa canalização não é completa ou perfeita, mas dá voz a parcela dos interesses das camadas mais pobres da população, ainda que deixe de atender aos interesses de segmento incerto da população carente.

²⁵ Ver, no âmbito do TRF da 3ª Região, AC n.º 2000.60.00.002519-6, AI n.º 2003.03.00.075673-7, AI n.º 2006.03.00.047807-6 e AI n.º 2006.03.00.060715-0; no âmbito do STJ, REsp n.º 2003/0024431-2, REsp n.º 2004/0158087-2, REsp n.º 2007/0280936-7 e REsp n.º 2008/0019791-0; e no âmbito do STF, RE n.º 444.357.

²⁶ É o que sugere a leitura das decisões do TRF da 3ª Região em dois embargos de declaração opostos em AC n.º 2000.60.00.002519-6 e em embargos de declaração em AI n.º 2006.03.00.060715-0. Uma das razões para isso é apontada por estudo realizado em 2007, segundo o qual há carência e frequente inconsistência dos dados oficiais concernentes à tutela dos interesses metaindividuais, no âmbito dos órgãos do Ministério Público e do Judiciário. Cf. *Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais...* cit., p. 11.

IV.4.2- Receptividade

Neste tópico, examino a postura adotada pelo Judiciário para selecionar, dentre as demandas que lhe são dirigidas, aquelas que serão admitidas.

As ações individuais que pleiteiam a concessão de benefício assistencial são admitidas pelo Judiciário sem controvérsia relevante. Na verdade, o direito a benefício assistencial possui uma evidente dimensão coletiva, por estar inserido em uma política pública específica. No entanto, ao ser ajuizada ação individual pleiteando este direito, aquela dimensão coletiva muitas vezes permanece encoberta. Além disso, trata-se de um direito com objeto bem delimitado (prestação pecuniária em valor definido), cuja titularidade pode ser individualizada, o que estimula a sua compreensão dentro de categorias jurídicas já tradicionais. Isso explica a razão pela qual as ações individuais são recebidas e processadas sem a necessidade de maiores reflexões.

O mesmo não se passa com as ações coletivas concernentes a benefício assistencial.

Com efeito, não há consenso quanto à legitimidade do MPF para propor ações civis públicas buscando tutelar de forma coletiva os potenciais beneficiários de prestações assistenciais.

No âmbito do TRF da 3ª Região, tem sido admitida a legitimidade do MPF para propositura de ações civis públicas pleiteando a modificação do critério de comprovação de miserabilidade empregado pelo INSS para efeito de concessão de benefício assistencial²⁷. Também existe precedente do STF no mesmo sentido, reformando decisão do STJ que havia declarado a ilegitimidade ativa do MPF²⁸. A justificativa é a de que este órgão tem legitimidade para ajuizar ação civil pública quando há relevante interesse social, como ocorre na hipótese de defesa do direito à assistência social dos portadores de deficiência e idosos. Nestas circunstâncias, estar-se-ia diante de interesses individuais homogêneos, subespécie do gênero interesses coletivos previsto no artigo 129, inciso III da Constituição. Nessa linha de argumentação, menciona-se também o artigo 3.º da Lei n.º 7.853/89, que permite ao Ministério Público a propositura de ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos das pessoas portadoras de deficiência, e os

²⁷ Ver AC n.º 2000.60.00.002519-6, AI n.º 2006.03.00.047807-6 e AI n.º 2006.03.00.060715-0. Pleiteando a modificação de outros requisitos exigidos pelo INSS para a concessão do benefício assistencial, ver AI n.º 2003.03.00.075673-7.

²⁸ Decisão monocrática proferida pelo ministro RICARDO LEWANDOWSKI no RE n.º 444.357.

artigos 74 e 81 da Lei n.º 10.741/03, que autorizam que ele promova ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses coletivos e individuais homogêneos do idoso²⁹.

Contudo, tem prevalecido no STJ a orientação jurisprudencial de que o Ministério Público não possui legitimidade para ajuizar ação civil pública que tenha por objeto os requisitos empregados pelo Executivo para concessão de benefício assistencial. O STJ tem estendido ao campo da assistência social o entendimento que consolidou em relação à tutela coletiva relacionada a benefícios previdenciários. Argumenta-se que em ambos os casos cuida-se de direitos individuais disponíveis, que podem ser renunciados por seu titular e que não se enquadram na hipótese de relação de consumo, a qual seria a única situação em que o Ministério Público poderia tutelar direitos individuais homogêneos disponíveis³⁰.

Um problema conexo de grande importância está relacionado à ausência de previsão legislativa expressa para o tratamento uniforme de questões processuais surgidas em ações coletivas repetitivas. Diante dessa situação, o Judiciário não consolidou uma interpretação uniforme para o processamento concomitante de múltiplas ações coletivas e individuais versando sobre um mesmo assunto. Paira incerteza sobre as hipóteses em que devem ser reunidas diferentes ações, por conexão ou litispendência, assim como em relação à abrangência dos julgamentos, especialmente em razão da nova redação dada ao artigo 16 da lei da ação civil pública. Essas dificuldades são apontadas em estudo realizado em 2007 sobre o tema³¹.

Pode-se dizer, então, que o Judiciário tem admitido sem restrições demandas individuais por benefício assistencial, mas ainda não consolidou entendimento sobre a admissibilidade das ações coletivas neste campo (ajuizadas pelo MPF), apesar da existência de precedentes favoráveis. E, mesmo quando são admitidas ações coletivas,

²⁹ No AgR-RE n.º 472.489-8, a 2ª Turma do STF fixou entendimento semelhante, em relação ao direito de segurados da previdência social a certidão parcial de tempo de serviço. No caso, a Corte entendeu ser o Ministério Público parte legítima para o ajuizamento de ação civil pública, por se tratar de direitos individuais homogêneos que possuem relevante interesse social. O STJ acolheu esse entendimento no REsp n.º 2003/0114852-8.

³⁰ Ver REsp n.º 2003/0024431-2, REsp n.º 2004/0158087-2, REsp n.º 2007/0280936-7 e REsp n.º 2008/0019791-0. Tratando especificamente da legitimidade do Ministério Público em casos envolvendo benefícios previdenciários, ver, dentre outros, REsp n.º 2001/0142102-3, REsp n.º 2002/0022410-0, AgR-REsp n.º 2002/0029064-0, REsp n.º 2002/0035803-6, AgR-REsp n.º 2003/0211062-7 e EDiv-REsp n.º 2006/0051122-7.

Há precedente mais antigo do STJ em sentido oposto. Admitia a legitimidade do Ministério Público para defesa de direitos individuais homogêneos, quando tais direitos têm repercussão no interesse público. No caso, buscava-se afastar parâmetro normativo da Administração Pública para a concessão de benefícios previdenciários, que era mais restritivo do que o entendimento judicial predominante. Ver REsp n.º 2002/0017957-8.

permanecem significativas dúvidas em relação ao seu processamento. Disso decorre, na prática, o predomínio da perspectiva individual de tratamento da controvérsia envolvendo o benefício assistencial.

IV.4.3- Capacidade

No presente tópico, busco verificar se o processamento e julgamento das demandas admitidas pelo Judiciário têm se revelado adequados à estrutura específica do direito à assistência social. A questão central a ser enfrentada é a relação entre a compreensão judicial desse direito social e os problemas inerentes à sua dimensão coletiva.

Inicialmente, devem ser destacadas algumas características estruturais do direito social aqui examinado.

Um primeiro ponto a ser ressaltado é o fato de que a política pública necessária para a implementação deste direito já foi formulada pelo legislador em 1993, a partir dos parâmetros fixados pela Constituição de 1988, sendo implementada na esfera administrativa a partir de 1996. É certo que esse cenário reduz a complexidade dos problemas a serem enfrentados pelos tribunais ao tratarem da concretização desse direito, mas não elimina todas as questões de caráter distributivo.

Ocorre uma evidente redução da complexidade, já que as normas constitucionais e legais trazem minuciosa regulamentação, determinando especialmente quem deve ser considerado beneficiário da prestação assistencial (idoso ou portador de deficiência sem meios de se manter) e qual é o objeto do direito (prestação pecuniária no valor mensal de um salário mínimo), além de delinearem toda a estrutura institucional necessária para a sua operacionalização.

De qualquer modo, isso não elimina por completo as questões distributivas, na medida em que não impede que seja identificada eventual omissão parcial do legislador, ou ainda uma implementação da política que se baseie em uma interpretação da lei contrária a normas constitucionais.

Apesar de muitas vezes ignorada, essa dimensão distributiva está presente na discussão a respeito da insuficiência do critério legal de miserabilidade. Diferentemente de

³¹ Cf. *Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais...* cit., pp. 12, 13, 86 e 87. Neste estudo, realizou-se análise do caso das tarifas básicas de assinatura de telefonia no Estado de São Paulo.

outros direitos sociais, que demandam prestações materiais e muitas vezes somente podem ser usufruídos coletivamente, neste caso cuida-se de um direito a prestação pecuniária que possibilita a individualização de seus titulares. No entanto, os problemas de fundo são semelhantes, pois também a concretização deste direito social é o resultado de uma política pública comum a uma coletividade, além de ser condicionada pela escassez de recursos.

Salvo raras exceções, as deliberações judiciais relativas à política assistencial examinada não costumam dar maior desenvolvimento a argumentos vinculados à dimensão coletiva do direito social em questão. Também há uma deficiência argumentativa, seja pela excessiva confiança na força dos argumentos que fundamentam uma determinada posição, seja por ignorar razões opostas, seja por deixar de atribuir a devida importância a elas³².

Ressalvado o julgamento do AgR-Rcl 2.303-6, a dimensão coletiva da questão sequer foi objeto de uma análise mais detalhada por parte do Judiciário, em especial do STF. É certo que, uma vez firmado entendimento em um determinado sentido, a exigência de racionalidade e a escassez de tempo fazem com que o debate não se renove a cada nova decisão relacionada ao mesmo assunto. O problema é que mesmo as decisões paradigmáticas possuem alguma espécie de déficit argumentativo. De fato, a decisão na ADI nº 1.232-1 deixou de aprofundar o debate e de apontar com clareza qual entendimento estava sendo acolhido pela Corte. E, tanto nesta ADI quanto naquele AgR-Rcl, nota-se a soma de votos individuais isolados, em vez da construção pelos magistrados de uma orientação comum.

Por esses motivos, além de reconstruir a discussão travada no interior do Judiciário e entre esta instituição e o Executivo, também procurarei desenvolver e aprofundar o debate. Nesta tarefa, farei a contraposição entre a tese “restritiva” dos meios de comprovação de miserabilidade (defendida pelo Executivo) e a tese “ampliativa” dos meios de demonstração deste estado (conforme sustentado por parcela expressiva do Judiciário)³³.

Para fins dessa exposição, apresento dois conjuntos de argumentos suscitados ao longo da discussão do tema, os quais, porém, encontram-se interligados.

³² Obviamente, inúmeros fatores institucionais contribuem para essas deficiências, em especial a elevada carga de trabalho dos tribunais e a cultura jurídica dos operadores do direito. Compete à doutrina jurídica, no entanto, identificar referidas deficiências.

³³ Os defensores do que denomino aqui “tese ampliativa” não formam um grupo homogêneo, pois sustentam diferentes critérios para aferição de miserabilidade. No entanto, eles têm em comum o entendimento de que os parâmetros legais são insuficientes para determinação da miserabilidade.

O primeiro conjunto de argumentos identificáveis, de caráter formal, diz respeito aos limites de atuação do Judiciário oriundos da separação de poderes e da exigência de respeito à lei.

Em favor da tese restritiva dos meios de comprovação de miserabilidade, argumenta-se que, por expressa determinação constitucional, compete à lei a fixação de todas as hipóteses em que o idoso ou deficiente deve ser beneficiado pela prestação assistencial. Não poderia o juiz estender o critério legal de miserabilidade conforme suas próprias valorações subjetivas, sob pena de violar a lei e, indiretamente, a Constituição, bases do regime democrático. A separação de poderes conduziria ao mesmo entendimento.

O argumento contrário é o de que, tendo a Constituição estabelecido um direito *prima facie*, a ser regulamentado por lei, esta regulamentação deve ser justificada, por implicar a restrição de um direito. Assim, em se verificando que a lei regulamentadora estabeleceu um parâmetro objetivo excessivamente rígido para se amoldar às particularidades dos casos concretos, o Judiciário estaria autorizado a desenvolver uma rede de normas complementares, a fim de evitar que a rigidez da lei conduza a um tratamento desigual de situações substancialmente iguais. Somente assim, consideradas as peculiaridades dos casos concretos, seria possível atender à exigência de igualdade e, em última análise, de justiça.

O segundo conjunto de argumentos identificáveis dizem respeito mais diretamente a aspectos substanciais da discussão. Referem-se ao impacto da decisão judicial na política assistencial estabelecida através de lei, e à relação entre esta política e outras políticas assistenciais do governo.

Em defesa da tese restritiva, argumenta-se que a política assistencial definida pela lei baseou-se em um cálculo abrangente, que leva em consideração fatores como as limitações orçamentárias, a quantidade de potenciais beneficiários no país e o impacto redistributivo a ser alcançado. Ao flexibilizar os critérios legais, o Judiciário estaria criando novo benefício, a demandar grande quantidade de recursos (pela probabilidade da multiplicação de demandas), sem sequer indicar qual seria sua fonte de custeio, conforme exige o artigo 195, § 5.º da Constituição. Como os tribunais não têm condições de levar em conta aqueles fatores, a intervenção judicial nesta política pública acarretaria o risco de desestruturá-la, por ignorar os possíveis reflexos nas contas públicas e nos resultados inicialmente programados.

No mesmo sentido, outro problema apontado é que a atuação judicial não proporcionaria um tratamento uniforme, diante da variabilidade de critérios de concessão

existentes no interior da própria magistratura. Também não seria possível comparar os parâmetros adotados por cada política assistencial promovida pelo governo, pois possuem racionalidade e finalidades distintas.

Em sentido contrário, encontra-se o argumento de que razões baseadas em direitos fundamentais podem justificar a intervenção judicial no âmbito de um programa governamental, particularmente nos casos em que não há contrarrazões com peso maior. Assim, o impacto da decisão judicial sobre a política pública seria uma dentre várias razões a serem sopesadas. No caso da política assistencial, a busca de igualdade, da garantia de condições mínimas de sobrevivência e da superação de uma omissão inconstitucional seriam as principais razões para justificar a ampliação do critério legal de aferição de miserabilidade. Alega-se ainda que fontes de custeio existem, pois, apesar da ausência de contribuições dos beneficiários das prestações assistenciais, estas são financiadas com parte dos recursos da seguridade social.

Afirma-se ainda que o tratamento menos rigoroso dado a políticas assistenciais posteriores demonstraria que o próprio legislador, se não pretendeu rever o critério objetivo da Lei n.º 8.742/93, ao menos reconheceu a sua insuficiência para identificar quem se encontra em situação de miséria.

A análise realizada nos capítulos anteriores fornece bases suficientes para solucionar parte considerável da controvérsia em torno dos argumentos “formais” apresentados. No entanto, como mesmo estes argumentos “formais” não podem ser completamente isolados de qualquer consideração substancial, a discussão deve ser conduzida sobretudo a partir de argumentos de caráter substancial.

Porém, essa argumentação não proporciona um debate fértil quando é mantida no plano abstrato, alheia a qualquer referência empírica. Para evitar essa dificuldade (frequentemente encontrada na argumentação desenvolvida junto aos tribunais), incorporarei ao debate outras referências teóricas e dados empíricos relativos à política assistencial do artigo 20 da Lei n.º 8.742/93 e às demais políticas assistenciais promovidas pelo Estado brasileiro nos últimos anos.

Assim, pretendo enfrentar as seguintes questões: qual é a origem e a quantidade dos recursos públicos destinados à política assistencial examinada? Há parâmetros de comparação entre essa política assistencial e outras políticas assistenciais promovidas pelo Estado? Quais os resultados obtidos em termos de redução da desigualdade social? É possível estimar o impacto de decisões judiciais na gestão daqueles programas?

Primeiramente, é relevante identificar as fontes e o volume dos recursos públicos destinados à política assistencial do artigo 20 da Lei n.º 8.742/93.

A assistência social caracteriza-se por oferecer prestações a pessoas em situação de desamparo sem exigência de prévia contribuição ao sistema de seguridade social. Por essa razão, suas fontes de financiamento mais relevantes são tributos gerais arrecadados pelo Tesouro Nacional, que são em parte repassados ao Fundo Nacional de Assistência Social. Destacam-se aqui por sua importância duas contribuições criadas para financiar a seguridade social, a COFINS, que incide sobre o faturamento das pessoas jurídicas, e a CSSL, que incide sobre o lucro líquido, ambas arrecadadas e administradas pela Secretaria da Receita Federal. Conforme a programação financeira, parte destes recursos é transferida pelo Tesouro ao INSS para custear despesas da Seguridade Social. No entanto, considerável quantidade de recursos arrecadados através destes tributos tem sido destinada a outros fins³⁴.

Nesse sentido, MARIA WERNECK VIANNA sustenta que, se forem computados os recursos desvinculados em 2002, a arrecadação de todas as receitas originalmente destinadas à seguridade social superou com folga o total de despesas com saúde, previdência e assistência social³⁵.

Este argumento tem sido muitas vezes levantado contra a alegação de que a seguridade social no Brasil seria deficitária e consumidora de excessiva quantidade de recursos sociais escassos.

Isso não significa, no entanto, que seja despropositada qualquer preocupação com a existência de fontes de recursos para a assistência social. De fato, como o Estado é chamado a realizar despesas em muitos campos e possui recursos limitados, a elevação dos gastos em um setor dependerá de um aumento na arrecadação de recursos, ou provocará uma pressão pelo crescimento da carga tributária ou por desvio de recursos anteriormente destinados a outros fins. Considerando que o aumento na arrecadação envolve variáveis

³⁴ Cf. Maria L. T. Werneck VIANNA, *Seguridade Social e Combate à Pobreza no Brasil: o papel dos benefícios não-contributivos*, 2004, pp. 4 a 6, em <www.enap.gov.br/downloads/ec43ea4fSeguridade.pdf> (acesso em 27-04-2010). Segundo a autora, dentre muitas outras alocações, cerca de R\$ 8 bilhões provenientes da receita da COFINS foram para o Ministério da Defesa em 2000. Ela destaca ainda que, somente em 2001, mais de R\$ 16 bilhões oriundos de receitas originariamente estabelecidas como receitas da seguridade social foram alocados para suprir outras necessidades, sendo que R\$ 19 bilhões ficaram à disposição do Tesouro. Outro estudo aponta que o governo federal desvinculou da seguridade social R\$ 33 bilhões em 2005, R\$ 34,2 bilhões em 2006, cerca de R\$ 38,8 bilhões em 2007 e o equivalente a R\$ 39 bilhões em 2008. Ver *Análise da Seguridade Social 2008*, ANFIP, Brasília, 2009, p. 50. Sobre a forma de financiamento do benefício assistencial, ver ainda Cf. Helmut SCHWARZER – Ana C. QUERINO, *Benefícios Sociais e Pobreza...* cit., p. 25.

³⁵ Cf. *Seguridade Social e Combate...* cit., pp. 15 e 16. Para conclusão semelhante, ver *Análise da Seguridade Social 2008...* cit., p. 49.

externas de difícil controle (especialmente conjuntura econômica favorável) e o crescimento da carga tributária hoje é uma alternativa de limitado alcance³⁶, é possível supor que muitas vezes a única forma de elevar os gastos em um setor seja o desvio de recursos de outros programas de governo.

Pois bem. Verifica-se que, no período de 1995 a 2005, a assistência social foi a área que sofreu crescimento mais intenso dentre as que integram o gasto social federal. De R\$ 1,3 bilhões em 1995, o gasto na área cresceu até o montante de R\$ 18,8 bilhões em 2005. Mantida a tendência de crescimento, referido gasto alcançou R\$ 26,2 bilhões (0,9% do PIB) em 2008. Dentre as razões para esse elevado crescimento, está a implementação dos benefícios de prestação continuada da Lei n.º 8.742/93, abrangendo grande contingente de pessoas até então desprotegidas. Nota-se o contínuo crescimento no gasto com este benefício, o que se deve em parte à expansão de sua cobertura, através da redução do limite etário, e à política de aumento do salário mínimo, que eleva tanto o valor da prestação quanto a faixa de renda para seleção dos beneficiários. No período de 1995 a 2005, o número de beneficiários cresceu de 1,2 milhões (beneficiários da extinta renda mensal vitalícia) para 2,8 milhões (considerando o público alvo de ambos os benefícios). As despesas com benefício assistencial representavam em 1997 valor equivalente a 0,09% do PIB, aumentando progressivamente até alcançar em 2007 o montante de 0,62% do PIB³⁷.

³⁶ Esta alternativa não parece promissora na ausência de uma ampla reforma tributária, considerando a já elevada carga tributária no Brasil (com reduzida margem de expansão) e o seu caráter predominantemente indireto e regressivo (mais gravosa para os que possuem menor capacidade contributiva). Nesse sentido, estima-se que em 2009 a carga tributária no Brasil correspondeu a cerca de 34% do PIB, patamar superior ao de outros países em condições semelhantes de desenvolvimento. Ver *Para onde vão nossos impostos?*, Folha de São Paulo de 23-05-2010, Caderno Mercado, pp. B12 e B13, Jorge A. CASTRO - José A. RIBEIRO - José V. CHAVES - Bruno C. DUARTE - Helenne B. SIMÕES, *Gasto social e política macroeconômica: trajetórias e tensões no período 1995-2005*, Texto para discussão n.º 1.324, IPEA, Brasília, 2008, p. 33 e Marcelo MEDEIROS *et al.*, *Transferências de renda...* cit., p. 23.

³⁷ Os dados são dos seguintes estudos: Jorge A. CASTRO *et al.*, *Gasto social e política...* cit., pp. 16 e 17, *Análise da Seguridade Social 2008...* cit., pp. 13, 14 e 20 e Fabio GIAMBIAGI - Pedro GARCIA, *O peso das despesas previdenciárias e assistenciais no valor de um salário mínimo*, Nota Técnica, in *Boletim de Conjuntura*, vol. 76, IPEA, 2007, pp. 82 e 85. No mesmo sentido, ver Helmut SCHWARZER - Ana C. QUERINO, *Benefícios Sociais e Pobreza...* cit., pp. 27 e 28.

De acordo com o primeiro estudo citado, no período de 1995 a 1998, o gasto social federal cresceu mais do que a carga tributária federal, de forma a gerar pressão pela ampliação da carga tributária e a absorver recursos que poderiam ser destinados a outras áreas de ação. Quadro diferente surgiu a partir de 1999, quando a arrecadação das contribuições sociais cresceu de maneira mais acentuada que o gasto social federal. Ver Jorge A. CASTRO *et al.*, *Gasto social e política...* cit., p. 30.

Por sua vez, o segundo estudo sustenta que, entre 2003 e 2008, foi possível a elevação do gasto social, sem redução de superávits, devido ao aumento da arrecadação de contribuições sociais, proveniente do crescimento econômico e da formalização da economia. Contudo, ainda acompanhando o estudo, esse quadro é alterado diante da recente crise econômica, pois a arrecadação diminui e a demanda por gastos públicos aumenta, de modo que se torna necessário optar pela manutenção do atual nível de gastos financeiros e sociais ou a destinação de recursos para redução dos efeitos da crise. Ver *Análise da Seguridade Social 2008...* cit., pp. 14 a 16.

Essa mudança torna nítido o caráter dinâmico e mutável da relação entre receitas e despesas.

O aumento dos gastos também foi impulsionado pela criação dos programas federais de transferência condicionada de renda, abrangendo contingente ainda maior de beneficiários, tais como o bolsa escola e o bolsa alimentação, posteriormente unificados através do programa bolsa família. É crescente o número de seus beneficiários, atingindo 8,7 milhões de famílias em 2005, mais de 11 milhões de famílias em 2006 e acima de 12,4 milhões de famílias em 2010³⁸.

Como se pode perceber, o governo federal tem destinado crescente volume de recursos à assistência social nos últimos anos. Neste cenário, não há evidências de que decisões judiciais, ao concederem benefícios assistenciais afastando-se dos critérios da Lei n.º 8.742/93, tenham contribuído de forma significativa para o aumento dos gastos federais com assistência social. Há até mesmo indícios em sentido contrário (conforme examinado no item IV.4.4, *infra*).

Por outro lado, existe avaliação positiva dos resultados já alcançados. Pesquisas recentes sugerem que as políticas assistenciais promovidas pelo Estado brasileiro tiveram um impacto significativo na redução da pobreza a partir de 1995³⁹.

Menciono algumas a título ilustrativo.

Estima-se que, sozinhos, os programas de transferência focalizada de recursos foram responsáveis por 23% da queda da desigualdade de renda ocorrida entre 2001 e 2004⁴⁰.

³⁸ Cf. Jorge A. CASTRO *et al.*, *Gasto social e política...* cit., pp. 16 e 17, *Análise da Seguridade Social 2008...* cit., pp. 13 e 14 e as informações contidas no endereço eletrônico <<http://www.mds.gov.br/adesao/mib/matrizviewbr.asp?>> (último acesso em 02-05-2010).

Em um momento posterior, pretende-se implantar uma política assistencial de caráter universal. Com a edição da Lei n.º 10.835/04, instituiu-se o programa de renda básica de cidadania, que busca oferecer um benefício monetário a todas as pessoas com residência permanente no país. Sua implementação ocorrerá em etapas, priorizando as camadas mais necessitadas da população.

³⁹ Ver, por exemplo, Helmut SCHWARZER – Ana C. QUERINO, *Benefícios Sociais e Pobreza...* cit., pp. 36, 37, 40 e 41, Luciana JACCOUD, *Indigência e Pobreza: efeitos dos benefícios previdenciários, assistenciais e de transferências de renda*, in Anna M. PELIANO (org.), *Desafios e perspectivas da política social*, Texto para Discussão n.º 1.248, IPEA, Brasília, 2006, pp. 34 a 36, Fabio V. SOARES - Sergei SOARES - Marcelo MEDEIROS – Rafael G. OSÓRIO, *Programas de Transferência de Renda no Brasil: impactos sobre a desigualdade*, Texto para discussão n.º 1.228, IPEA, Brasília, 2006, pp. 7, 38 e 39 e *Sobre a recente queda da desigualdade de renda no Brasil*, Nota técnica, IPEA, Brasília, 2006, pp. 3 a 6.

⁴⁰ Cf. Marcelo MEDEIROS - Tatiana BRITTO - Fábio SOARES, *Programas focalizados de transferência de renda no Brasil: contribuições para o debate*, Texto para Discussão n.º 1.283, IPEA, Brasília, 2007, pp. 24 e 25. Reconhece-se, porém, que o impacto desses programas não foi idêntico. Afirma-se que o benefício assistencial da Lei n.º 8.742/93 contribuiu menos do que o programa bolsa família para a redução da desigualdade, apesar de ter a capacidade (que o programa bolsa família não tem) de elevar a renda das famílias dos beneficiários acima da linha de indigência ou de pobreza. Nota-se que, sem o benefício de prestação continuada, grande parcela de beneficiários seria indigente. No entanto, para os pobres acima da linha de indigência, produziu maior efeito o programa bolsa família. Cf. Fabio V. SOARES *et al.*, *Programas de Transferência...* cit., pp. 36 e 38.

No mesmo sentido, estudo realizado com dados da PNAD/IBGE aponta que houve diminuição acentuada da pobreza e da indigência a partir de 2004, o que se deve em grande parte às políticas assistenciais promovidas. Segundo este estudo, em 2003, estavam dentro da faixa de pobreza 33,9% da população, e na faixa da indigência 22,7%. Em 2007, a porcentagem de pessoas pobres foi reduzida para 14,2% da população, enquanto que a de indigentes caiu para 7,9%⁴¹.

Com apoio nestes estudos, é possível sustentar que, ainda que permaneça extremamente elevado o índice de desigualdade social no país, as políticas assistenciais brasileiras em linhas gerais conseguiram alcançar um bom resultado na redução da pobreza extrema. De qualquer modo, o quadro atual sugere que o efetivo combate à pobreza no país dependerá da manutenção dos programas de transferências de renda por muitos anos⁴².

A partir de todo o exposto, é possível concluir que os programas assistenciais brasileiros não consomem parcela excessiva dos recursos públicos, tendo em vista a capacidade tributária do Estado, além de proporcionarem evidentes resultados positivos em termos de redução da desigualdade social. No entanto, é oportuno lembrar que a definição dos gastos públicos é preponderantemente o resultado da atuação de atores políticos, em um cenário em que geralmente os mais pobres exercem pouca influência. E existe pressão pela redução dos gastos públicos, diante da grande quantidade de recursos já comprometidos no orçamento, que restringem a margem de escolha do governo na alocação de receitas⁴³.

Apesar da avaliação positiva, isso não significa que os programas governamentais estejam isentos de problemas de focalização. Há duas espécies de problemas que atingem os programas sociais dirigidos a determinados grupos (ou denominados focalizados). A primeira refere-se à dificuldade de identificar e alcançar, quando da execução da política,

⁴¹ *Análise da Seguridade Social 2008...* cit., pp. 13 e 14. Outro estudo aponta que, ao longo dos anos 1990, o Brasil alcançou uma taxa de cobertura comparativamente alta em relação à população idosa: de acordo com a PNAD de 1999, 77,3% das pessoas com 60 anos ou mais recebiam benefícios de alguma instituição de seguridade social, incluindo benefícios assistenciais e previdenciários. Cf. Helmut SCHWARZER – Ana C. QUERINO, *Benefícios Sociais e Pobreza...* cit., pp. 7 e 8.

Também merece destaque pesquisa realizada em 2004, que demonstra que, em municípios com menor desenvolvimento, benefícios assistenciais de prestação continuada possuem relevante papel para a economia local, atingindo volume de recursos comparável à da receita municipal disponível e de transferências de recursos. Referida pesquisa aponta ainda que os beneficiários destas prestações assistenciais estão concentrados nas regiões nordeste (36,5%) e sudeste (34,5%), restando com menor percentual as regiões sul, norte e centro-oeste (29%). Cf. Rosa M. MARQUES (coord.) - Áquilas MENDES - Marcel G. LEITE - Ana HUTZ, *O Benefício de Prestação Continuada nos Municípios Brasileiros*, Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, Brasil, 2004, pp. 2 a 4 e 7.

⁴² Cf. Marcelo MEDEIROS - Tatiana BRITTO - Fábio SOARES, *Programas focalizados...* cit., p. 28 e *Sobre a recente queda...* cit., pp. 3 e 9.

⁴³ Cf. Marcelo MEDEIROS et al., *Programas focalizados...* cit., pp. 24 e 25.

todos aqueles que efetivamente preenchem os critérios de seleção estabelecidos no programa (idade, deficiência, renda)⁴⁴. A segunda diz respeito ao questionamento da racionalidade desses mesmos critérios diante da exigência de fundamentação das exclusões de potenciais beneficiários.

É preciso, então, identificar como estes problemas se manifestam nas políticas assistenciais em questão.

Entre todos os programas assistenciais já mencionados, há algumas premissas comuns, o que não impede a identificação de características e objetivos específicos para cada um deles.

As políticas assistenciais caracterizam-se pelo objetivo de proporcionar proteção social a grupos incapazes de se manter filiados a um sistema previdenciário de base contributiva e de ter providas as suas necessidades básicas. Portanto, um dos elementos centrais desses programas são os critérios de identificação desses grupos e de exclusão daqueles que já contam com alguma forma de proteção social superior a um patamar mínimo⁴⁵.

Referidas políticas assistenciais pressupõe um grau considerável de focalização. Um determinado programa governamental pode ter maior ou menor grau de universalização ou de focalização, o que dependerá dos critérios de alocação de recursos estabelecidos pelo Estado. Como existe escassez de recursos, quanto maior for a universalização, menor será o volume de recursos destinado às camadas mais pobres da população. Assim, maior universalização pode significar acréscimo no volume total de gastos necessários para atingir os mesmos objetivos de um programa mais focalizado (especialmente a redução da pobreza no país). Outras razões, no entanto, podem justificar uma atenuação no grau de focalização, tais como o objetivo de garantir um mínimo de segurança social a todos⁴⁶.

Prevaleceu no Brasil a adoção da renda como parâmetro para identificação das famílias a serem beneficiadas por prestações assistenciais. Em geral, vincula-se a renda familiar a uma proporção do salário mínimo. Assim, a linha de indigência ou de extrema pobreza – que incluiria aqueles que não possuem renda suficiente para conseguir acesso diário a uma alimentação adequada – é fixada em um quarto de salário mínimo. Por sua vez, a linha de pobreza – que englobaria os que não possuem renda suficiente para suprir

⁴⁴ Cf. Helmut SCHWARZER – Ana C. QUERINO, *Benefícios Sociais e Pobreza...* cit., pp. 25 e 26.

⁴⁵ Cf. Helmut SCHWARZER – Ana C. QUERINO, *Benefícios Sociais e Pobreza...* cit., p. 7.

⁴⁶ Cf. José M. CAMARGO, *Gastos sociais: focalizar versus universalizar*, in *Políticas Sociais – acompanhamento e análise*, n.º 7, IPEA, 2003, p. 118.

necessidades de outros bens básicos (tais como habitação, transporte e vestuário) – é estipulada em meio salário mínimo. As vantagens proporcionadas pelo emprego desse critério em programas governamentais são a facilidade de planejamento e de operacionalização. A principal desvantagem é o fato de corresponder a um valor que não representa com exatidão as necessidades básicas do ser humano⁴⁷.

Partindo dessa distinção, o teto fixado pela Lei n.º 8.742/93 para acesso ao benefício assistencial corresponde à linha de indigência, enquanto que o teto estabelecido por algumas políticas assistenciais posteriores foi a linha de pobreza. No entanto, o programa bolsa família, ao unificar grande parte dos programas assistenciais anteriores, instituiu um benefício básico e um benefício variável sem adotar estritamente essas noções de linha de pobreza ou de indigência. Fixou o teto para recebimento do benefício básico em valor inferior à linha de indigência e do benefício variável em valor intermediário entre a linha de indigência e a de pobreza⁴⁸.

De qualquer modo, não se deve ignorar a existência de beneficiários que apresentam renda *per capita* superior à exigida por estes programas. Estimativa realizada a partir de dados de 2004 aponta que cerca de 38% da renda transferida através do benefício assistencial da Lei n.º 8.742/93 e 21% da renda transferida pelo programa bolsa família foram destinados a famílias com níveis de renda superiores aos respectivos tetos fixados por estas políticas. Dois fatores que contribuem para isso são a variação da renda familiar ao longo do tempo e a existência de erros inerentes a qualquer critério de seleção de beneficiários⁴⁹.

Ainda de acordo com esta estimativa, observa-se que, apesar do percentual razoável de desvios, sua intensidade é pequena, pois em geral se trata da inclusão de famílias que se encontram logo acima dos limites de elegibilidade estabelecidos. Os desvios de maior intensidade correspondem a menos de 12% da renda transferida pelo bolsa família e 20% da renda transferida pelo benefício assistencial, e consistem nos valores destinados a famílias com renda *per capita* superior a meio salário mínimo (no ano de 2004). Note-se também que o percentual envolvendo o benefício assistencial inclui famílias beneficiadas

⁴⁷ Cf. Helmut SCHWARZER – Ana C. QUERINO, *Benefícios Sociais e Pobreza...* cit., pp. 29 e 39 e Luciana JACCOUD, *Indigência e Pobreza...* cit., p. 30.

⁴⁸ Cf. Helmut SCHWARZER – Ana C. QUERINO, *Benefícios Sociais e Pobreza...* cit., pp. 30 e 39 e Marcelo MEDEIROS *et al.*, *Programas focalizados...* cit., p. 8.

⁴⁹ Estimativa de Marcelo MEDEIROS *et al.*, *Programas focalizados...* cit., pp. 11 e 12.

por força de determinação judicial. De qualquer modo, considera-se desprezível a quantidade de famílias beneficiárias nas camadas mais ricas da população⁵⁰.

Por outro lado, há estimativa, a partir de dados da PNAD, de que entre um sexto e um quarto da população idosa indigente não recebeu benefício assistencial durante a década de 1990, apesar do preenchimento dos requisitos exigidos pela Administração. Supõe-se que a razão para isso é a falta de informação desses potenciais beneficiários a respeito de seus direitos⁵¹. É possível presumir que algo análogo ocorre com aqueles que preenchem os requisitos mais flexíveis exigidos por juízes, tendo em vista a quantidade de obstáculos ao acesso à justiça.

Como se pode perceber, estas são questões que integram o primeiro conjunto de problemas de focalização. Sua análise é relevante para evitar conclusões equivocadas a respeito do assunto.

O segundo conjunto de problemas de focalização é o que encontra maior visibilidade perante os tribunais. Refere-se ao ônus argumentativo que recai sobre as exclusões de potenciais beneficiários de prestações assistenciais. O que resta saber é se, em meio à discussão realizada perante o Judiciário, o ônus argumentativo para justificar as exclusões foi satisfeito.

A partir da análise comparativa das políticas assistenciais, adquire pouco poder de convencimento o argumento jurisprudencial no sentido de que a adoção pelo legislador de patamar mais elevado para aferição de pobreza em programas assistenciais mais recentes significou uma mudança no próprio parâmetro da Lei n.º 8.742/93.

Com efeito, seria possível fazer afirmação inversa, a de que se pretendeu manter a limitação da concessão do benefício assistencial previsto na Lei n.º 8.742/93 àqueles que estejam abaixo da linha de indigência, deixando de contemplar os que estejam acima desta linha, mesmo que estejam abaixo da linha de pobreza.

Em reforço desse entendimento, observa-se que as políticas assistenciais que empregaram parâmetro menos rígido visam a outros objetivos, têm público alvo mais amplo, estabelecem condições para a transferência de recursos e concedem prestações de menor valor, que servem de complemento mas não de substituto da renda.

Vejamos essas diferenças com maior detalhamento.

⁵⁰ Cf. Marcelo MEDEIROS *et al.*, *Programas focalizados...* cit., p. 13 e Fabio V. SOARES *et al.*, *Programas de Transferência...* cit., pp. 7, 25 e 38.

⁵¹ Estimativa e análise de Helmut SCHWARZER – Ana C. QUERINO, *Benefícios Sociais e Pobreza...* cit., p. 26.

O benefício assistencial previsto no artigo 20 da Lei n.º 8.742/93 possui maior rigidez do que políticas assistenciais posteriores, pois alguns de seus parâmetros já foram definidos pela Constituição de 1988, especialmente seu público alvo (idosos e deficientes) e o seu valor (vinculado ao salário mínimo). Além disso, não há exigência de observância de determinadas condições para a transferência da renda, que visa à garantia de uma renda mínima para sobrevivência do beneficiário⁵².

Por sua vez, as políticas assistenciais supervenientes, unificadas com o programa bolsa família (através da Medida Provisória n.º 132/03, convertida na Lei n.º 10.836/04), possuem parâmetros fixados através de diferentes instrumentos normativos infraconstitucionais (leis, medidas provisórias e decretos) e alcançam contingente mais amplo de destinatários. O objetivo das prestações oferecidas é estimular determinados comportamentos, através da fixação de condições para a transferência de recursos, e proporcionar um complemento à renda das famílias beneficiadas, sendo que seus valores (seja o básico, seja o variável) são significativamente menores do que um salário mínimo. Através do estabelecimento de condicionalidades, busca-se a emancipação sócio-econômica das famílias beneficiárias, induzindo o acesso a direitos de segurança alimentar, saúde e educação⁵³.

Outro elemento diferenciador é a presença na disciplina jurídica da política de bolsa família de um condicionamento da quantidade de beneficiários ao volume de recursos alocados no orçamento do programa. Desse modo, configura-se um programa de prestações assistenciais desprendido da figura de direito imediatamente exigível por todos que se encontram em circunstâncias idênticas. Além de ser flexível e mais suscetível a ajustes fiscais, este programa é mais diretamente associado ao grupo político que o instituiu e mantém. Por outro lado, o benefício assistencial estabelecido pela Constituição não só goza de maior estabilidade e rigidez, como possui menor identificação com os grupos políticos dirigentes, o que explica em parte a menor motivação política para sua expansão⁵⁴.

Haveria, então, um critério de focalização diferenciado para fins de concessão do benefício assistencial previsto na Lei n.º 8.742/93, que somente foi parcialmente alterado pela Lei n.º 10.741/03, ao determinar que seja desconsiderado o valor de benefício

⁵² Cf. Marcelo MEDEIROS *et al.*, *Programas focalizados...* cit., p. 8 e Fabio V. SOARES *et al.*, *Programas de Transferência...* cit., p. 17.

⁵³ Cf. Marcelo MEDEIROS *et al.*, *Programas focalizados...* cit., pp. 8, 16 e 17.

⁵⁴ Cf. Marcelo MEDEIROS *et al.*, *Programas focalizados...* cit., pp. 9, 10 e 23.

assistencial já concedido a idoso membro da família para os fins de cálculo da renda familiar *per capita*.

Diante disso, as preocupações devem ser concentradas em outro ponto da argumentação, a saber, a verificação da possibilidade de existirem casos concretos em que a aplicação da regra legal conforme interpretação restritiva seja incompatível com determinado princípio constitucional, particularmente o direito à assistência social ou o direito à igualdade.

Seria possível argumentar que a Lei n.º 8.742/93 não afrontou o direito à assistência social, mas tão somente restringiu uma posição jurídica *prima facie* prevista pela Constituição, estabelecendo um direito definitivo de alcance mais limitado. Primeira razão é a redação do inciso V do artigo 203 do texto constitucional, que remete à lei a regulamentação dos meios de comprovação de miserabilidade. Segunda razão é que, em um contexto no qual existe vasto contingente de potenciais beneficiários em situação de pobreza, aliado à escassez de recursos (conforme já discutido *supra*), deve ser reconhecido ao legislador alguma margem de delimitação dos casos prioritários (discrecionabilidade para sopesar), conforme uma concepção fraca deste direito social.

No entanto, essas razões perdem poder persuasivo quando se investiga a compatibilidade da regra legal restritiva com o direito à igualdade. De fato, o critério legal de aferição de miserabilidade não resiste ao teste da proporcionalidade, tal como proposto pela teoria dos princípios (ver o item I.4, *supra*), por violar o direito à igualdade. Vejamos.

O objetivo desta restrição legal é potencializar o impacto da alocação de recursos públicos na redução da pobreza extrema, através da limitação da esfera dos possíveis beneficiários àqueles que se encontram em situação de desamparo mais grave. Como o meio empregado (focalização nos mais pobres) é idôneo para fomentar o objetivo perseguido (redução da pobreza extrema), conclui-se que a medida é adequada.

O segundo passo é examinar se essa medida legal é necessária. Neste ponto, o que se nota é que o objetivo perseguido poderia ser realizado com eficiência semelhante por meio de outra medida legal, menos gravosa ao princípio da igualdade.

Com efeito, a grande variedade de casos concretos que surgiram revelou que o critério de aferição de miserabilidade adotado pela lei é excessivamente rígido e ignora circunstâncias relevantes para a configuração de situação de desamparo. Referido critério desconsidera circunstâncias como despesas extraordinárias decorrentes das condições especiais de certo idoso ou deficiente, e sobreestima as condições de vida de grupos familiares pequenos, equiparando famílias que não se encontram em situação idêntica, e

diferenciando famílias que do ponto de vista substancial padecem de carência semelhante⁵⁵.

Acrescente-se que a flexibilização trazida pelo Estatuto do Idoso favoreceu apenas famílias que possuem idoso que já recebe benefício assistencial, deixando de estender expressamente a fórmula a deficientes (não obstante estes serem destinatários de idêntica proteção constitucional) e àqueles que recebem benefício previdenciário de valor mínimo (os quais se encontram em situação material semelhante⁵⁶).

Esta flexibilização parcial revela ainda que sem grande dificuldade (e sem criar embaraços à sua operacionalização pela Administração) a lei pode limitar o número de beneficiários de prestações assistenciais através de parâmetros normativos mais maleáveis e adequados à variabilidade dos casos concretos. Em outras palavras, a focalização dos recursos públicos nas camadas mais pobres da população pode ser realizada com grau de eficiência semelhante e sem as distorções causadas pelo emprego de uma simples e unitária linha de corte. Isso seria menos gravoso ao princípio da igualdade⁵⁷.

⁵⁵ *Sobre a recente queda da desigualdade...* cit., p. 12 e Marcelo MEDEIROS *et al.*, *Transferências de renda...* cit., p. 12. Um caso ilustrativo dessa afirmação é o de uma pessoa portadora de deficiência que teve o seu requerimento de concessão do benefício negado por viver em núcleo familiar com renda superior à linha de corte no valor de três reais. Uma análise deste e de outros casos concretos foi realizada em Monica D. M. FERREIRA, *A focalização do benefício de prestação continuada na pobreza absoluta: um estudo de caso com famílias de deficientes auditivos do CEAL/LP*, Trabalho de Conclusão de Curso – Departamento de Serviço Social, Instituto de Ciências Humanas, Universidade de Brasília, 2009, pp. 37 e ss. (especialmente p. 41).

⁵⁶ Em sentido contrário, argumenta-se ser admissível a diferenciação entre benefícios assistenciais e previdenciários, pois a presença de um beneficiário de uma prestação previdenciária revela um histórico de menor exclusão social da família, além de proporcionar uma décima terceira prestação anual que não existe no caso de benefício assistencial. No entanto, o argumento é frágil. A percepção de um benefício previdenciário não significa necessariamente que se trata de família com histórico de menor exclusão social. É o que se nota, por exemplo, nos casos de concessão de aposentadoria por idade a trabalhadores rurais, independentemente de qualquer contribuição previdenciária prévia. Além disso, a existência de vínculos formais com a instituição previdenciária no passado (normalmente através de trabalho com o devido registro) não é um dado relevante para aferir as atuais condições materiais de sobrevivência de uma pessoa ou de sua família. Assim, a única distinção perceptível diz respeito à décima terceira prestação, o que, porém, corresponde a montante anual pouco expressivo. Portanto, conclui-se que não há embasamento suficiente para sustentar um tratamento diferenciado apenas às famílias em que um de seus membros recebe benefício assistencial.

⁵⁷ Poder-se-ia argumentar que o critério de seleção adotado pela legislação, por sua simplicidade, é facilmente compreensível pela população e favorece o controle social, características estas que seriam postas em risco pela agregação de outros parâmetros normativos flexibilizadores. No entanto, esta crítica merece algum temperamento e não compromete a conclusão a que se chegou. Com efeito, a flexibilização não elimina o parâmetro objetivo estabelecido pela lei, que permanece sendo a referência básica para aferição de miserabilidade. Acrescente-se que uma flexibilização parcial deste parâmetro já foi promovida pelo Estatuto do Idoso, de modo que a identificação de outros parâmetros complementares pela via jurisprudencial acrescentaria pouca complexidade a este quadro, além de atender a outro objetivo de grande importância, a de observância do princípio da igualdade. Enfim, ainda que a agregação de parâmetros complementares dificulte a compreensão desse direito, não se pode supor que isso seja um dos principais fatores que levam grande parte da população a ignorar a existência de seus direitos, o que se deve muito mais a deficiências no ensino e na assistência jurídica aos mais pobres.

Neste caso, a solução é obtida através da aplicação da regra da necessidade, que não remete a um terceiro exame (o da proporcionalidade em sentido estrito). Conclui-se que a medida legal analisada é desproporcional, pois não passa pelo teste da necessidade.

Identificada a ofensa ao princípio da igualdade pelo critério legal, por omissão de outras hipóteses equivalentes sob o ponto de vista substancial, o passo seguinte é definir se e – em caso positivo – de que forma ao Judiciário é permitido identificar critérios complementares de aferição de miserabilidade.

A primeira questão diz respeito à repartição de competência entre os órgãos públicos e pressupõe uma dada compreensão da teoria da separação de poderes (ver capítulos I e III, *supra*).

No caso sob análise, o Judiciário depara-se com uma norma constitucional indeterminada em razão de abertura estrutural, que faz expressa referência à regulamentação legal. A legislação editada para este fim deixou de oferecer proteção para situações que substancialmente são idênticas às que gozam de amparo legal. Se por um lado essa restrição é insustentável (conforme já se argumentou), por outro lado afeta um direito a uma renda mínima necessária para a sobrevivência, o que demonstra ser de grande intensidade a limitação ao direito fundamental dos excluídos pelo critério legal. Nota-se, ainda, que se trata de um contexto de complexidade sensivelmente reduzida pela prévia atuação do legislador.

Além disso, tendo em vista a análise procedida nos itens IV.4.1 e IV.4.2, *supra*, e IV.4.4, *infra*, não há evidências de que a flexibilização defendida por parcela da magistratura traria um impacto excessivo sobre as contas públicas, tampouco de que provocaria um privilégio ou desvio de recursos em favor de segmentos com melhores condições econômicas. A respeito deste último ponto, é importante observar que grande parte da jurisprudência adota parâmetros de flexibilização moderados, que partem dos parâmetros legais já existentes⁵⁸. Assim, é possível evitar que camadas privilegiadas da população tenham acesso ao benefício assistencial pela via judicial. E, ainda que a deliberação judicial a partir de demandas individuais não seja a melhor resposta (por não contemplar quem não teve acesso à justiça), trata-se de uma via institucional apta a atenuar uma deficiência da legislação.

⁵⁸ Como exemplo, menciono a interpretação mais abrangente a respeito do disposto no Estatuto do Idoso, adotada nas decisões em AC n.º 2003.03.99.016119-4, AC n.º 2006.61.11.005374-9, AC n.º 2007.61.11.000541-3 e AgL-AC n.º 2009.03.99.005711-3, no âmbito do TRF da 3ª Região.

Evidentemente, as decisões judiciais que flexibilizam o critério legal de miserabilidade acarretam um impacto financeiro. No entanto, isso não significa a criação de novo benefício por via judicial, mas apenas a extensão de benefício já existente, a partir de uma base normativa composta por parâmetros legais, com fonte de financiamento própria. Além disso, com apoio na análise citada, não se pode concluir que a multiplicação de decisões geraria custos que ultrapassariam o que se tem denominado como “reserva do possível”. Tampouco estaria o legislador privado da faculdade de modificar os parâmetros legais, estabelecendo balizas mais claras para orientar a interpretação jurisprudencial.

Semelhante juízo a respeito do problema equivale a sustentar que, não obstante a existência de limitações orçamentárias e a competência do legislador para delinear a política assistencial estabelecida pela Constituição, neste caso essas razões não prevalecem sobre as razões opostas, baseadas na exigência de tratamento similar a circunstâncias substancialmente semelhantes. De acordo com este entendimento, aqueles argumentos não são conclusivos, devendo ser considerados em meio a outras razões, em face de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso.

Assim, tendo em vista as circunstâncias materiais e jurídicas envolvidas nesta situação específica, sustento que é permitido ao Judiciário exercer função normativa derivada, para estender o critério legal de aferição de miserabilidade, de modo a abarcar outras circunstâncias concretas que sejam substancialmente semelhantes⁵⁹.

Nesta tarefa, deverá haver empenho deste Poder para superar a atual divergência quanto aos critérios de flexibilização a serem empregados, partindo de uma concepção fraca deste direito social, a fim de consolidar um corpo de normas jurídicas com a estrutura de regras⁶⁰.

Há o risco de as diferenças de entendimento no interior da magistratura constituírem um obstáculo à uniformização no tratamento do assunto. Para evitá-lo, é de grande importância o emprego dos institutos jurídicos já existentes para uniformização da jurisprudência, assim como uma maior valorização dos precedentes, de modo a se alcançar uma situação no interior do Judiciário que se aproxime do ideal de tratamento uniforme.

⁵⁹ Este tipo de problema é tradicionalmente examinado pela doutrina quando se trata do preenchimento de lacunas no ordenamento jurídico e do uso de interpretação extensiva ou por analogia. A este respeito, ver especialmente Karl ENGISCH, *Einführung in das juristische denken*, 1983, trad. port. de J. Baptista Machado, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 10ª ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2008, pp. 276 e ss..

⁶⁰ O que foi dito a respeito dos critérios de flexibilização a serem adotados pela jurisprudência é suficiente para os fins deste estudo de caso. Por essa razão, não se aprofundará a discussão em torno de quais sejam os critérios de flexibilização mais adequados.

Em síntese, a primeira conclusão a que se chegou neste tópico é que existem deficiências argumentativas nas discussões conduzidas junto ao Judiciário em relação ao direito à assistência social. Contribui para isso a pequena ênfase dada à dimensão coletiva desse direito.

Não obstante, o aprofundamento do debate em torno da questão conduziu a uma segunda conclusão, a de que o peso das razões em prol da flexibilização do critério legal de miserabilidade é maior do que o das contrarrazões, o que permite ao Judiciário estender referido critério legal de forma legítima, a fim de abarcar outras circunstâncias concretas que sejam substancialmente semelhantes.

IV.4.4- Consentimento

Este tópico investigará as consequências das deliberações judiciais acerca da política assistencial do artigo 20 da Lei n.º 8.742/93. Os pontos a serem esclarecidos são os possíveis efeitos dessa atuação judicial no comportamento dos demais Poderes, assim como seu potencial de transformação social.

Para a compreensão de seus potenciais efeitos, é relevante observar o impacto dessas deliberações judiciais sobre o orçamento público.

Qualquer tentativa de estimar o impacto de decisões judiciais sobre o orçamento público encontra grande obstáculo na dificuldade de coleta de dados estatísticos detalhados. No presente caso, não foram encontradas informações precisas acerca do número total de concessões de benefícios assistenciais decorrentes de decisões judiciais ou do valor total gasto a este título. Os dados geralmente acessíveis dizem respeito apenas ao volume total gasto pela Administração com o pagamento de benefícios assistenciais, sem distinção quanto à sua origem (judicial ou administrativa). Apesar disso, os dados divulgados pelo INSS são suficientes para algumas reflexões importantes a respeito do assunto⁶¹. Vejamos.

⁶¹ Ver *Resultado do Regime Geral de Previdência Social – RGPS (janeiro/2004 a janeiro/2010)*, Ministério da Previdência Social, Brasília, 2004/2010, disponível nos seguintes endereços eletrônicos (acesso em 15-06-2010):

<http://www1.previdencia.gov.br/docs/powerpoint/resultado_RGPS_jan04.ppt>

<http://www1.previdencia.gov.br/docs/powerpoint/resultado_RGPS-2005-01.ppt>

<http://www1.previdencia.gov.br/docs/powerpoint/Resultado_do_RGPS-2006-01.pps>

<http://www1.previdencia.gov.br/docs/powerpoint/resultado_rgps-2007-01_com_cpmf.pps>

Inicialmente, é perceptível o contínuo crescimento do número de beneficiários da prestação assistencial da Lei n.º 8.742/93 (conforme antecipado no item IV.4.3, *supra*). Nesse sentido, observa-se que a quantidade de benefícios assistenciais emitidos em janeiro de 2003 foi de 1.570.534, elevando-se em janeiro de 2004 para 1.710.521, em janeiro de 2005 para 2.076.789, em janeiro de 2006 para 2.297.843, em janeiro de 2007 para 2.489.025, em janeiro de 2008 para 2.700.283, em janeiro de 2009 para 2.952.721 e em janeiro de 2010 para 3.182.160. Modificações legislativas e o aumento no valor do salário mínimo⁶² contribuíram para esse crescimento. Porém, o crescimento poderá ser intensificado em caso de consolidação do posicionamento jurisprudencial mais flexível.

Existem ainda outros dados que devem ser examinados com cuidado.

No período de janeiro de 2005 a janeiro de 2007, o valor das despesas com benefícios previdenciários pagos pelo INSS foi de R\$ 326,58 bilhões (desconsiderando as despesas provenientes de decisões judiciais), enquanto que os gastos oriundos de decisões judiciais alcançaram o valor de R\$ 8,89 bilhões (equivalente a 2,65% do total). No período de janeiro de 2006 a janeiro de 2008, os valores correspondentes passaram para R\$ 372,74 bilhões e R\$ 12,4 bilhões (3,21% do total), respectivamente. No período de janeiro de 2007 a janeiro de 2009, os referidos gastos alcançaram R\$ 412,79 bilhões e R\$ 14,44 bilhões (3,37% do total), respectivamente. E, no período de janeiro de 2008 a janeiro de 2010, as mencionadas despesas atingiram R\$ 449,59 bilhões e R\$ 12,89 bilhões (2,78% do total), respectivamente.

Estes dados revelam que o volume de gastos com benefícios previdenciários decorrentes de decisões judiciais é proporcionalmente pequeno, se comparado com o montante alocado através da atividade da Administração (INSS). Ainda que estas informações não se refiram aos gastos com pagamento de benefícios assistenciais, é plausível supor que em relação a estes exista um quadro semelhante. É uma hipótese defensável, considerando que a estrutura de acesso aos benefícios previdenciários e assistenciais pela população é a mesma, seja na esfera administrativa, seja na judicial. E, ainda que se observe que há diferenças no público de cada um destes benefícios, os

<http://www.previdenciasocial.gov.br/arquivos/office/3_081013-140441-719.ppt>

<http://www.previdenciasocial.gov.br/arquivos/office/3_090220-120758-378.ppt>

<http://www.previdenciasocial.gov.br/arquivos/office/4_100222-164723-406.ppt>

⁶² Estudo do DIEESE aponta que o valor do salário mínimo fixado em janeiro de 2010 (R\$ 510,00) possui um poder de compra equivalente a 2,23 cestas básicas (cada uma estimada em R\$ 228,19, conforme cálculo da mesma instituição). O estudo destaca ainda que esta proporção salário mínimo/cesta básica é a maior na série de médias anuais desde 1979, e aquele valor é o maior valor real das médias anuais desde 1986. Em 1995, a proporção correspondia a 1,02, crescendo (com alguns recuos) até o ano de 2010. Ver

potenciais beneficiários de prestações assistenciais costumam situar-se nos grupos com maior dificuldade de acesso aos tribunais, o que contribuiria até mesmo para maior importância da via administrativa. Obviamente, essas razões não lhe retiram o caráter de hipótese defensável, cuja confirmação dependerá da futura coleta de dados empíricos específicos.

Sendo assim, há relevantes indícios de que decisões judiciais concessivas de benefícios assistenciais não causam um impacto orçamentário direto elevado, por representarem porcentagem pequena do total de benefícios assistenciais concedidos pelo Estado. Porém, é possível cogitar da existência de um impacto indireto ou futuro.

Para a percepção disso, é oportuno examinar algumas críticas dirigidas ao crescente número de concessões de benefícios previdenciários através da via judicial. A partir da constatação do crescimento dos gastos com benefícios previdenciários oriundos de sentenças judiciais federais entre 2007 e 2008, argumenta-se que é preciso reavaliar o aumento do ajuizamento de ações na área, devido à pressão sobre as finanças do INSS e à tendência a crescente impacto no déficit previdenciário. Sustenta-se ainda que percentual elevado de ações poderiam ser solucionadas na via administrativa, evitando o alto custo do processo judicial e de manutenção de estruturas sobrepostas para realizar a mesma função⁶³.

Estas críticas em parte também poderiam ser dirigidas às ações na área da assistência social. De certo modo, elas estão relacionadas ao predomínio da análise judicial da questão pela perspectiva de litígios individuais (ver itens IV.4.1 e IV.4.2, *supra*). Duas circunstâncias contribuíram para que esta perspectiva prevalecesse. Primeiro, a controvérsia jurisprudencial sobre a legitimidade do MPF para ingressar com ações civis públicas a respeito da matéria. Ainda que isso não constitua um obstáculo ao ajuizamento de ações coletivas no campo da assistência social, retira grande parte de seu efeito prático. Segundo, a ausência de definição por parte do STF de seu atual posicionamento nesta matéria, apesar dos indícios de que poderá admitir entendimento favorável à flexibilização.

Este contexto contribui para a reprodução de uma distorção (que também se verifica quanto a benefícios previdenciários): muitas vezes há menor rigor nos requisitos observados pelo Judiciário para a concessão de prestações assistenciais, do que naqueles

Política de Valorização do Salário Mínimo: Considerações sobre o valor a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2010, Nota Técnica n.º 86 (atualizada), DIEESE, São Paulo, 2010, pp. 8 a 10.

⁶³ Cf. *Impacto Financeiro das Sentenças Judiciais Federais no Regime Geral de Previdência Social*, in *ANPPREV NOTE*, n.º 3, Associação Nacional dos Procuradores Federais da Previdência Social, 2008, pp. 4 e 8.

empregados pelo Executivo (INSS). A razão é que o Judiciário, ao examinar pedidos individuais de benefício assistencial, não vincula o Executivo para além do caso concreto analisado, de modo que este mantém entendimento diferenciado para os casos não sujeitos aos efeitos da decisão judicial. Assim, multiplicam-se os pedidos individuais na esfera judicial e na esfera administrativa, cada qual utilizando critérios diferenciados de deliberação.

Porém, isso significa que o Estado não raro trata com maior rigor os casos de potenciais beneficiários que se limitem a efetuar requerimento administrativo (o que não é algo improvável de acontecer, considerando os obstáculos ao acesso à justiça já apontados)⁶⁴. Outra consequência disso é o estímulo à proliferação de litígios judiciais, que provoca a necessidade de ampliação dos serviços judiciais, aumentando o seu custo.

A modificação desse cenário poderá ocorrer caso o STF consolide um entendimento sobre a questão, por meio de decisão com efeito vinculante para a Administração Pública (através, por exemplo, da edição de súmula vinculante).

O principal argumento levantado contra a universalização de critério mais flexível é o de que acarretaria o comprometimento das contas públicas, indo além da chamada “reserva do possível”.

Na verdade, ela significaria um impacto orçamentário maior do que o oriundo de decisões judiciais em casos concretos, por alterar os critérios de concessão de todas as agências administrativas do Estado, demandando a realocação de recursos por parte do Executivo para suprir a nova demanda (retirando-os de outras políticas assistenciais ou de outras áreas).

Porém, não há evidência de que este impacto esteja além das possibilidades materiais do Estado. Com efeito, a conclusão oposta pode ser sustentada quando se tem em vista o volume de recursos tributários arrecadados para fazer face às despesas da seguridade social, a expansão das políticas assistenciais do Estado nos últimos anos (sobre isso, ver o item IV.4.3, *supra*), assim como a moderação de grande parte dos parâmetros de flexibilização sustentados pela jurisprudência (muitos dos quais têm por base os critérios legais). E, salvo a hipótese extrema de impossibilidade material, o argumento do custo do direito deixa de ser determinante da decisão, para se tornar apenas uma dentre outras razões a serem consideradas.

Acrescente-se que, ainda que o STF tome uma decisão vinculante no sentido da flexibilização do critério legal, os efeitos externos da vinculação somente atingirão o

Executivo. O Legislativo permanecerá com a prerrogativa de modificar a legislação em questão, de modo a alterar (ou até superar) a interpretação jurisprudencial.

Outro ponto que merece destaque é o fato de que, simultaneamente aos litígios judiciais sobre o assunto, essa matéria tem sido discutida pelo legislador no âmbito do processo legislativo. Uma série de projetos de lei já foram apresentados e discutidos, tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal, com o objetivo de modificar os atuais parâmetros legais de miserabilidade.

A título ilustrativo, mencione-se o projeto de lei n.º 334/05, em tramitação junto ao Senado, pretendendo estender expressamente o disposto no Estatuto do Idoso ao portador de deficiência, para que o benefício assistencial já concedido a este seja excluído do cálculo da renda familiar para fins de concessão de benefício a outro membro da família. Durante a análise deste projeto na Comissão de Assuntos Sociais daquele órgão, reconheceu-se que a atual legislação provoca uma distorção, mas sem deixar de mostrar preocupação com a identificação da correspondente fonte de custeio para a extensão⁶⁵.

Outro projeto de lei analisado pela mesma Comissão, de n.º 179/04, pretende excetuar a aposentadoria no valor de um salário mínimo do cálculo da renda mensal *per capita* para fins de percepção de benefício assistencial. Também neste caso a análise do projeto demonstrou a preocupação de evitar um tratamento desigual⁶⁶.

Enfim, mencione-se a análise de dois projetos de lei pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado. O projeto de lei n.º 272/03 busca majorar para um salário mínimo o limite da renda *per capita* familiar para fins de concessão do benefício, e o projeto de lei n.º 374/03 pretende majorar referido limite para trinta e sete inteiros e cinquenta décimos por cento do salário mínimo. Neste caso, durante a análise das propostas, advertiu-se que um aumento abrupto poderia colocar em risco a viabilidade econômico-orçamentária do projeto, de modo que se propôs aumentar o limite para meio salário mínimo⁶⁷.

Na Câmara dos Deputados, a preocupação com a matéria igualmente pode ser identificada⁶⁸. Pode-se dizer, então, que a questão não é ignorada pelo Legislativo, apesar

⁶⁴ Este problema é identificado por Marcelo MEDEIROS *et al.*, *Transferências de renda...* cit., p. 13.

⁶⁵ Ver <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=75301> (último acesso em 03-07-2010).

⁶⁶ Ver <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=68332> (último acesso em 03-07-2010).

⁶⁷ Ver <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=55934> (último acesso em 03-07-2010).

⁶⁸ Muitos projetos de lei em tramitação na Câmara pretenderam majorar o limite de renda familiar *per capita* para fins de concessão de benefício assistencial. Existem projetos de lei que buscam aumentá-lo

de este Poder ainda não ter promovido alteração legislativa para reduzir os focos de divergência interpretativa.

Esta breve exposição permite esboçar a dinâmica do relacionamento entre os Poderes no interior desta política pública. Após a definição da política assistencial pelo Legislativo, com a edição da Lei n.º 8.742/93, e o início de sua implementação pelo Executivo, o Judiciário começou a ser provocado a se manifestar sobre a possibilidade de concessão do benefício em hipóteses que não se enquadram no critério legal, ao menos em interpretação literal da lei.

O Judiciário ainda não consolidou seu entendimento a respeito do assunto, o que não tem impedido a concessão de benefício assistencial pela via judicial através da flexibilização do critério legal. Assim, sua intervenção no âmbito desta política pública tem sido fragmentada e pontual. Por sua vez, na ausência de decisão judicial vinculante sobre o assunto, o Executivo mantém sua interpretação mais restritiva.

Enfim, o Legislador tem discutido a possível modificação do critério legal, para outro menos restritivo, e chegou a flexibilizá-lo parcialmente ao editar o Estatuto do Idoso. A quantidade de projetos de lei sobre a matéria e as discussões realizadas no processo legislativo indicam que a crítica à insuficiência do critério legal encontra alguma repercussão naquele Poder, apesar de ainda não ter resultado na edição de lei que a confirme.

As consequências das deliberações judiciais flexibilizadoras, em termos de transformação social, não são amplas. Isso, no entanto, não retira a relevância dessa intervenção judicial⁶⁹. Seus efeitos diretos mais evidentes (sem cogitar de eventual decisão vinculante pelo STF no futuro) têm sido a garantia do gozo de benefício assistencial a pretendentes que ajuizaram ações individuais e demonstraram preencher critérios mais flexíveis de miserabilidade. Trata-se da busca de correção episódica e fragmentada da insuficiência da política assistencial estabelecida pela Lei n.º 8.742/93, através muitas

para meio salário mínimo (de n.º 1.063/95, n.º 1.143/95, n.º 1.477/96, n.º 1.527/96, n.º 1.828/96, n.º 2.706/97, n.º 3.055/97 e n.º 7.207/02), para três quintos do salário mínimo (de n.º 1.743/96), para dois terços do salário mínimo (de n.º 4.674/04), para um salário mínimo (de n.º 738/95, n.º 883/95, n.º 1.451/96, n.º 1.519/96, n.º 3.108/97, n.º 3.197/97, n.º 463/99, n.º 788/99, n.º 1.463/99, n.º 2.674/00, n.º 3.774/00, n.º 770/03, n.º 3.633/04, n.º 3.652/04, n.º 3.903/04 e n.º 4.592/04), para dois salários mínimos (de n.º 2.712/97 e n.º 2.299/03), para três salários mínimos (de n.º 3.459/97 e n.º 3.030/00), para dez salários mínimos (de n.º 1.123/1995) e para o limite mínimo de isenção do imposto de renda (de n.º 1.296/03). Também há projetos de lei (de n.º 2.057/96, n.º 2.058/96 e n.º 5.254/05, sendo o último oriundo do Senado) que pretendem estender o disposto no Estatuto do Idoso ao portador de deficiência, excluindo do cálculo da renda familiar *per capita* o benefício de prestação continuada já concedido a outro membro da família. Ver <<http://www.camara.gov.br/sileg/default.asp>> (último acesso em 03-07-2010).

⁶⁹ É o que sugere a análise realizada neste capítulo, que se pautou fundamentalmente pelo indicador “importância” (sobre a questão, ver o capítulo II, *supra*).

vezes do emprego extensivo dos próprios parâmetros normativos já traçados pelo legislador.

Porém, também há efeitos indiretos a serem considerados. A partir de todo o exposto, pode-se concluir que o Judiciário proporcionou uma via institucional para que se fizesse ouvir uma demanda reprimida (a dos excluídos pelo critério legal de miserabilidade). Ao apontarem a insuficiência na política assistencial, as respostas judiciais (de forma variada e fragmentada) dão visibilidade ao problema, oferecem uma resposta pontual e indiretamente instigam os demais Poderes a reagir.

Esta análise buscou trazer para o primeiro plano o processo contínuo de interação entre os Poderes, e os seus reflexos na implementação desta política pública. Ganha destaque aqui a dimensão temporal.

Evidentemente, o relacionamento entre os Poderes neste caso não implica uma série de problemas presentes na implementação de outras políticas públicas, que, além da alocação de recursos, demandam um conjunto articulado de prestações materiais. Na política ora analisada, a transferência de recursos alocados praticamente esgota a sua execução. Nos campos da previdência e da assistência social, diferentemente de outras áreas, ocorre um elevado grau de execução das determinações orçamentárias pelos órgãos públicos. O motivo é o fato de as principais despesas destes órgãos corresponderem a simples repasses de recursos para pagamento de benefícios previdenciários e assistenciais⁷⁰.

IV.5- Conclusão do capítulo

A análise de caso efetuada neste capítulo mostra que o Poder Judiciário pode exercer um papel relevante no campo dos direitos sociais, sem que isso signifique um ativismo irrefletido que ignore as suas limitações institucionais ou as políticas públicas já existentes.

⁷⁰ Cf. José V. CHAVES – José A. C. RIBEIRO, *Gasto Social Federal: execução orçamentária dos órgãos sociais federais em 2007 e primeiras impressões*, Nota técnica, IPEA, Brasília, 2008, p. 9.

Ao estenderem os critérios fixados pela lei para aferição de miserabilidade, pode-se dizer que as decisões judiciais instigaram os demais Poderes a demonstrar maior racionalidade na definição dos destinatários da política assistencial.

Em sentido contrário, poder-se-ia argumentar que não houve uma efetiva “comunicação” entre as instituições, cada qual sustentando sua posição de forma estanque e isolada, e muitas vezes sem explicitar (ou explicitando de forma excessivamente lacônica) os fundamentos de seu comportamento. Também seria possível contestar que o resultado obtido neste caso seja algo positivo.

Quanto à primeira objeção, realmente é perceptível um isolamento e um déficit na argumentação, mas isso não invalida a conclusão a que se chegou. Obviamente, a qualidade da argumentação e o seu caráter dialógico contribuem para a qualidade dos resultados alcançados. Porém, o que se buscou demonstrar é que, apesar da deficiência argumentativa constatada, ocorreu alguma forma de “diálogo” (no sentido definido no item III.1, *supra*), na medida em que houve uma interação entre os Poderes que fomenta a busca de maior racionalidade nas deliberações públicas.

Cai-se, então, na segunda objeção. A atuação judicial neste caso de fato resultou em algo positivo?

Se as políticas assistenciais do governo têm conseguido reduzir a desigualdade social no Brasil, será que a intervenção judicial neste campo estaria trabalhando contra esta meta, ao provocar a retirada de recursos destinados aos mais pobres em favor de segmentos não tão pobres? Entendo que não.

Certamente, a interpretação mais abrangente encampada pelo Judiciário provoca uma realocação de recursos não cogitada pelos órgãos políticos. Contudo, há fortes argumentos para sustentar que neste caso há uma realocação legítima de recursos. Com efeito, aquela interpretação supre uma insuficiência da política assistencial sem provocar a quebra de sua racionalidade. Deve-se observar que grande parte dos parâmetros de flexibilização sustentados pela jurisprudência são moderados (muitos dos quais têm por base os critérios legais), de modo que permitem a identificação de grupos que, por uma exigência do direito à igualdade, deveriam ter sido beneficiados pela política assistencial do Estado, mas não foram. Assim, são levadas em consideração circunstâncias concretas juridicamente relevantes, que de outro modo seriam ignoradas pela abstração da lei e pela interpretação literal do administrador. Acrescente-se que a decisão judicial baseada neste entendimento não determina a fonte da qual os recursos deverão sair: apenas reconhece o direito definitivo a um benefício assistencial, diante das circunstâncias do caso concreto.

Por outro lado, permanece aberta aos órgãos políticos a possibilidade de reformulação dessa política assistencial, de modo a confirmar ou a superar a interpretação jurisprudencial. De qualquer maneira, ao reavaliarem a política, ainda que para superar a interpretação jurisprudencial, os órgãos políticos terão a oportunidade de dar algum peso aos argumentos sustentados pelo Judiciário, em uma dinâmica que contribui para enriquecer a qualidade da deliberação pública.

Sendo assim, a conclusão a que se chega neste estudo de caso é a de que existem circunstâncias em que o Judiciário pode intervir em políticas públicas no campo dos direitos sociais, tomando decisões a respeito de questões de justiça distributiva, particularmente em um cenário de complexidade já reduzida pela prévia atuação do legislador.

CONCLUSÃO

Como desfecho, não pretendo resumir as conclusões a que se chegou ao longo da dissertação. Em vez disso, procurarei retomar a argumentação deste estudo, para destacar algumas das consequências de sua aceitação.

A compreensão da atuação judicial no campo dos direitos sociais como um conjunto de etapas, sujeitas à influência de fatores internos e externos ao sistema jurídico, representa um ganho teórico que produz efeitos nas três dimensões da dogmática jurídica (a analítica, a normativa e a empírica).

A dimensão analítica é enriquecida pela identificação dos fatores mais relevantes que interferem em cada etapa de desenvolvimento dos litígios judiciais. Não se trata de uma simples enumeração assistemática de fatores, mas sim da construção de um esquema de análise que pretende distinguir quais são as conexões que existem entre estes fatores, sejam eles internos ou externos ao sistema jurídico, e como influenciam nos resultados alcançados.

A adoção dessas ferramentas analíticas traz à tona problemas muitas vezes subestimados (se não ignorados), especialmente os grandes obstáculos ao acesso à justiça no Brasil, o déficit argumentativo em deliberações judiciais e de outros órgãos públicos, e as limitações estruturais do Judiciário para lidar com questões de justiça distributiva.

Além de viabilizar um estudo apropriado para o fenômeno examinado, essa perspectiva teórica também implica relevantes consequências normativas. Ela sugere que o papel a ser desempenhado pelo Judiciário deve ser compatível com as suas restrições institucionais para a realização de transformação social. Recomenda uma posição moderada ao avaliar as possibilidades de controle judicial sobre políticas públicas, assim como uma concepção fraca acerca da dimensão positiva dos direitos sociais.

Desse modo, afasta-se da defesa de um forte controle judicial, caracterizado pelo predomínio do ponto de vista do órgão judicial em substituição ao dos demais órgãos estatais. Contudo, isso não significa negar a existência de um potencial espaço de ação a ser ocupado por este Poder de forma legítima. O Judiciário deverá intervir para atenuar deficiências do processo político (os pontos cegos e o ônus da inércia) que está em posição privilegiada para identificar, respeitadas suas próprias limitações institucionais.

Evidentemente, a demarcação das fronteiras deste espaço de atuação judicial sofrerá variações conforme as características de cada política pública.

Outra consequência normativa importante é favorecer a superação de uma visão da separação de poderes arraigada no Brasil, que estimula o isolamento e o déficit argumentativo. Para isso, emprega-se a ideia de um “diálogo” institucional entre os Poderes. Reconhece-se que os órgãos políticos e os tribunais interagem entre si nos procedimentos de deliberação pública, através de diferentes formas e com graus variáveis de intensidade. Ao participar dessa interação, cada um dos Poderes é concebido como instituição que tem uma contribuição relevante e única a oferecer para a discussão racional dos problemas sociais.

Aquelas ferramentas analíticas igualmente geram efeitos na dimensão empírica, pois constituem um esquema para a construção de interpretações jurídicas que levam em consideração circunstâncias da realidade. Em outras palavras, através deste esquema de análise, atribui-se relevância jurídica a uma série de elementos que compõem a realidade (os quais seriam reputados irrelevantes por uma perspectiva metodológica exclusivamente normativa). Dessa maneira, este esquema contribui para atenuar a carência de instrumentos de avaliação de fatores empíricos sentida na área do direito.

Além disso, estas propostas teóricas foram aplicadas no estudo de caso realizado no último capítulo. A conclusão a que se chegou foi a de que a intervenção do Judiciário brasileiro na política assistencial do artigo 20 da Lei nº 8.742/93 tem sido relevante e, apesar de suas deficiências, não deve ser considerada ilegítima.

Ainda que de forma incompleta e imperfeita, parcela dos interesses das camadas mais pobres da população tem conseguido superar as barreiras ao acesso à justiça, com a reivindicação de prestações assistenciais junto ao Judiciário. Assim, proporcionou-se uma via institucional para que se fizesse ouvir uma demanda reprimida (a dos excluídos pelo critério legal de miserabilidade).

Ao apontarem a insuficiência na definição legal dos destinatários da política assistencial, as decisões judiciais dão visibilidade ao problema, oferecem uma resposta pontual e indiretamente instigam os demais Poderes a reagir. Aos órgãos políticos, permanece aberta a possibilidade de reavaliação dessa política à luz destes novos argumentos, seja para confirmar, seja para alterar ou superar a interpretação jurisprudencial. Essa dinâmica, que se prolonga indefinidamente no tempo, contribui para enriquecer a qualidade e a legitimidade das deliberações públicas.

A existência de um cenário de complexidade sensivelmente reduzida contribuiu para que a intervenção judicial neste caso fosse facilitada. Afinal, já existe regulamentação do direito em questão, assim como a estrutura institucional para a sua implementação, que é menos problemática do que a de outras políticas públicas.

Isso revela as limitações deste estudo de caso. Ele confirma que a arena política é a principal via para a concretização dos direitos sociais. Mas ele também mostra que existem algumas circunstâncias em que o Judiciário pode intervir em políticas públicas no campo dos direitos sociais, tomando decisões a respeito de questões de justiça distributiva, particularmente em um cenário de complexidade já reduzida pela prévia atuação do legislador.

É claro que os parâmetros desta atuação variarão consideravelmente conforme a política pública de que se tratar. Uma política assistencial não é semelhante a uma política educacional ou a uma política de saúde, e é imprescindível que as diferenças entre elas sejam compreendidas, para que sejam definidos os limites de intervenção legítima do Judiciário em cada uma dessas políticas públicas. Para essa diferenciação, as ferramentas analíticas expostas ao longo desta dissertação são de grande valia.

BIBLIOGRAFIA

- ABRAMOVICH, Víctor, COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 2006, trad. port. de Virgílio Afonso da Silva, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, São Paulo, Malheiros, 2008.
- , *Theorie der juristischen Argumentation*, trad. port. de Zilda Hutchinson Schild Silva, *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica* (2001), 2ª ed., São Paulo, Landy, 2008.
- ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de, *A Advocacia e o Acesso à Justiça no Estado de São Paulo (1980-2005)*, Dissertação (Mestrado) – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, São Paulo, 2005.
- ALTHUSSER, Louis, *Montesquieu, La Politique et L'Histoire*, trad. port. de Luz Cary e Luisa Costa, *Montesquieu, a Política e a História*, Lisboa, Presença, 1972.
- BARROSO, Luís Roberto, *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial*, in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel (coords.), *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, pp. 875-903.
- BATEUP, Christine, *Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*, in *Brooklyn Law Review*, vol. 71, 2005/2006, pp. 1109-1180.
- BUCCI, Maria Paula Dallari, *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, São Paulo, Saraiva, 2002.
- , *O conceito de política pública em direito*, in BUCCI, Maria Paula Dallari (org.), *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*, São Paulo, Saraiva, 2006, pp. 1-49.
- , *Políticas públicas e direito administrativo*, in *Revista de Informação Legislativa*, n.º 133, 1997, pp. 89-98.
- CAMARGO, José Márcio, *Gastos sociais: focalizar versus universalizar*, in *Políticas Sociais – acompanhamento e análise*, n.º 7, IPEA, 2003, pp. 117-121.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes, *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*, São Paulo, Max Limonad, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro, *Giudici Legislatori?*, trad. port. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Juízes Legisladores?* (1993), Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1999.
- CARVALHO, José Murilo de, *Cidadania no Brasil: o longo caminho* (2001), 12ª ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2009.

- CASTRO, Jorge Abrahão de, RIBEIRO, José Aparecido, CHAVES, José Valente, DUARTE, Bruno de Carvalho, SIMÕES, Helenne Barbosa, *Gasto social e política macroeconômica: trajetórias e tensões no período 1995-2005*, Texto para discussão n.º 1.324, IPEA, Brasília, 2008.
- CHAVES, José Valente, RIBEIRO, José Aparecido Carlos, *Gasto Social Federal: execução orçamentária dos órgãos sociais federais em 2007 e primeiras impressões*, Nota técnica, IPEA, Brasília, 2008.
- CHAYES, Abram, *The role of the judge in public law litigation*, in *Harvard Law Review*, vol. 89, 1976, pp. 1281-1316.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*, 19ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003.
- COENEN, Dan T., *A Constitution of Collaboration: protecting fundamental values with second-look rules of interbranch dialogue*, in *William and Mary Law Review*, vol. 42, n.º5, 2001, pp. 1575-1870.
- , *The Pros and Cons of Politically Reversible “Semisubstantive” Constitutional Rules*, in *Fordham Law Review*, vol. 77, 2009, pp. 2835-2891.
- COMPARATO, Fábio Konder, *A organização constitucional da função planejadora*, in *Revista Trimestral de Direito Público*, n.º 8, 1994, pp. 12-23.
- , *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*, in *Revista dos Tribunais*, n.º 737, 1997, pp. 11-22.
- , *Para viver a democracia*, São Paulo, Brasiliense, 1989.
- DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de Teoria Geral do Estado* (1971), 22.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001.
- DIXON, Rosalind, *Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, 2007, pp. 391-418.
- ENGISCH, Karl, *Einführung in das juristische denken*, 1983, trad. port. de J. Baptista Machado, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 10ª ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2008.
- FERRAZ, Octavio Luiz Motta, *Between Usurpation and Abdication? The Right to Health in the Courts of Brazil and South Africa*, Working Paper, 2009, acesso em <http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1458299_code715005.pdf?abstractid=1458299&mirid=1>
- FERREIRA, Monica Daniele Maciel, *A focalização do benefício de prestação continuada na pobreza absoluta: um estudo de caso com famílias de deficientes auditivos do CEAL/LP*, Trabalho de Conclusão de Curso – Departamento de Serviço Social, Instituto de Ciências Humanas, Universidade de Brasília, 2009.
- FISS, Owen M., *The Forms of Justice*, in *Harvard Law Review*, vol. 93, 1979, pp. 1-58.
- FRIEDMAN, Barry, *Dialogue and judicial review*, in *Michigan Law Review*, vol. 91, 1992/1993, pp. 577-682.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca, *Políticas Públicas: A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*, São Paulo, Max Limonad, 2000.

- GARGARELLA, Roberto, *Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights*, in GARGARELLA, Roberto, DOMINGO, Pilar, ROUX, Theunis (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: an institutional voice for the poor?*, Aldershot, Ashgate, 2006, pp. 13-34.
- , “Too far removed from the people” – Access to Justice for the Poor: The Case of Latin America, Bergen, Chr. Michelsen Institute Paper, UNDP, 2002, acesso em <http://www.undp.org/oslocentre/PAR_Bergen_2002/latin-america.pdf>
- GAURI, Varun, BRINKS, Daniel M., *A New Policy Landscape: Legalizing Social and Economic Rights in the Developing World*, in GAURI, Varun, BRINKS, Daniel M. (eds.), *Courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 303-352.
- , *Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights*, in GAURI, Varun, BRINKS, Daniel M. (eds.), *Courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 1-37.
- GIAMBIAGI, Fabio, GARCIA, Pedro, *O peso das despesas previdenciárias e assistenciais no valor de um salário mínimo*, Nota Técnica, in *Boletim de Conjuntura*, vol. 76, IPEA, 2007, pp. 81-88.
- GLOPPEN, Siri, *Courts and Social Transformation: An Analytical Framework*, in GARGARELLA, Roberto, DOMINGO, Pilar, ROUX, Theunis (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: an institutional voice for the poor?*, Aldershot, Ashgate, 2006, pp. 35-59.
- GRAU, Eros Roberto, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto* (1996), 4.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2002.
- HAIGH, Richard, SOBKIN, Michael, *Does the observer have an effect?: an analysis of the use of the dialogue metaphor in Canada's Courts*, in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 45, n.º 1, 2007, pp. 67-90.
- HOFFMANN, Florian F., BENTES, Fernando R. N. M., *Accountability for Social and Economic Rights in Brazil*, in GAURI, Varun, BRINKS, Daniel M. (eds.), *Courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 100-145.
- HOGG, Peter W., BUSHELL, Allison A., *The Charter Dialogue Between Courts And Legislatures (Or Perhaps The Charter Of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)*, in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 35, n.º 1, 1997, pp. 75-124.
- HOGG, Peter W., THORNTON, Allison A. Bushell, WRIGHT, Wade K., *Charter Dialogue Revisited – or “Much Ado about Metaphors”*, in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 45, n.º 1, 2007, pp. 1-65.
- HUSCROFT, Grant, *Constitutionalism from the top down*, in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 45, n.º 1, 2007, pp. 91-104.
- JACCOUD, Luciana, *Indigência e Pobreza: efeitos dos benefícios previdenciários, assistenciais e de transferências de renda*, in PELIANO, Anna Maria (org.), *Desafios e perspectivas da política social*, Texto para Discussão n.º 1.248, IPEA, Brasília, 2006, pp. 30-40.

- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, *Globalização, Regionalização e Soberania*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2004.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Verfassungslehre*, 1959, trad. esp. de Alfredo Gallego Anabitarte, *Teoría de la Constitución*, 2.^a ed., Barcelona, Ariel, 1970.
- LOPES, José Reinaldo de Lima, *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*, São Paulo, Ed. 34/EDESP, 2004.
- , *Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito*, in FARIA, José Eduardo (org.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça* (1994), São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 113-143.
- , *Direitos sociais: teoria e prática*, São Paulo, Método, 2006.
- , *Judiciário, Democracia, Políticas Públicas*, in BAPTISTA, Luiz Olavo, HUCK, Hermes Marcelo, CASELLA, Paulo Borba (coords.), *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas: estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger*, São Paulo, LTr, 1994, pp. 560-578.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas*, in MILARÉ, Édís (coord.), *Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos*, São Paulo, Revista dos tribunais, 2001, pp. 707-751.
- MANFREDI, Christopher P., *The day the dialogue died: a comment on Sauvé v. Canada*, in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 45, n.º 1, 2007, pp. 105-123.
- MEDEIROS, Marcelo, BRITTO, Tatiana, SOARES, Fábio, *Programas focalizados de transferência de renda no Brasil: contribuições para o debate*, Texto para Discussão n.º 1.283, IPEA, Brasília, 2007.
- MEDEIROS, Marcelo, DINIZ, Debora, SQUINCA, Flávia, *Transferências de renda para a população com deficiência no Brasil: uma análise do benefício de prestação continuada*, Texto para discussão n.º 1.184, IPEA, Brasília, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Discrecionabilidade e controle jurisdicional* (1992), 2.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2007.
- MENDES, Conrado Hübner, *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, Tese (Doutorado) – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, São Paulo, 2008.
- MENDONÇA, Eduardo, *Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas*, in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel (coords.), *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, pp. 231-278.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède e de, *De L'Esprit des Lois*, trad. port. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, *Do Espírito das Leis*, vol. 1, São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1962.
- MORAES, Germana de Oliveira, *Controle jurisdicional da Administração Pública* (1999), 2.^a ed., São Paulo, Dialética, 2004.

- MULLER, Pierre, THOENIG, Jean-Claude, DURAN, Patrice, MAJONE, Giandomenico, LECA, Jean, *Enjeux, Controverses et Tendances de l'Analyse des Politiques Publiques*, in *Revue Française de Science Politique*, vol. 46, n.º 1, 1996, pp. 96-133.
- PETTER, Andrew, *Taking dialogue theory much too seriously (or perhaps charter dialogue isn't such a good thing after all)*, in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 45, n.º 1, 2007, pp. 147-167.
- ROSENBERG, Gerald N., *The Hollow Hope – Can Courts Bring About Social Change?*, Chicago and London, University of Chicago, 1991.
- SABEL, Charles F., SIMON, William H., *Destabilization rights: how public law litigation succeeds*, in *Harvard Law Review*, vol. 117, 2004, pp. 1016-1101.
- SALLES, Carlos Alberto de, *Ação civil pública contra omissões do poder público: limites e possibilidades*, in SALLES, Carlos Alberto de (org.), *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*, São Paulo, Revista dos tribunais, 2003, pp. 211-222.
- , *Execução específica e ação civil pública*, in MILARÉ, Édís (coord.), *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*, São Paulo, Revista dos tribunais, 2005, pp. 85-96.
- , *Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas*, in BUCCI, Maria Paula Dallari (org.), *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*, São Paulo, Saraiva, 2006, pp. 177-191.
- , *Processo civil de interesse público*, in SALLES, Carlos Alberto de (org.), *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*, São Paulo, Revista dos tribunais, 2003, pp. 39-77.
- SCHWARZER, Helmut, QUERINO, Ana Carolina, *Benefícios Sociais e Pobreza: programas não contributivos da seguridade social brasileira*, Texto para Discussão n.º 929, IPEA, Brasília, 2002.
- SIFUENTES, Mônica Jacqueline, *Súmula Vinculante: um Estudo sobre o Poder Normativo dos Tribunais*, São Paulo, Saraiva, 2005.
- SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* (1967), 6.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2002.
- SILVA, Pedro Luiz Barros, MELO, Marcus André Barreto de, *O Processo de Implementação de Políticas Públicas no Brasil: Características e Determinantes da Avaliação de Programas e Projetos*, NEPP, Caderno n.º 48, Campinas, Universidade Estadual de Campinas, 2000.
- SILVA, Virgílio Afonso da, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo, Malheiros, 2009.
- , *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 250, 2009, pp. 197-227.
- , *Taking from the Poor to Give to the Rich: the individualistic enforcement of social rights*, Paper, VIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, 2007, acesso em: <<http://www.enelsyn.gr/papers/w13/Paper%20by%20Prof.%20Virgilio%20Afonso%20da%20Silva.pdf>>

- SOARES, Fabio Veras, SOARES, Sergei, MEDEIROS, Marcelo, OSÓRIO, Rafael Guerreiro, *Programas de Transferência de Renda no Brasil: impactos sobre a desigualdade*, Texto para discussão n.º 1.228, IPEA, Brasília, 2006.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros*, in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel (coords.), *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, pp. 515-551.
- TAYLOR, Matthew M., *O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil*, in *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, vol. 50, n.º 2, 2007, pp. 229-257.
- TIMM, Luciano Benetti, *Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?*, in SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti (orgs.), *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, pp. 55-68.
- TOJAL, Sebastião Botto de Barros, *Teoria Geral do Estado: elementos de uma nova ciência social*, Rio de Janeiro, Forense, 1997.
- TREMBLAY, Luc B., *The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, 2005, pp. 617-648.
- TUSHNET, Mark, *Alternative forms of judicial review*, in *Michigan Law Review*, vol. 101, 2003, pp. 2781-2802.
- , *Policy Distortion and Democratic Debilitation: comparative illumination of the countermajoritarian difficulty*, in *Michigan Law Review*, vol. 94, 1995/1996, pp. 245-301.
- , *Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review*, in *Texas Law Review*, vol. 82, 2004, pp. 1895-1919.
- VIANNA, Luiz Werneck, BURGOS, Marcelo Baumann, *Entre Princípios e Regras: Cinco Estudos de Caso de Ação Civil Pública*, in *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, vol. 48, n.º 4, 2005, pp. 777-843.
- VIANNA, Maria Lucia Teixeira Werneck, *Seguridade Social e Combate à Pobreza no Brasil: o papel dos benefícios não-contributivos*, 2004, acesso em: <www.enap.gov.br/downloads/ec43ea4fSeguridade.pdf>
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Poder Judiciário: Crise, Acertos e Desacertos*, trad. port. de Juarez Tavares, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

JURISPRUDÊNCIA CITADA

STF

AgR em MC em ACO n.º 876-0

ADI n.º 877-3 (por omissão)

ADI n.º 1.232-1

MC em ADI n.º 1.232-1

AgR em AI n.º 467.633-8

AgR em AI n.º 648.971-8

HC n.º 82.959-7

MI n.º 448-0

MI n.º 721

AgR em MC em Rcl n.º 4.427-1

AgR em Rcl n.º 2.303-6

MC em Rcl n.º 3.968

MC em Rcl n.º 4.374

Rcl n.º 2.298-6

Rcl n.º 2.303-6

Rcl n.º 2.323-1

Rcl n.º 2.733

Rcl n.º 3.739

Rcl n.º 3.805

Rcl n.º 3.891

Rcl n.º 4.139

Rcl n.º 4.145

Rcl n.º 4.270

Rcl n.º 4.280

AgR em RE n.º 410.715-5

AgR em RE n.º 472.489-8

ED em RE n.º 401.127-1

ED em ED em AgR em RE n.º 214.427-4

MC em RE n.º 564.374

RE n.º 213.736-7

RE n.º 444.357

RE n.º 561.936-2

RE n.º 600.535

STJ

AgR em REsp n.º 2002/0029064-0
AgR em REsp n.º 2003/0211062-7
EDiv em REsp n.º 2006/0051122-7
REsp n.º 2001/0142102-3
REsp n.º 2002/0017957-8
REsp n.º 2002/0022410-0
REsp n.º 2002/0035803-6
REsp n.º 2002/0169619-5
REsp n.º 2003/0024431-2
REsp n.º 2003/0114852-8
REsp n.º 2004/0158087-2
REsp n.º 2007/0280936-7
REsp n.º 2008/0019791-0
REsp n.º 2008/0059830-7
REsp n.º 2009/0040999-9
REsp n.º 2009/0241536-3

TRF da 3ª Região

AC n.º 95.03.037015-9
AC n.º 96.03.068000-1
AC n.º 97.03.039147-8
AC n.º 2000.60.00.002519-6
AC n.º 2000.61.00.000713-5
AC n.º 2003.03.99.016119-4
AC n.º 2004.61.06.003197-4
AC n.º 2006.61.11.005374-9
AC n.º 2007.61.11.000541-3
AC n.º 2009.03.99.014089-2
AgL em AC n.º 2009.03.99.005711-3

AI n.º 2003.03.00.075673-7
AI n.º 2006.03.00.047807-6
AI n.º 2006.03.00.060715-0

SS n.º 2000.03.00.020787-0

OUTRAS FONTES CONSULTADAS

Endereços eletrônicos

Utilizados como fontes primárias de informação:

<<http://gtld.pgr.mpf.gov.br/gtld/estatisticas/membros-em-atividade>>
 <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=2036>
 <<http://www.mds.gov.br/adesao/mib/matrizviewbr.asp?>>>
 <<http://www.oab.org.br/relatorioAdvOAB.asp>>
 <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=55934>
 <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=68332>
 <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=75301>
 <http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2009/cpi_2009_table>

Utilizados para acesso a parte da bibliografia, pesquisas e demais fontes de dados citadas:

<<http://heinonline.org/>>
 <<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={4879556E-8313-4EFC-A0E9-32F79F32A390}&ServiceInstUID={74528116-88C5-418E-81DB-D69A4E0284C0}>>>
 <<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={88456956-FF5F-47F3-813C-20A8EE6448E9}&ServiceInstUID={74528116-88C5-418E-81DB-D69A4E0284C0}>>>
 <<http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa2006.pdf>>
 <<http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa/PesquisaAMB2005.pdf>>
 <<http://www.anfip.org.br/publicacoes/livros/includes/livros/arqs-pdfs/analise2008.pdf>>
 <http://www.anpprev.org.br/anpprev_data/editor/NOTE3.pdf>
 <<http://www.camara.gov.br/sileg/default.asp>>
 <<http://www.dieese.org.br/esp/notatec86SALARIOMINIMO2010.pdf>>
 <<http://www.ipea.gov.br/>>
 <http://www.mds.gov.br/suas/revisoes_bpc/biblioteca-virtual-do-beneficio-de-prestacao-continuada-da-assistencia-social/indice-por-autor>
 <<http://www.nepp.unicamp.br/d.php?f=42>>
 <http://www.previdenciasocial.gov.br/arquivos/office/3_081013-140441-719.ppt>
 <http://www.previdenciasocial.gov.br/arquivos/office/3_090220-120758-378.ppt>
 <http://www.previdenciasocial.gov.br/arquivos/office/4_100222-164723-406.ppt>
 <<http://www.scielo.br/>>

<<http://www.stf.jus.br/>>
 <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>>
 <<http://www.stj.jus.br/>>
 <<http://www.teses.usp.br/>>
 <<http://www.trf3.jus.br/>>
 <http://www1.previdencia.gov.br/docs/powerpoint/Resultado_do_RGPS-2006-01.pps>
 <http://www1.previdencia.gov.br/docs/powerpoint/resultado_RGPS_jan04.ppt>
 <http://www1.previdencia.gov.br/docs/powerpoint/resultado_RGPS-2005-01.ppT>
 <http://www1.previdencia.gov.br/docs/powerpoint/resultado_rgps-2007-01_com_cpmf.pps>

Pesquisas e Demais Fontes de Dados Empíricos

III Diagnóstico Defensoria Pública no Brasil, Ministério da Justiça, Brasil, 2009.

Análise da Seguridade Social 2008, ANFIP, Brasília, 2009.

Impacto Financeiro das Sentenças Judiciais Federais no Regime Geral de Previdência Social, in *ANPPREV NOTE*, n.º 3, Associação Nacional dos Procuradores Federais da Previdência Social, 2008.

MARQUES, Rosa Maria (coord.), MENDES, Áquilas, LEITE, Marcel Guedes, HUTZ, Ana, *O Benefício de Prestação Continuada nos Municípios Brasileiros*, Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, Brasil, 2004.

Para onde vão nossos impostos?, Folha de São Paulo de 23-05-2010, Caderno Mercado, pp. B12-B13.

Política de Valorização do Salário Mínimo: Considerações sobre o valor a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2010, Nota Técnica n.º 86 (atualizada), DIEESE, São Paulo, 2010.

Resultado do Regime Geral de Previdência Social – RGPS (janeiro/2004 a janeiro/2010), Ministério da Previdência Social, Brasília, 2004/2010.

SADEK, Maria Tereza (coord.), *Magistrados Brasileiros: caracterização e opiniões*, Pesquisa da AMB, 2005.

———, *A palavra está com você - Resultados*, Pesquisa da AMB, 2006.

Sobre a recente queda da desigualdade de renda no Brasil, Nota técnica, IPEA, Brasília, 2006.

Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais - Ações Coletivas, Relatório Final, CEBEPEJ, Ministério da Justiça, Brasília, 2007.