



MURIELY SALVIANO  
DE FARIA

RECLAMAÇÃO N. 4.374/PE

---

**BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO  
CONTINUADA: DECISÕES DO  
STF SOB A ÓTICA DO  
ATIVISMO JUDICIAL**

---

EDITORA CONHECIMENTO LIVRE • 2019

Muriely Salviano de Faria

**Benefício de prestação continuada:** decisões do STF sob a ótica do ativismo judicial

1ª ed.

Piracanjuba  
Editora Conhecimento Livre  
2019

1ª ed. 2019

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

Faria, Muriely Salviano

F224b Benefício de prestação continuada: decisões do STF sob a ótica do ativismo judicial. / Muriely Salviano de Faria. -- Piracanjuba: Conhecimento Livre, 2019.

149 f.: il.

Formato PDF

ISBN: 978-65-80226-03-0

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

1. Assistência Social. 2. Benefício de Prestação Continuada. 3. Ativismo Judicial. 4. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. I. Faria, Muriely Salviano. I. Título.

CDU: 340

**“TEU DEVER É LUTAR PELO DIREITO, MAS SE  
UM DIA ENCONTRARES O DIREITO EM CONFLITO  
COM A JUSTIÇA, LUTA PELA JUSTIÇA”.**  
**(EDUARDO JUAN COUTURE)**

# Lista de abreviaturas e siglas

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade  
ADI Interventiva/IF – Representação Interventiva  
ADI/ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade  
ADO/ADINPO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão  
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental  
BPC – Benefício de Prestação Continuada  
CF/88 – Constituição Federal de 1988  
CLT – Consolidação das Leis do Trabalho  
CPC – Código de Processo Civil  
HC – *Habeas Corpus*  
HIV/VIH – *Human Immunodeficiency Virus/Vírus da Imunodeficiência Humana*  
INSS – Instituto Nacional de Seguro Social  
LOAS – Lei Orgânica de Assistência Social  
MI – Mandado de Injunção  
MS – Mandado de Segurança  
PEC – Projeto de Emenda Constitucional  
PSOL – Partido Socialismo e Liberdade  
RE – Recurso Extraordinário  
RGPS – Regime Geral de Previdência Social  
RMV – Renda Mensal Vitalícia  
STF – Supremo Tribunal Federal  
SUAS – Sistema Único de Assistência Social  
TAC - *Treatment Action*  
TJ – Tribunal de Justiça  
TRF – Tribunal Regional Federal

# SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	11
<b>2. ASSISTÊNCIA SOCIAL: DIREITO DO CIDADÃO HIPOSSUFICIENTE.....</b>	14
2.1 O surgimento da Seguridade Social como proteção social.....	14
2.2 Seguridade Social como gênero: conceito, objetivos, divisões e sua relação com a dignidade da pessoa humana.....	20
2.3 Assistência Social: política de Seguridade Social não contributiva.....	34
2.3.1 Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS).....	34
<b>3. ESTRUTURA E ORGANIZAÇÃO DO ESTADO: A DISCIPLINA TRIPARTITE E O PODER JUDICIÁRIO.....</b>	38
3.1 Tripartição do Poder.....	38
3.1.1 Evolução histórica: o ideal de Montesquieu.....	38
3.1.2 Conceitos e definições que permeiam a disciplina tripartite na atualidade brasileira.....	42
3.2 A constitucionalização do Direito.....	45
3.2.1 O papel do Poder Judiciário no neoconstitucionalismo: a Suprema Corte no controle de constitucionalidade federal.....	48
3.2.1.1. Breve discurso acerca do controle de constitucionalidade federal.....	50
3.2.1.1.1 Controle difuso.....	54
3.2.1.1.2 Controle concentrado.....	59
<b>4. ATIVISMO JUDICIAL DO STF NO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA: A INFLUÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....</b>	72
4.1 Ativismo Judicial: gênese.....	72
4.1.1. O ativismo judicial nos demais Estados: Alemanha, Itália, Colômbia e África do Sul.....	75
4.1.1.1. Alemanha.....	77
4.1.1.2 Itália.....	77
4.1.1.3 Colômbia.....	81
4.1.1.4 África do Sul.....	85
4.1.2 Conceito e relação do ativismo judicial com a Corte brasileira.....	89
4.2 Benefício de prestação continuada.....	99
4.3 Precedentes.....	106
4.3.1 ADIn nº 1.232/DF.....	109
4.3.2 Reclamação nº 4.374/PE.....	113
4.3.2.1 Mutação constitucional e diálogo institucional na Reclamação n. 4.374/PE.....	126
4.3.2.2 A atuação do Poder Judiciário na busca pela concretização do Princípio da Dignidade Humana no benefício de prestação continuada.....	136
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	145
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	147

# Apresentação

Com o tema “benefício de prestação continuada: decisões do STF sob a ótica do ativismo judicial”, a presente monografia se prestou a verificar se o ativismo judicial constante da Reclamação n. 4.374/PE se justifica pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Com setor de conhecimento interdisciplinar, fez-se necessário a utilização de um método dedutivo, através do qual verificou-se a seguridade social, e, conseqüentemente, a assistência social, são direitos sociais e fundamentais, que estão intimamente relacionados com a dignidade inerente a todas as pessoas. Outrossim, percebeu-se que o ativismo judicial não possui apenas pontos negativos, sendo indevida a utilização desta terminologia de forma pejorativa, pois, na maioria das vezes, este fenômeno se presta a atender as demandas sociais e concretizar os direitos fundamentais, atuando quando os demais Poderes, principalmente o Legislativo, permanece inerte. Assim, chegou-se à conclusão que o ativismo decorrente da Reclamação n. 4.374/PE, ao reconhecer a inconstitucionalidade incidental de critério econômico demasiadamente restritivo fixado na Lei Orgânica de Assistência Social para a concessão do benefício de prestação continuada, e, ao permitir a extensão deste benefício a outros indivíduos que não se enquadrem neste parâmetro é válido, na medida que o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição de 1988, deve zelar por seu respeito e prezar pela observância dos direitos e garantias fundamentais. Ademais, somente assim se alcançará a dignidade que é inerente a todas as pessoas, e, por conseguinte, dará consecução aos objetivos da República Federativa do Brasil.

## 1. INTRODUÇÃO

O tema “benefício de prestação continuada: decisões do STF sob a ótica do ativismo judicial”, busca precipuamente analisar a legitimidade do ativismo judicial resultante da Reclamação n. 4.374/PE que declarou a inconstitucionalidade incidental do art. 20, § 3º da Lei n. 8.742/90, que fixa o critério econômico para aferição da miserabilidade, determinando que o benefício de prestação continuada (BPC) será concedido ao idoso ou portador de deficiência, sem condições de se manter ou ser mantido por seus familiares, cuja renda *per capita* familiar não ultrapasse 1/4 do salário mínimo.

Deste modo, considerando que a decisão de referida Reclamação foi proferida com base, principalmente, no princípio da dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais dele decorrentes, estabeleceu-se como problema a seguinte questão: “o ativismo judicial do STF no julgamento da Reclamação n. 4.374/PE, justifica-se pelo princípio da dignidade da pessoa humana?”.

Desde já, formula-se a hipótese de que é válido o ativismo judicial para atender o princípio da dignidade da pessoa humana, pois este é um dos objetivos da República Federativa do Brasil, conforme preconiza o art. 1º, III da CF/88, bem como é o núcleo basilar de todos os direitos fundamentais,

inerentes a todos os indivíduos e que constituem cláusula pétrea, motivo pelo qual não podem ser abolidos. Ademais, sendo o Supremo Tribunal Federal (STF) o guardião da Constituição, de acordo com o art. 102, *caput* da CF/88, cabe a ele resguardar os direitos previstos nos ditames constitucionais, inclusive os direitos sociais, nos quais se inclui a Assistência Social, e, por conseguinte, o BPC.

Entretanto, para averiguar se a supramencionada hipótese revela-se adequada, bem como para desenvolver a presente pesquisa, impõe-se a necessidade de se estabelecer objetivos geral e específicos. O objetivo geral consiste justamente em verificar se o ativismo judicial constante na Reclamação n. 4.374/PE se justifica pelo princípio da dignidade humana. Lado outro, os objetivos específicos são:

i) conhecer as razões que levaram ao surgimento da Seguridade Social, bem com sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana e identificar suas três espécies, aprofundando-se na Assistência Social e na lei infraconstitucional que a regulamenta;

ii) compreender a estrutura e organização do Estado brasileiro, dando enfoque na teoria da tripartição do Poder e do papel do

Poder Judiciário no neoconstitucionalismo, especialmente no que toca ao controle de constitucionalidade no âmbito do STF; e, iii) conhecer o fenômeno do ativismo judicial e entender a Reclamação n. 4.374/PE, relacionando-a ao princípio da dignidade da pessoa humana.

As justificativas do presente tema não se restringem apenas à seara jurídica, vez que se trata de um dilema profundamente relacionado às questões sociais. Afinal, a Assistência Social, em suma, tem como fim auxiliar o cidadão hipossuficiente, promovendo-lhe o mínimo existencial capaz de proporcionar-lhe uma vida digna. Ademais, também possui relevância científica na medida em que aborda precedentes constitucionais, dentre eles a Reclamação n. 4.374/PE, que servirão de base para novos julgados e contribuirão para a transformação do Direito.

Com relação a metodologia, urge destacar que a presente pesquisa tem como objeto e marco teórico justamente a Reclamação n. 4.374/PE e o ativismo judicial dela resultante, pois busca verificar se, neste caso, este fenômeno se legitima através do princípio da dignidade humana, considerando as circunstâncias fáticas e jurídicas que permeiam a sociedade atualmente. Para tanto faz-se necessária a adoção de uma pesquisa bibliográfica, recorrendo a diversas doutrinas e pesquisas

anteriores sobre o assunto, que não se restringem a uma única seara do saber jurídico, caracterizando-se como uma pesquisa de interdisciplinar. No mais, impera a necessidade de utilização de um método dedutivo, na medida em que, em um primeiro momento, analisa-se o BPC de forma geral, bem como o ativismo judicial de um modo abstrato, para, posteriormente, passar à análise do ativismo resultante da reclamação supramencionada.

A presente pesquisa divide-se em três capítulos correspondentes aos três objetivos específicos. No primeiro deles, busca entender a gênese da Seguridade Social, seus objetivos, suas espécies e sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, e, por conseguinte, com os direitos fundamentais. Conhecendo suas espécies, faz-se necessário proporcionar um especial destaque à Assistência Social, sistema em que está inserido o BPC, que, embora tenha previsão constitucional, fora minuciosamente regulamentado pela Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS).

No segundo capítulo urge a importância de entender a razão de ser do Estado atual, e isto somente é possível através de uma breve investigação sobre o surgimento da disciplina tripartite e esta disciplina no ordenamento jurídico brasileiro atual. Isto posto, apresenta-se a necessidade de entender o papel do Poder Judiciário não

somente de acordo com esta teoria, mas também no contexto do neoconstitucionalismo, pondo em evidência, sobretudo, o controle de constitucionalidade.

Por fim, no terceiro capítulo, após conhecer as origens do ativismo judicial, impera a necessidade de conhecer, ainda que de forma superficial, sua ocorrência nas Cortes que mais se destacam por suas posturas ativistas, bem como defini-lo e situá-lo na Corte brasileira. Nesta senda, urge discorrer sobre o BPC e suas peculiaridades, conhecer em quais situações dá-se a sua concessão e quais são seus destinatários, para, posteriormente, conhecer e entender os mais importantes precedentes constitucionais a seu respeito, quais sejam, a ADIn. 1.232/DF e a Reclamação n. 4.374/PE, relacionando esta com o princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de verificar se o ativismo judicial se legitima por este núcleo basilar de todos os direitos.

## 2. ASSISTÊNCIA SOCIAL: DIREITO DO CIDADÃO HIPOSSUFICIENTE

A Assistência Social pode ser sumariamente descrita como um direito do cidadão hipossuficiente. Todavia, trata-se de um direito que, tal como qualquer outro, possui suas peculiaridades, tornando-se, então, mais complexo do que aparenta ser em um primeiro momento.

Portanto, para melhor compreensão da Assistência Social e de seu papel na comunidade brasileira, bem como de seu liame com a Constituição de 1988 (CF/88) e os objetivos fundamentais do Estado, traçados no art. 3º da CF/88, faz-se necessário lembrar o contexto em que está inserida, sua gênese e desenvolvimento no passar dos anos.

Ainda assim, é impossível estudar, e, de fato, compreender, este direito, sem antes conceituar e contextualizar a Seguridade Social, expondo sua realidade histórico-cultural, e, com isso, demonstrando as alterações e transformações dos objetivos para os quais foi criada no decorrer do tempo.

### 2.1 O surgimento da Seguridade Social como proteção social

As adversidades da vida têm sido uma fonte contínua de preocupação da humanidade desde os primórdios dos tempos. Desde cedo, o homem, valendo-se de seu instinto de sobrevivência, encontrava-se em

constante processo de adaptação, procurando evitar, ou, ao menos, reduzir o impacto das desventuras, como as doenças e a morte, em suas vidas.

A proteção social nasceu na família, que possuía, em tempos remotos, uma força maior do que na atualidade, onde os mais jovens e aptos responsabilizavam-se pelo trabalho e pelo cuidado com os mais idosos e incapazes<sup>1</sup>. Assim, os homens uniam-se em grandes aglomerados familiares com intuito de proteger uns aos outros dos infortúnios que a vida lhes reservava.

Entretanto, por óbvio, nem todos possuíam esta proteção familiar, de modo que surgiu a necessidade de ajuda externa, e, geralmente, voluntária, por terceiro que com ele não possuísse nenhum grau de parentesco.

Nesta senda, à família romana, por exemplo, era incumbido o dever de dar assistência aos servos e clientes, como uma forma de associação, mediante contribuição de seus membros, de modo a prestar auxílio aos mais necessitados<sup>2</sup>. Entretanto, nos primórdios não se associava, a ajuda aos necessitados à promoção de justiça. Não havia predominância do pensamento social, o qual surgiu com o lento fluxo dos anos,

como consequência das transformações das sociedades, que ocorreram muito vagarosamente. Desta feita, não é errôneo afirmar que nos tempos mais remotos a nobreza era privilegiada em detrimento dos mais necessitados. Os pobres eram deixados à própria sorte, vez que o Estado não era norteado por princípios sociais e tampouco regia-se por normas democráticas.

Portanto, o auxílio aos pobres não passava de uma mera caridade, conforme vê-se no excerto a seguir:

Até então, a ajuda aos pobres e necessitados aparece como algo desvinculado da ideia de justiça, reproduzindo mera caridade. Na verdade, a situação era ainda mais perversa, pois, muito frequentemente, a pobreza era apresentada como algo necessário, ou mesmo um benefício para pessoas carentes, pois seria a efetiva garantia de admissão no Reino de Deus, haja vista a situação de extrema carência e desapareço a bens materiais. Ou seja, haveria uma honra inerente à pobreza. Ademais, a indigência, não raramente, era apresentada como forma de punição divina, cabendo ao pobre arcar com todas as sequelas de sua condição, pois teria sido uma realidade gerada por sua própria culpa<sup>3</sup>.

Percebe-se que até então predominava o pensamento de que a pobreza poderia efetivar o ingresso do ser humano no Reino de Deus, vez que não haveria pecados relacionados aos bens materiais. Assim, por viverem em situação de miséria, o homem não seria pecador aos olhos de Deus, visto

---

<sup>1</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

<sup>2</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Fundamentos de Direito da Seguridade Social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

<sup>3</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 4.

que não teria usufruído do luxo e dos pecados dele decorrentes.

Por outro lado, muito se recusavam a prestar auxílio aos necessitados alegando que se encontravam nesta situação em virtude de um castigo divino. Naquela época, havia a presunção de que, em decorrência de algum ato ofensivo a Deus, foram colocados em situação de miséria, não merecendo qualquer ajuda.

Assim sendo, a preocupação do Estado quanto à proteção social somente ocorreu, e, ainda assim, de forma bastante supérflua, eis que delegou a sua ação às paróquias, com a edição, em 1601, da Lei dos Pobres, na Inglaterra, criando a contribuição obrigatória de fins sociais<sup>4</sup>.

Posteriormente, em outros países, foi instituído um conjunto de medidas sociais como forma de aliviar as tensões dos trabalhadores, conforme extrai-se do trecho abaixo:

Foi na Alemanha que teve origem o primeiro ordenamento legal que tratou sobre a Previdência Social. Tal ordenamento foi editado pelo então chanceler Otto Von Bismarck em 1883, tendo, inicialmente, instituído o seguro-doença e, em um momento posterior, incluído outros benefícios, tais como o seguro contra acidente de trabalho, em 1884, e o seguro-invalidez e o seguro velhice, ambos em 1889<sup>5</sup>.

Aludido regulamento jurídico é de grande relevância no estudo da Seguridade Social, apontado por muitos, tal como no excerto acima destacado, como o primeiro ordenamento legal que, de fato, tratou sobre o seguro social.

Todavia, importa ressaltar que, embora o trecho faça referência à previdência social, trata-se, na verdade, da seguridade social, pois, conforme se verá a seguir, ainda não havia distinção entre ambos os institutos.

Noutra senda, nota-se que a tensão da classe trabalhadora na sociedade industrial, diante das péssimas condições de trabalho, foi primordial para o surgimento da proteção social como é conhecida na atualidade e o seu aprimoramento, impondo a necessidade de uma participação estatal mais ativa.

Ademais, cumpre ressaltar que, na Alemanha no século XIX, enquanto o seguro-doença e o seguro-velhice — também denominado de seguro-invalidez — eram custeados pelos empregados, empregadores e pelo Estado, o seguro-acidente era de responsabilidade dos empresários<sup>6</sup>

Noutro giro, a Igreja Católica, a sua preocupação a justiça social, especialmente

<sup>4</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

<sup>5</sup> DOVAL, Adriana Navas Mayer. A proteção do Estado e as políticas públicas assistenciais. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro – fevereiro, 2015, p. 2.

<sup>6</sup> DOVAL, Adriana Navas Mayer. A proteção do Estado e as políticas públicas assistenciais. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro – fevereiro, 2015.

com os operários, é evidente nos pronunciamentos Encíclica *Rerum Novarum*, de Leão XIII e *Quadragesimo Anno*, de Pio XI, que datam de 1891 e 1931, respectivamente<sup>7</sup>.

Aos poucos surgia o denominado “constitucionalismo social”<sup>8</sup>, eis que o ordenamento jurídico de diversos países começa a incluir em seu texto constitucional direitos de cunho social, e, por conseguinte, previdenciário. Neste sentido, merecem destaque a Constituição do México, em 1917, a primeira do mundo a inserir em seu corpo uma medida social, e a Constituição de Weimar, em 1919, na Alemanha<sup>9</sup>.

Cumprir ressaltar, ainda, a Declaração Universal do Homem, em 1948, elencou em seu art. 85, dentre outros direitos de *status* fundamental, a proteção previdenciária<sup>10</sup>.

É interessante pontuar que atualmente norma internacional denomina-se atualmente como Declaração Universal dos Direitos Humanos, e diferentemente do que previa o dispositivo supracitado em 1948, o texto na atualidade, agora o art. 25, e não mais o 85, menciona como titular deste direito o ser humano e não apenas o homem.

Art. 25. Todo **ser humano** tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. (Grifo nosso)

Por outro lado, em análise das Constituições brasileiras, bem como das legislações infraconstitucionais que já vigoraram no território nacional, é possível perceber que a Carta Magna de 1824, foi o primeiro documento legislativo a tratar sobre o assunto no país, o qual previa, em seu art. 179, XXXI os “socorros públicos”, que não possuíam utilidade prática, vez que os cidadãos não possuíam recursos para exigir o cumprimento desta garantia<sup>11</sup>.

Importa recordar, porém, do momento em que foi produzida esta Constituição, que sequer fora promulgada, mas outorgada à sociedade por Dom Pedro I, isto é, em uma época que ainda existia a escravidão. Assim, diante das circunstâncias fáticas e sociais em que fora elaborada esta Lei, é certo que a previsão dos socorros públicos representava, de certa forma, um avanço nos direitos do povo.

De modo diverso, a Carta Magna de 1891 foi a primeira a prever a expressão

<sup>7</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

<sup>8</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

<sup>9</sup> DOVAL, Adriana Navas Mayer. A proteção do Estado e as políticas públicas assistenciais. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro – fevereiro, 2015.

<sup>10</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Fundamentos de Direito da Seguridade Social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

<sup>11</sup> DOVAL, Adriana Navas Mayer. A proteção do Estado e as políticas públicas assistenciais. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro – fevereiro, 2015.

“aposentadoria”, a qual seria concedida aos funcionários públicos em caso de invalidez à serviço do país. Diferentemente do que ocorrera na Constituição anterior, para a concessão deste benefício não havia necessidade de contribuição pelo empregado<sup>12</sup>.

Dentre os dispositivos infraconstitucionais, merece destaque o Decreto Legislativo n. 4.682/1923 — conhecido como Lei Elói Chaves —, que foi responsável pela criação das caixas de aposentadoria e pensões destinadas aos ferroviários, e, por conseguinte, fez com que fossem criadas inúmeras outras destinadas a outras profissões<sup>13</sup>. Ou seja, gradualmente estendeu-se os benefícios para as demais classes de empregados, abrangendo um número cada vez maior de pessoas, que aos poucos começariam a receber um maior auxílio e atenção por parte do Estado.

A divisão do instituto da Seguridade Social, começou a ser delineada na Constituição de 1934, a qual determinava, ainda, que o empregado, o empregador e o Estado deveriam contribuir para o financiamento da Previdência Social<sup>14</sup>.

Ademais, em 1936, pouco antes do início da época que ficaria marcada como Estado Novo, iniciou-se a expansão da profissão de assistente social, como forma de o Estado atender aos pleitos da sociedade, pois neste mesmo momento iniciou-se a intensa industrialização e urbanização do território nacional<sup>15</sup>.

Até mesmo a Carta Magna de 1937, conhecida como “polaca”, em seu art. 137, “m”, instituiu seguros decorrentes de acidente de trabalho, tais como seguros de vida, invalidez e velhice, todavia, ainda se utilizava a expressão “seguro social<sup>16</sup>”.

Posteriormente, a Constituição de 1946, abandonou esta expressão e adotou o termo “Previdência Social”. Assim, começou-se a sistematizar constitucionalmente a matéria previdenciária que foi inserida no mesmo artigo que cuidava dos direitos trabalhistas<sup>17</sup>. Além disso, no âmbito infraconstitucional, durante a vigência desta Carta Magna, foi criada a Lei Orgânica da Previdência Social — Lei n. 3.807/1960 — que unificou todos os dispositivos relacionados à Previdência Social existentes

---

<sup>12</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

<sup>13</sup> DOVAL, Adriana Navas Mayer. A proteção do Estado e as políticas públicas assistenciais. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro – fevereiro, 2015.

<sup>14</sup> GONÇALVES, Mariarosa Costa. Seguridade social. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho – setembro, 2010.

<sup>15</sup> DOVAL, Adriana Navas Mayer. A proteção do Estado e as políticas públicas assistenciais. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro – fevereiro, 2015.

<sup>16</sup> DOVAL, Adriana Navas Mayer. A proteção do Estado e as políticas públicas assistenciais. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro – fevereiro, 2015.

<sup>17</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

até então, instituiu o auxílio-reclusão, auxílio-natalidade e auxílio-funeral<sup>18</sup>.

Tratava-se, portanto, de um grande avanço rumo a Seguridade Social adotada na atualidade, eis que com o advento da Constituição de 1946 e as normas infraconstitucionais produzidas durante sua vigência, inúmeros outros direitos foram reconhecidos. Afinal, foi somente nesta época que se começou a prever um benefício destinado a família daquele que encontrava-se cumprindo pena em regime fechado e tampouco o Estado prestava auxílio ao funeral.

Ademais, é certo que no momento em que referidos benefícios foram instituídos, os requisitos para sua concessão eram, senão em sua totalidade, em parte diferentes daqueles exigidos para o seu deferimento na atualidade. Além disso, por óbvio, muitos dos benefícios previstos naquela época tiveram sua essência e finalidade modificadas.

No mais, muitos destes benefícios sequer existem e outros não guardam a mesma nomenclatura. Exemplo disso é o auxílio-natalidade, hoje conhecido como auxílio-maternidade, que, indubitavelmente, teve

seus parâmetros e condições de deferimento reformulados.

Noutra senda, a Constituição de 1967, outorgada durante a ditadura militar, trouxe regras sobre a Previdência Social em seu art. 158, prevendo descanso remunerado à gestante, seguro-desemprego, proteção da maternidade, seguro obrigatório a ser pago pelo empregador contra acidentes no âmbito do trabalho, dentre outros direitos<sup>19</sup>. Após, em 1969, com o Decreto-lei n. 564 o trabalhador rural passou a ser contemplado nos ditames de Previdência Social, o que também ocorreu com o empregado doméstico, em 1972; em 1974, com advento da Lei n. 6.036/74, foi o Ministério do Trabalho e Previdência Social desmembrado, fazendo surgir o Ministério da Previdência e Assistência Social, e, em 1974 foi criada a Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social — DATAPREV<sup>20</sup>.

Inúmeras outras legislações foram produzidas neste espaço temporal até a Constituição de 1988, todas caminhando em direção ao conceito de Seguridade Social adotado na atualidade. Tratava-se de uma mudança no sentido de Estado, que aos

---

<sup>18</sup> DOVAL, Adriana Navas Mayer. A proteção do Estado e as políticas públicas assistenciais. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro – fevereiro, 2015.

<sup>19</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Fundamentos de Direito da Seguridade Social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

<sup>20</sup> DOVAL, Adriana Navas Mayer. A proteção do Estado e as políticas públicas assistenciais. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro – fevereiro, 2015.

poucos aproximava-se de uma visão de cunho mais social, mais preocupado com a condição de vida de seus trabalhadores e de seus cidadãos.

Com a promulgação da Lei Maior de 1988 a Seguridade Social ganhou um capítulo específico para si e passou a cuidar da Previdência Social, Saúde e Assistência Social, nos arts. 194 a 204 da CF/88, o que ainda persiste<sup>21</sup>.

Assim sendo, apesar de a Seguridade Social ter começado a apresentar os primeiros contornos de sua divisão com a Constituição de 1934, foi somente em 1988 que se tornou gênero das espécies supracitadas, ao mesmo tempo em que obteve para si um capítulo próprio na Carta Política do Estado.

## 2.2 Seguridade Social como gênero: conceito, objetivos, divisões e sua relação com a dignidade da pessoa humana

Na ordem jurídica atual, a Seguridade Social, inserida no título pertinente a ordem social, nos termos do art. 194, *caput*, da CF/88, “compreende um conjunto integrado

de ações de iniciativa dos Poder Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

É, em outras palavras, “[...] a essência de um pacto social de distribuição de renda, pela proteção que deve ser prestada aos grupos sociais mais fragilizados<sup>22</sup>”. Trata-se, portanto, de um sistema de proteção social. Esta proteção social, por sua vez, pode ser definida como um “[...] conjunto de ações mais ou menos institucionalizadas de que se vale a sociedade humana para intentar superar a pobreza, a marginalização e outras formas de exclusão social<sup>23</sup>”.

Neste sentido, nota-se que a Seguridade Social continua possuindo estrita relação com a proteção dos cidadãos dos infortúnios da vida. Cidadãos estes que, por seu estado de fragilidade, não conseguem, por si sós, lidar com as adversidades geradas pelo trabalho, idade, doença e morte. Ademais, salienta-se que se trata de um dever do Estado, de uma ação dos Poderes Públicos para com os cidadãos que dela necessitem.

Assim, percebe-se que há uma razão para que a Seguridade Social tenha sido incluída dentro do título pertinente à ordem social,

<sup>21</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Fundamentos de Direito da Seguridade Social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

<sup>22</sup> CARVALHO, Marco César de; VIEIRA, Joice Geremias. O impacto social da renda per capita na concessão do benefício de prestação continuada.

**Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro - dezembro, 2011, p. 1.

<sup>23</sup> BALERA, Wagner. Previdência e Assistência Social. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2.

afinal, esta baseia-se na primazia do trabalho e visa o bem-estar e a justiça sociais, consoante art. 193 da CF/88. Aliás, “a seguridade social é então meio para atingir-se a justiça, que é o fim da ordem social<sup>24</sup>”.

Não é surpresa, portanto, que as três espécies do gênero Seguridade Social, quais sejam, saúde, previdência e assistência social, tenham sido incluídas no art. 6º da CF/88, que enumera os direitos sociais. De acordo com este dispositivo, são sociais os direitos à educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

É importante salientar que os direitos sociais, assim como os outros direitos, inserem-se nas classificações em dimensão ou geração de direitos, conforme o seu reconhecimento na história.

Os direitos de primeira geração são aqueles que importam em um *non facere*, isto é, em uma abstenção por parte do Estado, sendo denominados de direitos negativos e de

defesa<sup>25</sup>. Este dever negativo estatal implica em evitar uma violação a estes direitos, quais sejam: à vida, liberdade e propriedade. Em outras palavras, são direitos individuais, civis e políticos.

Por outro lado, os direitos de segunda geração são considerados uma prestação positiva, isto é, implicam em um dever de ação por parte do Estado, e abrangem a educação, saúde, trabalho e previdência como condições de desenvolvimento<sup>26</sup>. Nesta dimensão, tem-se, portanto, os direitos sociais, que podem ser conceituados como:

[...] prestações positivas, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida dos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se connexionam com o direito de igualdade. **Valem como pressuposto do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade**<sup>27</sup>. (Grifo nosso)

Trata-se, portanto, de uma prestação positiva definida em normas de cunho constitucional, que proporcionam melhores condições de vida àqueles que se encontram

<sup>24</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 5.

<sup>25</sup> MARTINS FILHO, Ives Gandra. Direitos Fundamentais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coord.) **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>26</sup> MARTINS FILHO, Ives Gandra. Direitos Fundamentais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos

Valder do. (coord.) **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>27</sup> SILVA, 1993, p. 258 *apud* SANTOS FILHO, Oswaldo de Souza; HORVATH JÚNIOR, Miguel. A assistência social, sua efetivação enquanto política pública, o impacto da ideologia, do pensamento sistêmico através do movimento denominado ativismo judicial e sua consequência para os destinatários da proteção social. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro – outubro, 2015, p. 3.

em desvantagem. Possuem, portanto, intrínseca relação com a igualdade material — também denominada de real ou substancial —, na medida em que reconhece a existência de situações desiguais e se dispõe a igualá-las. Isto porque aqui não basta igualdade formal, que garante que todos são iguais perante a lei, pois existem indivíduos em situações que a mera igualdade formal é insuficiente para igualá-los aos demais, fazendo se necessário a utilização de uma igualdade de cunho substancial.

Esta tarefa de promover a igualdade substancial é, sob o ponto de vista dos direitos de segunda dimensão, de incumbência do Estado, que deve promover ações no sentido de alcançar tratamento igualitário a todos, dando-lhe oportunidades para exercer os mesmos direitos.

Ademais, tem-se os direitos de terceira geração, que surgiram após a 2ª Guerra Mundial, como uma forma de sobrevivência e exercício dos direitos das gerações anteriores, exigindo ação conjunta do Estado e sociedade, sendo considerados, portanto, direitos de proteção e solidariedade, tais como a paz, a segurança,

o meio ambiente e o amparo aos deficientes<sup>28</sup>.

Assim, com o direito de terceira geração, reconhece-se a necessidade de atuação conjunta do Estado e da sociedade. Isto porque o Poder Estatal, sozinho, não consegue controlar e promover todas as ações necessárias para a concreção dos direitos. É necessária a união de esforços do Estado e da sociedade civil para que juntos consigam proporcionar o que lhes é direito. Até mesmo porque não somente o Estado é obrigado a respeitar estes direitos, os indivíduos, na medida em possuem seus próprios, também tem o dever de respeitar os direitos do próximo.

Parte da doutrina ainda menciona a existência de uma quarta geração de direitos, fruto da globalização dos direitos fundamentais, tais como os direitos à democracia direta, o pluralismo e a informação<sup>29</sup>.

A extrema relevância dos direitos aqui mencionados é inegável. Aliás, sabe-se que o Estado Democrático de Direito possui dois pilares fundamentais, quais sejam, a democracia e os direitos fundamentais, um não existindo sem o outro, especialmente

---

<sup>28</sup> MARTINS FILHO, Ives Gandra. Direitos Fundamentais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coord.) **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>29</sup> BONAVIDES, 2005, *apud* MARTINS FILHO, Ives Gandra. Direitos Fundamentais. In: MARTINS,

Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coord.) **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

com relação aos direitos fundamentais-sociais<sup>30</sup>.

Além disso, a própria Lei Máxima de 1988 reconhece a importância dos direitos fundamentais, e, para protegê-los, insere-os em um instituto resguarda a identidade da Constituição e ponha a salvo os instrumentos da democracia<sup>31</sup>. Este instituto denomina-se cláusula pétrea e tem como fim limitar materialmente o poder de reforma, isto é, restringir o poder de alteração de normas de cunho materialmente constitucional por simples emenda, estando expressamente previsto no art. 60, § 4º da CF/88, abaixo transcrito:

Art. 60. [...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes;

**IV – os direitos e garantias individuais.** [...] (Grifo nosso)

Isto significa que não podem ser objetos de emenda constitucional, norma que tenha como intuito abolir, e, por conseguinte, agredir as matérias constantes nos incisos acima, eis que estas estão protegidas pelo instituto da cláusula pétrea, e, portanto, foram afastadas do alcance do poder de

reforma do legislador ordinário, isto é, do Congresso Nacional.

Neste sentido, o legislador ordinário, isto é, o legislador constituído, integrante do Congresso Nacional, cujos membros foram eleitos pelos cidadãos após a promulgação da Constituição de 1988, possuem simples poder de reforma, podendo fornecer emendas à Lei Máxima atual, desde que tais emendas não atinjam, de forma a suprimir, as matérias inseridas no rol de cláusulas pétreas.

Diferente é, portanto, da atuação do legislador constituinte que, investido do Poder Constituinte Originário, de Primeiro Grau, Inaugural ou Inicial, pode criar uma nova ordem jurídica, que em nada se subordina à vigente<sup>32</sup>. Isto significa que na criação de uma nova Carta Política, a Assembleia Constituinte, composta pelos legisladores constituintes, não deve respeito à Constituição que até então vigora.

Ademais, da leitura do art. 60, § 4º, IV, é possível se deparar com duas controvérsias. A primeira delas refere-se à restrição ou não, destes direitos e garantias individuais protegidos por cláusulas pétreas, ao rol do art. 5º da CF/88, que cuida de estabelecer,

<sup>30</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e decisão jurídica**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>31</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos

fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>32</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

de forma pormenorizada, os direitos e garantias individuais.

Quanto à esta questão, o STF informou que existem direitos protegidos por esta cláusula que não constam expressamente deste dispositivo supracitado — art. 5º da CF/88 —, até mesmo em virtude do próprio parágrafo segundo deste artigo<sup>33</sup>, que ressalta que os direitos e garantias ali previstos não excluem outros que advenham do regime e dos princípios adotados pela Constituição, bem como dos tratados internacionais em que o Estado seja parte.

Isto se deve ao fato de que o legislador não consegue prever todos os fatos que poderão e/ou que irão ocorrer, de modo que não é possível prever e proteger todos os direitos.

Assim, havendo um tratado internacional, por exemplo, em que a República Federativa do Brasil tenha ratificado, e, portanto, compartilhe dos princípios e ideais ali previstos, os direitos e garantias fundamentais decorrentes deles também serão embarcados pela proteção que a cláusula pétrea fornece.

Destarte, a proteção deste instituto não se restringe ao disposto no art. 5º da CF/88, de

modo que este rol não é taxativo e sim, meramente exemplificativo.

Noutra senda, o fato de que o inciso IV do art. 60, § 4º da CF/88 fazer menção a direitos e garantias individuais, leva ao questionamento de que os demais direitos, sociais e difusos, encontram-se ou não protegidos por esta cláusula.

É certo que esta controvérsia proporcionou intensos debates que acabaram por dividir a doutrina. Parte dela entende que por se tratar de norma limitadora de direitos da maioria política, deve ser interpretada restritivamente<sup>34</sup>. Entretanto, há opiniões contrárias que entendem que os demais direitos devem sim, ser abrangidos pela proteção deste instituto, conforme destaca o trecho abaixo:

A posição por nós defendida vem expressa a seguir e se socorre de um dos principais fundamentos do Estado constitucional brasileiro: a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). Este princípio integra a identidade política, ética e jurídica da Constituição e, como consequência, não pode ser objeto de emenda tendente à sua abolição, por estar protegido por uma limitação material implícita ao poder de reforma. Pois bem: é a partir do núcleo essencial do princípio da dignidade humana que se irradiam todos os direitos materialmente fundamentais, que devem receber proteção máxima, independentemente de sua posição formal, da geração a que pertencem e do tipo de prestação a que dão ensejo<sup>35</sup>.

Neste sentido, tendo em vista que não somente os direitos individuais relacionam-

<sup>33</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>34</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos

fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>35</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 201-202.

se com a dignidade da pessoa humana, mas que os demais direitos, inclusive os sociais e os direitos de terceira geração, também possuem estreita relação com a dignidade humana, estes também devem ser protegidos por este limite material do poder de reforma, e, portanto, também possuem *status* fundamental.

Ademais, é certo que os direitos estão interligados entre si, principalmente porque todos decorrem da dignidade humana, que é a sua regra-matriz. Neste sentido, a divisão em gerações ou dimensões é apenas didática, apresentando-se como uma forma mais eficiente de entender o momento e os motivos pelos quais surgiram estes direitos, bem como suas características particulares. Afinal, se assim não fosse, existiriam ainda mais situações em que a dignidade dos indivíduos em desprezada em virtude de algum motivo que pareça mais relevante para o legislador no momento, de modo que não haveria uma efetiva concreção destes direitos.

Destarte, nota-se que cerne de todos estes direitos está na dignidade da pessoa humana, um princípio que promove muitas discussões acerca de sua extensão, cuja importância foi reconhecida pela própria Constituição, ao torná-lo um dos fundamentos da República Federativa do

Brasil, consoante art. 1º, III da CF/88 e o trecho a seguir:

[...] a dignidade é atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim, a dignidade entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano [...]. A Constituição, reconhecendo sua existência e sua eminência, transformou-a num **valor supremo da ordem jurídica**, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do país, da democracia e do direito. Portanto, **não é apenas um princípio da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional.** [...] a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida<sup>36</sup>. (Grifo nosso)

Em outras palavras, a dignidade é inerente a todo ser humano e advém de sua própria condição como humano. Não é simplesmente um princípio, mas um fundamento, uma razão pela qual o Estado existe, e, seu descumprimento importaria em uma violação ao próprio Estado. Sendo inerente às pessoas, não pode dela se separar.

Como um valor supremo no qual o próprio Poder Estatal se funda, dele decorrem todos os direitos fundamentais, que não são concretizados se não observada a dignidade da pessoa humana. Como exemplo, tem-se o direito à vida, afinal, o ser humano possui direito não somente de existir, mas a ter uma

<sup>36</sup> SILVA, José Afonso da, 2012, p. 40 *apud* SANTOS, Mirian Andrade. O princípio da dignidade humana e a seguridade social. **Revista de Direito do**

**Trabalho.** São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro - dezembro, 2012, p. 2.

existência digna, de modo que deve ser lhes resguardado ao menos o mínimo necessário para sua vivência, consoante o excerto abaixo:

O princípio da dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios que se pode considerar incorporado ao patrimônio da humanidade [...]. Dele se extrai o **sentido mais nuclear dos direitos fundamentais**, para tutela da liberdade, da igualdade e para a promoção da justiça. No seu âmbito se inclui a proteção do *mínimo existencial*, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral. **Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade.** O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme visão subjetiva de quem elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui, pelo menos: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos<sup>37</sup>. (Grifo nosso)

Assim, um indivíduo que vive em uma condição miserável, privado de saúde básica ou de educação fundamental, ainda que viva, não o faz com dignidade, e, portanto, tem seus direitos violados, pois a condição básica para sua existência não está sendo respeitada.

Neste sentido, é evidente a relação dos direitos sociais com a dignidade humana, eis que são estes direitos que representam uma prestação positiva por parte do Estado, com vistas a promover melhores condições

de vidas aos mais frágeis socialmente, atingindo, assim a igualdade material.

Importa ressaltar, desde já, que a preocupação dos direitos sociais em dar melhores condições àqueles que passam por privações de qualquer natureza, tornando-se mais desfavorecidos, não implica em um esquecimento daqueles que não se encontram em situação de fragilidade, pois, novamente, o que se pretende é igualá-los. Isto porque, decorrência do princípio da isonomia, agora em seu âmbito formal, todos são iguais e, portanto, todos possuem os seus direitos resguardados e observados. Destarte, os direitos sociais, e, por conseguinte, a Seguridade Social, estão intrinsecamente relacionados aos objetivos fundamentais do Estado<sup>38</sup>, listados no art. 3º da CF/88, quais sejam:

Art. 3º [...] I – **construir uma sociedade livre, justa e solidária;**

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – **erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;**

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (Grifo nosso)

Evidentemente estes direitos possuem uma relação mais íntima com os objetivos previstos nos incisos I e III, sendo fundamentais para a concreção destes. Deste modo, percebe-se que são

<sup>37</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>38</sup> CARVALHO, Mário César de; VIEIRA, Joice Geremias. O impacto social da renda per capita na concessão do benefício de prestação continuada. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro – dezembro, 2011.

instrumentos pelos quais o Estado atinge os benefícios traçados na Constituição.

Ademais, o estudo da Seguridade Social, para ser completo e efetivo, deve-se prestar não apenas em compreender o seu caráter social, mas conhecer e desvendar seus objetivos, os quais estão listados no parágrafo único do art. 194 da CF/88, transcrito abaixo:

Art. 194. [...]

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

- I – universalidade da cobertura e do atendimento;
- II – uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III – seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV – irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V – equidade na forma de participação no custeio;
- VI – diversidade da base de financiamento;
- VII – caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

O primeiro destes objetivos refere-se à universalidade da cobertura e do atendimento. Podemos dividir este objetivo em dois: quanto a universalidade da cobertura e quanto a universalidade do atendimento.

Desde já, nota-se que universalidade é característica de todos os direitos fundamentais, visto que estes destinam-se a

todos<sup>39</sup>. Todavia, no caso em apreço, a universalidade da cobertura determina que todas as situações de risco social que possam gerar necessidades estarão abrangidas pela seguridade social; a universalidade de atendimento, por sua vez, implica que todas as pessoas, sem distinção, possuem direito subjetivo e constitucional à seguridade social<sup>40</sup>.

Em outras palavras, a seguridade social destina-se a todas as pessoas necessitadas, sem distinção, constituindo-se em um direito constitucional destas, cobrindo todo risco social do qual possa se advir alguma necessidade. Por esta expressão “risco social”, deve-se entender adversidades da vida, como doenças e morte.

Sendo a seguridade o programa que inaugura o título de Ordem Social na Constituição, bem como o principal de atuação do Estado neste contexto, a universalidade é que assegura que este programa se ajustará aos objetivos da justiça e do bem-estar comum, traçados para esta Ordem<sup>41</sup>.

Por outro lado, o segundo objetivo, referente à uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços a populações urbanas

<sup>39</sup> TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. 15. ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2014.

<sup>40</sup> BALERA, Wagner. Previdência e Assistência Social. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos

Valder do (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, v.2.

<sup>41</sup> BALERA, Wagner. Previdência e Assistência Social. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, v.2.

e rurais, trata da igualdade entre a população das zonas urbanas e rurais, superando as diferenças histórico-culturais que as separam e tratando-as de forma igual. Entretanto, este tratamento igualitário “não significa que o tratamento deva ser exatamente igual para todos, admitindo-se pequenas diferenças para atender às peculiaridades eventualmente existentes<sup>42</sup>”. Desde já, percebe-se que a noção de igualdade adotada é denominada por Aristóteles como igualdade distributiva, que assegura que os aos iguais deve-se a mesma quantidade de benefícios ou obrigações, e aos desiguais são devidas partes diferentes de acordo com suas desigualdades<sup>43</sup>.

Busca-se, em outras palavras, o equilíbrio. Isto porque, dar a cada um a mesma parcela de direitos e obrigações, ignorando-se as peculiaridades que os diferencia, não se trata de fazer justiça, vez que os mais necessitados continuarão em desvantagem, por assim dizer, se comparado aos demais. Essa concepção de igualdade também está vinculada ao terceiro objetivo, consistente na seletividade e distributividade na

prestação dos benefícios e serviços. De acordo com este fim, embora haja uma universalização da seguridade social, ela é amenizada pela seletividade, que condiciona o recebimento de benefícios à necessidade, dando vantagem aos mais carentes<sup>44</sup>.

Assim, a seletividade consiste, justamente, em selecionar as pessoas necessitadas para o recebimento de um determinado serviço ou assistência de um programa, conforme assevera o trecho a seguir:

A seletividade surge [...] como critério legítimo de escolha das camadas da população mais necessitadas dos serviços. Pense-se, *verbi grata*, num programa destinado a suprir a carência de alimentos básicos de crianças e estaremos diante de uma prestação coletiva. Todas as crianças desnutridas deverão ser assistidas<sup>45</sup>. [...]

Por outro lado, a distributividade não necessariamente corresponde a partilha de uma prestação em partes exatamente iguais, somente porque a universalidade é uma característica da seguridade social. Deve haver, portanto, uma correspondência entre a prestação fornecida pela seguridade social e a necessidade do cidadão em recebê-la. Afinal, “[...] a exigência do bem comum, que o ideal da justiça distributiva evoca, não

<sup>42</sup> TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 4.

<sup>43</sup> BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

<sup>44</sup> TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. 15. ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2014.

<sup>45</sup> BALERA, Wagner. Previdência e Assistência Social. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2, p. 417.

serão atendidas pela mecânica e automática partilha do rol de prestações em partes iguais. Que se aquinhoem com melhores prestações aqueles que demonstrem maiores necessidades<sup>46</sup>”.

Neste sentido, observa-se que os parâmetros da seletividade e distributividade vêm para promover uma melhor efetivação da seguridade social, identificando quem são os verdadeiros necessitados do programa. Até mesmo porque, se assim não fosse, não seria viável este sistema, pois caso os benefícios fossem concedidos de maneira tão ampla, tornar-se-ia economicamente impossível para o Estado arcar com tamanha despesa.

Por outro lado, a irredutibilidade dos benefícios é similar a irredutibilidade de salário mínimo, previsto no art. 7º, IV da CF/88 e tem como fim manter o poder aquisitivo das prestações pecuniárias<sup>47</sup>. Ambas estas irredutibilidades constitucionalmente previstas são fruto de um longo processo histórico. O valor das prestações, em tempos passados, era exorbitante se comparado aos valores que os trabalhadores recebiam a título de

remuneração. Ademais, como a inflação se mantinha constantemente em alta, o poder do empregado nunca era suficiente para suprir todas as suas necessidades.

Nesta senda, o objetivo da irredutibilidade dos benefícios implica no reflexo do desenvolvimento econômico nas prestações, isto é, caso haja desenvolvimento econômico, este deve refletir-se nas prestações recebidas pela seguridade social, de modo que haja, simultaneamente, uma melhoria na qualidade de vida dos beneficiários<sup>48</sup>.

Podemos citar como exemplo, o benefício de prestação continuada (BPC), prestado no âmbito da assistência social, que será tratada mais adiante. Este benefício possui previsão constitucional no art. 203, V da CF/88, o qual lhe impõe o valor de um salário mínimo mensal

Noutra senda, o quinto objetivo, referente à equidade na forma de participação no custeio, também está intrinsecamente relacionado ao princípio da isonomia. Mais uma vez, deve-se observar a igualdade sob a ótica aristotélica, sendo errôneo afirmar que todos serão tributados da mesma forma,

---

<sup>46</sup> BALERA, Wagner. Previdência e Assistência Social. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2, p. 417.

<sup>47</sup> TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. 15. ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2014.

<sup>48</sup> BALERA, Wagner. Previdência e Assistência Social. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2.

afinal, a empresa possui maior capacidade econômica que os indivíduos, e, dentre estes, há sempre aqueles que possuem maior capacidade contributiva<sup>49</sup>

O que se pretende com esse objetivo, na verdade, é garantir a igual cobrança daqueles que se encontrem em iguais circunstâncias, pois seria flagrantemente injusto tributar, por exemplo, o empregador, dono de uma indústria renomada, detentor de grande poder aquisitivo, da mesma forma que se tributa um trabalhador, que possui como remuneração mensal o valor correspondente a um salário mínimo.

Por certo, através deste objetivo e do seguinte — da diversidade da base de financiamento —, manifesta-se a solidariedade gerenciada pelo Estado, eis que vários setores sociais participam da arrecadação dos benefícios em prol dos mais carentes<sup>50</sup>.

Neste sentido, o art. 195, *caput* da CF/88 dispõe que o financiamento da seguridade social será feito por toda a sociedade, de forma direta ou indireta, mediante recursos provenientes do orçamento dos entes federativos e de contribuições sociais enumeradas no rol deste dispositivo. Em seus incisos, este artigo estabelece a forma

de financiamento de cada integrante da sociedade.

Por fim, o sétimo e último objetivo previsto no art. 194 da CF/88, em seu inciso VII, referente ao caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregados, dos aposentados e do governo nos órgãos colegiados, procura consolidar o vínculo da Seguridade Social com a democracia, vez que, participando as pessoas supramencionadas, como os trabalhadores, nas decisões em matérias do instituto em pauta, protegem-se os interesses minoritários<sup>51</sup>.

Tal objetivo está em consonância com o art. 10 da CF/88, que assegura a “[...] participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação”.

É justa a participação destes indivíduos nos órgãos colegiados, pois são estes os principais interessados nos assuntos que ali serão debatidos. Afinal, além de custear, direta ou indiretamente a seguridade social, as matérias em discussão sobre eles

---

<sup>49</sup> BALERA, Wagner. *Previdência e Assistência Social*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, v.2.

<sup>50</sup> TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. 15. ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2014.

<sup>51</sup> TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. 15. ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2014.

incidem, de modo que ninguém melhor do que os trabalhadores, os empregadores e os aposentados para opinarem e influírem em decisões, cujos principais efeitos e consequências são eles quem sofrerão.

Em igual sentido, tem-se a seguinte manifestação:

Os trabalhadores terão argumentos a respeito de certos problemas que afetam a atuação dessa classe, cuja solução depende de medidas previdenciárias e assistenciais. Os empresários, sensíveis à questão social, saberão refletir o pensamento das classes produtoras sobre providências que confirmam melhor tranquilidade aos obreiros, a fim de que a produtividade se desenvolva com segurança. Por fim, os aposentados, diretamente beneficiários da seguridade social, operam com valores que dizem respeito à sua própria experiência de vida e situam, concretamente, questões que afetam a seguridade que o direito confere à sua definitiva posição jurídica<sup>52</sup>.

Além de os principais interessados e sofrerem diretamente as consequências das decisões nestas matérias, são estas figuras que possuem uma relação mais íntima com a seguridade social. O aposentado, por exemplo, em seu cotidiano, lida com os efeitos de sua aposentadoria e administra o valor que lhe é prestado, portanto, será ele quem irá sofrer com uma eventual modificação em seus direitos ou forma de prestação destes.

Com relação à descentralização administrativa, é importante salientar que a

Seguridade possui um órgão administrativo distinto da estrutura do Estado brasileiro, vez que se trata de uma autarquia federal, integrante da Administração Pública indireta, e não direta, como os entes da federação — União, Estados, Distrito Federal e Municípios —, qual seja, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)<sup>53</sup>.

Isto posto, cumpre destacar, em análise exaustiva do art. 194 da CF/88 que a Seguridade Social é o gênero de três espécies, quais sejam: Saúde, Previdência Social e Assistência Social.

A saúde está prevista nos arts. 196 a 200 da CF/88, e, como espécie da Seguridade Social, é um direito de todos e um dever do Estado. Este direito é “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, conforme preceitua o art. 196 da CF/88.

Trata-se, portanto, de um direito fundamental, diretamente relacionado ao direito a vida e à dignidade da pessoa humana. Está previsto, junto às demais espécies de Seguridade Social, no rol do art.

<sup>52</sup> BALERA, Wagner. Previdência e Assistência Social. IN: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, v.2, p. 424.

<sup>53</sup> CARVALHO, Marco César de. Seguridade social: proteção da concepção a morte. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, março - abril, 2013.

6º da CF/88, possuindo natureza social, que, por sua vez, como mencionado anteriormente, não exclui o seu *status* de fundamental, sendo, também protegido por cláusula pétrea. Ademais, é, assim como os outros direitos que também compartilham este *status*, inerente à pessoa e inviolável<sup>54</sup>. A sua importância é tamanha que não se pode relegar a obrigação de prestar este direito a um ente de forma isolada, ainda que este ente seja a União, pelo contrário, este direito obriga a todos os entes federativos<sup>55</sup>. Deste modo, não pode um dos entes eximir-se deste dever alegando que esta é uma incumbência de outro, pelo contrário: todos são solidariamente responsáveis.

Por outro lado, os arts. 201 e 203 da CF/88 cuidam da Previdência Social. Este instituto diferencia-se da Assistência Social porque aqui a contribuição é obrigatória, conforme ilustra o art. 201, abaixo transcrito:

**Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória**, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

- I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
- II – proteção à maternidade, especialmente à gestante;
- III – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

<sup>54</sup> NASCIMENTO, Carlos Valder do. Direito fundamental à saúde. IN: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, v.2.

IV – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda

V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. [...] (Grifo nosso)

Do *caput* deste dispositivo, duas características relevantes deste sistema: o caráter contributivo e a filiação obrigatória. Deste modo, fará jus aos benefícios fornecidos pela Previdência Social apenas aqueles que se filiarem ao regime geral.

Os incisos I ao V descrevem os riscos que são cobertos pela Previdência Social, estando relacionados a doença, invalidez, morte, idade avançada, maternidade, proteção ao trabalhador desempregado de modo involuntário, dependentes de segurados de baixa renda e morte do segurado. Destes riscos originam-se inúmeros benefícios.

Os beneficiários serão, portanto, os trabalhadores, isto é, aqueles que exerçam atividade remunerada e seus dependentes, bem como aqueles que, de forma facultativa, resolvam-se inscrever no Regime Geral de Previdência Social (RGPS), bem como os dependentes de segurados, ou seja, aqueles que, em razão de um fato ou por presunção legal, estão colocados sob a proteção do segurado por

<sup>55</sup> NASCIMENTO, Carlos Valder do. Direito fundamental à saúde. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, v.2.

não possuem meios de prover sua própria subsistência<sup>56</sup>.

Deste modo, há segurados com filiação obrigatória e aqueles com filiação facultativas, que são diferenciados por legislação infraconstitucional que se destina a regulamentar a Previdência Social, qual seja, a Lei n. 8.213/91.

Por fim, há a Assistência Social, que, conforme mencionado anteriormente, trata-se de uma espécie de Seguridade Social não contributiva.

### 2.3 Assistência Social: política de Seguridade Social não contributiva

A Assistência Social é um ramo do Direito da Seguridade Social, com origem na assistência pública, onde o Estado deveria dar condições mínimas de sobrevivência àqueles que não possuíssem meios e/ou condições de se sustentar<sup>57</sup>.

Cuida-se, simultaneamente, de um direito e um dever, a depender do polo em que se analisa: em relação ao sujeito passivo, o cidadão, trata-se de um direito de natureza social e *status* fundamental, em contrapartida, quanto ao Estado, sujeito

ativo, nada mais é do que uma obrigação, consoante o trecho a seguir:

A assistência social é um plano de prestações sociais mínimas e gratuitas a cargo do Estado para prover pessoas necessitadas de condições dignas de vida. É um direito social fundamental e, para o Estado, um dever a ser realizado através de ações diversas que visem atender às necessidades básicas do indivíduo, em situações críticas da existência humana, tais como maternidade, infância, adolescência, velhice e para pessoas portadoras de limitações físicas<sup>58</sup>.

Portanto, resta evidenciado, desde já, a relação deste sistema com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Noutro giro, verifica-se que as prestações desta natureza são gratuitas porque não há necessidade de contribuição para que o cidadão tenha suas necessidades atendidas, bastando que preencha os requisitos previstos na legislação especial, daí a sua classificação como política “não contributiva”, conforme preceitua o art. 1º da Lei 8.742/1993.

Neste sentido, tem-se a manifestação a seguir:

A assistência social destina-se a garantir o sustento, provisório ou permanente, dos que não têm condições para tanto. Sua obtenção caracteriza-se pelo estado de necessidade de seu destinatário e pela gratuidade do benefício, uma vez que, para seu recebimento, é indiferente que a pessoa contribua com a seguridade social. Necessitados são, nesse contexto, todos aqueles que, de acordo com o dispositivo legal, não possuam condições de garantir seu mínimo existencial. Não se trata de conceder

<sup>56</sup> BALERA, Wagner. Previdência e Assistência Social. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2.

<sup>57</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

<sup>58</sup> TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 18.

boas condições de vida aos seus destinatários, mas o suficiente para manutenção de sua dignidade<sup>59</sup>.

Por óbvio, conforme ressalta o trecho acima, a finalidade da Assistência Social não é garantir um alto padrão de vida a todos, pois isso o Estado não consegue realizar tamanho dispêndio monetário sem que haja falência em outros setores, gerando uma crise econômica insustentável. O que se pretende com a Assistência, é, portanto, dar aos necessitados o mínimo necessário para que possa viver com dignidade.

Este instituto foi inserido na Carta Magna de 1988 nos arts. 203 e 204, que dispõem os seus objetivos e estabelecem suas diretrizes, respectivamente.

Desta feita, considerando o art. 203 da CF/88, são os objetivos da Assistência Social: proteger a família, a maternidade, a infância, a adolescência e a velhice; amparar as crianças e adolescentes carentes; promover a integração ao mercado de trabalho; habilitar e reabilitar das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; garantir um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

A legislação a que se refere o último objetivo é a lei especial que disciplina especificamente a Assistência Social. Tempos atrás, todavia, este instituto era estudado junto à Previdência Social. Entretanto, em 7 de dezembro de 1993 foi promulgada a Lei n. 8.742, ou seja, a Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), que assumiu o papel de regulamentar o instituto em pauta.

### 2.3.1 Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS)

Como legislação infraconstitucional, a LOAS organiza a Assistência Social, acrescenta outros objetivos àqueles previstos constitucionalmente, expõe os princípios que norteiam esta política e elenca os benefícios e serviços fornecidos por ela.

O art. 2º da retromencionada lei em muito se assemelha ao art. 203 da CF/88, que trata dos objetivos da Assistência Social. Na realidade, permanecem, na norma infraconstitucional, os mesmos objetivos previstos no texto constitucional com alguns acréscimos, conforme vê-se no dispositivo destacado abaixo:

Art. 2º A assistência social tem por objetivos:

---

<sup>59</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, 2012, p. 728 *apud* BASTOS, Juliana Cardoso Ribeiro. Panorama e concretização constitucional da assistência social.

**Revista de Direito Constitucional e Internacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, abril - junho, 2013, p. 3.

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

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

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

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

Parágrafo único. Para o enfrentamento da pobreza, a assistência social realiza-se de forma integrada às políticas setoriais, garantindo mínimos sociais e provimento de condições para atender contingências sociais e promovendo a universalização dos direitos sociais. (Grifo nosso)

Cotejando os dispositivos constitucional e infraconstitucional supramencionados, percebe-se, então, que a essência é a mesma.

De outra feita, cumpre salientar, que, em que pese a Carta Magna tenha previsto a edição de lei infraconstitucional para regular mais especificamente quanto à Assistência Social, como se extrai na parte final do inciso V do art. 203 da CF/88, não pode uma norma desta natureza contrariar o disposto no texto constitucional.

Isto se deve à supremacia da Constituição, conforme destaca o trecho a seguir:

A Constituição, portanto, é dotada de superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema e, como consequência, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela incompatível. Para assegurar essa supremacia, a ordem jurídica contempla um conjunto de mecanismos conhecidos como *jurisdição constitucional*, destinados a, pela via judicial, fazer prevalecer os comandos contidos na Constituição. Parte importante da jurisdição consiste no controle de constitucionalidade, cuja finalidade é declarar a invalidade e paralisar a eficácia dos atos normativos que sejam incompatíveis com a Constituição<sup>60</sup>.

Assim sendo, não poderá uma lei contrária aos ditames da Carta Magna continuar subsistindo, eis que os dispositivos constitucionais se encontram em grau superior na hierarquia de normas jurídicas — a expressão “Lei Maior” que se utiliza para referir-se à Constituição evidencia essa condição de superioridade —, eis que cuida de estruturar o Poder e dispor acerca dos direitos fundamentais.

Não faria sentido a existência de uma Carta Política do Estado se assim não fosse. Afinal, se porventura se admitissem legislações opostas às regras e princípios constitucionais, seria a Magna Carta meramente simbólica, não havendo razão para existir.

Noutro giro, o art. 4º da LOAS informa os princípios pelos quais é regida a Assistência Social, quais sejam: supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica; universalização dos direitos sociais, a fim

---

<sup>60</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 107.

de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas; respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária, proibindo-se qualquer comprovação vexatória de necessidade; igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais; e divulgação ampla dos benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais, bem como dos recursos oferecidos pelo Poder Público e dos critérios para sua concessão.

Neste sentido, é de suma importância observar que o primeiro objetivo, previsto no inciso I do art. 4º da LOAS demonstra que, o que realmente interessa para a Assistência Social é atender às necessidades sociais.

Sendo uma espécie da Seguridade Social, este sistema está intrinsecamente relacionado aos objetivos previstos no art. 3º da CF/88, especialmente ao inciso III do retromencionado dispositivo, que versa sobre a redução das desigualdades sociais e erradicação da pobreza<sup>61</sup>. Isto porque, ao assegurar o mínimo para a sobrevivência com dignidade, o legislador procurava

erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, consoante o supramencionado inciso do dispositivo constitucional.

No mais, insta salientar que, de acordo com o art. 8º da LOAS, todos os entes federativos — União, Estados, Distrito Federal e Municípios —, de acordo com os princípios e diretrizes desta lei, fixarão suas Políticas de Assistência Social. Por outro lado, o art. 10 desta legislação autoriza o convênio entre os entes e entidades e organizações assistenciais, conforme os planos aprovados pelos respectivos conselhos.

O art. 11 da LOAS, por sua vez, determina que as ações dos três níveis de governo — federal, estadual e municipal — refere à assistência social realizar-se-ão de forma articulada, cabendo a coordenação e normas de caráter geral à União e a coordenação e execução dos programas, em cada uma de suas esferas, aos demais entes. Deste modo, os arts. 12 a 15 da Lei n. 8.742/93 determinam a competência de cada um dos entes federativos.

Ademais, a LOAS, em seus arts. 23 e 24 regulamenta os programas e serviços assistenciais: os primeiros compreendem ações integradas que possuem objetivos, tempo e área de abrangência definidos com

prestação continuada. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

---

<sup>61</sup> PEDRON, 2006, *apud* CARVALHO, Marco César de; VIEIRA, Joice Geremias. O impacto social da renda per capita na concessão do benefício de

intuito de qualificar, incentivar e melhorar os benefícios e os serviços desta natureza; os serviços, por sua vez, são atividades prestadas de forma continuada que objetivam a melhoria de vida da população e cujas ações, direcionadas para as necessidades básicas, seguem os objetivos e princípios previstos na LOAS e mencionados anteriormente<sup>62</sup>.

Destes programas e serviços, destaca-se no Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, o Sistema Único de Assistência Social (SUAS), que, dentre outros programas, serviços e benefícios, está inserido o benefício de prestação continuada (BPC)<sup>63</sup>, principal benefício da Assistência Social.

Trata-se de um benefício pago no valor de um salário mínimo, conforme preceitua o art. 20, *caput*, da LOAS, ao idoso e ao portador de deficiência que comprovem não possuir meios de promover sua própria subsistência ou de tê-la provida por sua família.

Aludido benefício possui diversas características e peculiaridades, bem como traz consigo inúmeras exigências, tendo se transformado com o passar dos anos e evoluir da sociedade brasileira. Para compreendê-lo em sua essencialidade e principalmente entender sua importância no

âmbito da Assistência Social faz-se necessário o estudo pormenorizado de cada uma de suas características, o que será realizado posteriormente.

### 3. ESTRUTURA E ORGANIZAÇÃO DO ESTADO: A DISCIPLINA TRIPARTITE E O PODER JUDICIÁRIO

A Lei Maior de 1988, em sua essência, cuida de estabelecer os direitos fundamentais e estruturar o Estado, de modo a impedir a arbitrariedade daqueles que desempenham as funções governamentais do Estado.

Para que se compreenda a estrutura e organização política do Estado e seus reflexos na sociedade, faz-se necessário estudar certos preceitos e conhecer a história por trás deles. Tais preceitos são: a tripartição do Poder e a organização dos Poderes que adveio desta teoria, dando enfoque, especialmente, no Poder Judiciário, foco do presente trabalho.

#### 3.1 Tripartição do Poder

Desde logo aprende-se a organização política do Estado e conhece, ainda que superficialmente, a teoria da separação dos

---

<sup>62</sup> TEIXEIRA, Denilson Victor Machado. **Manual de Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Imperium, 2009.

<sup>63</sup> TEIXEIRA, Denilson Victor Machado. **Manual de Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Imperium, 2009.

Poderes, que os divide em Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, cada um com suas funções típicas e atípicas.

Referida divisão está expressa no art. 2º da CF/88, que determina que são “[...] Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Conforme se percebe, aludido dispositivo, além de apresentar a disciplina tripartite que estrutura o Estado, também estabelece a independência e harmonia, no sentido de que nenhum Poder está subordinado ao outro. Entretanto, antes de compreender do que realmente se trata esta independência e harmonia, é necessário conhecer o surgimento desta teoria, e, concomitantemente, entender o que é, de fato, o Poder e seu impacto na sociedade brasileira.

### 3.1.1 Evolução histórica: o ideal de Montesquieu

A teoria tripartite fora sistematizada no Estado absolutista, isto é, Estado em que o monarca detinha o Poder soberano, poder esse que se desviara das necessidades

sociais, políticas e econômicas vigentes, tornando-se um pessoal, servindo apenas aos abusos pessoais da autoridade do rei<sup>64</sup>.

Observa-se que é correto dizer que fora sistematizada no Estado absolutista, pois Montesquieu de fato empregou esta teoria como modo de resguardar a liberdade, todavia, houveram precursores, como Aristóteles, que distinguiu a Assembleia-Geral, o corpo de magistrados e o corpo judiciário; Wolf e Puffendorf, através das *partes potentiales summi imperii*, assemelhando-se à técnica estabelecida pelo filósofo iluminista supracitado e John Locke, que preocupou-se em distinguir quatro Poderes: Executivo, Legislativo, Judiciário e a prerrogativa, que é de incumbência do príncipe, que, por sua vez, também terá a tarefa de promover o bem comum quando a lei for omissa<sup>65</sup>.

A teoria tripartite de Montesquieu, então, foi organizada e sistematizada em razão das inúmeras arbitrariedades cometidas pelo governante do Estado — o monarca —, com fim de evitar a interferência estatal nas decisões judiciais, eis que, naquela época, o Poder Judiciário era órgão extremamente à vontade dos soberanos<sup>66</sup>. Neste sentido, observa-se que:

<sup>64</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

<sup>65</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

<sup>66</sup> ARANHA FILHO, Adalberto José Queiróz Telles de Camargo; ARANHA, Marina Domingues de

Castro Camargo. A legitimidade constitucional do ativismo judicial. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro – março, 2014.

Então, a solução encontrada por Montesquieu foi a divisão de funções do Estado, criando a teoria da separação dos Poderes. Para ele, a maior liberdade possível a ser concedida para os cidadãos pelo Estado decorre da existência de vários Poderes que se opõem entre si e moderam-se reciprocamente, impedindo abusos<sup>67</sup>. [...]

Isto porque, a concentração de todo o Poder nas mãos de uma só pessoa, como o monarca, por exemplo, facilita o cometimento de diversas arbitrariedades. Em um Estado absolutista, o Poder passa a ser exercido de forma a favorecer o monarca, que não se preocupa em atender as necessidades da sociedade. Torna-se, portanto, um poder pessoal e absoluto. Absolutismo este que decorre do fato de não haver nenhuma maneira de limitar o poder do monarca.

Além disso, no absolutismo a burguesia, embora detivesse o poder econômico, continuava sendo politicamente explorada, motivo pelo qual rebelou-se, com intuito de libertar-se das correntes do absolutismo, dando origem ao Estado Liberal, subsistindo, entretanto, a necessidade de consolidar o domínio político pelos burgueses, o que somente poderia ocorrer

com a limitação do poder absoluto do Estado<sup>68</sup>

Daí o surgimento da disciplina tripartite, que atuaria, basicamente, como um sistema freios e contrapesos, de modo que um poder limitaria o outro, equilibrando-se reciprocamente.

De acordo com esta teoria, quando apresentada Montesquieu, o Poder Legislativo deveria incumbir-se de elaborar as leis conforme a época, aperfeiçoá-las e ab-rogá-las, quando necessário; o Executivo, a ser exercido pelo príncipe ou magistrado, encarregar-se-ia da paz e da guerra, enviando e recebendo embaixadores, cuidando da segurança e evitando invasões; o Judiciário, por fim, daria a possibilidade de o príncipe ou magistrado punir crimes e julgar conflitos civis<sup>69</sup>.

Por óbvio, esta disciplina não permanece, na atualidade, idêntica ao momento em que fora sistematizada, tendo sido modificada em alguns pontos. Todavia, naquela época, referida teoria revelou-se como uma excelente forma de limitar o Poder, pois divididos, não seria tão fácil cometer abusos

---

<sup>67</sup> CANELA JUNIOR, 2011 *apud* ARANHA FILHO, Adalberto José Queiróz Telles de Camargo; ARANHA, Marina Domingues de Castro Camargo. A legitimidade constitucional do ativismo judicial. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro – março, 2014, p. 6.

<sup>68</sup> BONAVIDES, 2008, *apud* MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. Neoconstitucionalismo e

ativismo judicial: limites e possibilidades da jurisdição constitucional. **Doutrinas essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto, 2015.

<sup>69</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

que acabariam por massacrar a liberdade dos cidadãos ou deixá-los na miséria.

Aliás, esta divisão de funções, no ponto de vista do filósofo iluminista, faz com que seja possível alcançar a liberdade política, que, por sua vez, consiste em “[...] poder fazer o que se deve querer e em não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer<sup>70</sup>”. Todavia, deve-se atentar para o fato de que: “[...] a liberdade é o direito de fazer tudo que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem ele já não teria liberdade, pois os outros também teriam este poder<sup>71</sup>”.

Referido posicionamento assemelha-se à ideia de Kant, que defende a coexistência das liberdades individuais, defendendo bravamente que a liberdade de um é limitada pela de outrem<sup>72</sup>.

Neste sentido, percebe-se que liberdade é ter a possibilidade de fazer tudo que deseja, desde que a lei permita. Se assim não fosse, se um cidadão pudesse fazer tudo que é defeso pela legislação, de nada adiantaria a liberdade, pois não haveria um limite, já que todos poderiam fazer exatamente o mesmo, o que resultaria em inúmeras violações a direitos que hoje são tidos como

fundamentais. Outrossim, não faria sentido a existência da lei, já que elas não regulariam a conduta dos cidadãos, vez que estes não se importariam com a legalidade de seu comportamento.

Aliás, acerca do conceito de lei, dispõe Montesquieu que:

A lei, em geral, é a razão humana, enquanto governa todos os povos da terra; e **as leis políticas e civis de cada nação devem ser apenas casos particulares onde se aplica esta razão humana**. Devem ser tão próprias ao povo para o qual foram feitas que seria um acaso muito grande se as leis de uma nação pudessem servir para outra. **Devem estar em relação com a natureza e com o princípio do governo que foi estabelecido, ou que se pretende estabelecer, quer se elas o formam, como é o caso das leis políticas; quer se o mantêm, como é o caso das leis civis**. Devem ser relativas ao *físico* do país; ao clima gélido, escaldante ou temperado; à qualidade do terreno, sua situação e grandeza; ao gênero de vida dos povos, lavradores, caçadores ou pastores; devem estar em relação com o grau de liberdade que sua constituição pode suportar; com a religião de seus habitantes, com suas inclinações, com suas riquezas, com seu número, com seu comércio, com seus costumes, com seus modos. Enfim, elas possuem relações entre si; possuem também relações com sua origem, com o objetivo do legislador, com a ordem das coisas sobre as quais foram estabelecidas. **É de todos estes pontos de vista que elas devem ser consideradas**<sup>73</sup>. (Grifo nosso)

Assim sendo, a lei, segundo a ótica de Montesquieu, deve, sempre, referir-se à sociedade para a qual foi criada, sob pena de revelar-se ineficaz e injusta. Isto porque, para a criação da legislação deve levar-se em consideração a sociedade, a época e as

<sup>70</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 166.

<sup>71</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 166.

<sup>72</sup> NOVAIS, Alinne Arquette Leite. A justiça social em Aristóteles, Kant e Rawls. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro – março, 2004.

<sup>73</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 16-17.

circunstâncias sob as quais determinado povo se encontra, afinal, cada comunidade possui suas próprias peculiaridades, resultantes de um longo e árduo processo histórico-cultural.

Ora, o processo de colonização, de formação, de independência e de desenvolvimento de uma determinada sociedade são fundamentais para definir suas particularidades. Os conflitos internos, sociais e econômicos, indubitavelmente contribuem para formação e transformação do grupo social. Deste modo, é certo que nenhuma nação é idêntica à outra, por mais parecidas que sejam.

Ademais, como mencionado anteriormente, deve-se levar em conta a época em que determinada legislação foi criada, pois, as sociedades passam por inúmeras transformações no decorrer do tempo, devendo o direito acompanhá-las, sob pena de ser ineficaz.

Neste sentido, tem-se o excerto abaixo:

[...] Para que o Direito seja efetivo processo de adaptação é indispensável que preencha vários requisitos. **Em primeiro lugar, é necessário que esteja devidamente ajustado ao momento histórico, em consonância com os fatos da época.** As normas jurídicas devem não apenas ordenar as relações sociais como também consagrar fórmulas que expressem o querer coletivo. Se as leis não refletem [...] a natureza positiva das coisas, não há como se falar em adaptação social. Quando se diz que o legislador deve respeitar a vontade social, não se quer declarar que o povo detenha fórmulas jurídicas mais convenientes e sim ao se preparar um texto legislativo devem-se eleger valores e buscar

soluções compatíveis com as pretensões dominantes<sup>74</sup>. [...] (Grifo nosso).

Assim sendo, para que se ajuste adequadamente à sociedade para a qual foi criada, deve o direito estar atento, também, ao momento histórico em que esta se encontra.

Isto posto, conforme mencionado anteriormente, o conceito de tripartição do poder transformou-se com o passar dos anos. Tendo em vista estas transformações e o fato de que nenhum ordenamento jurídico é idêntico ao outro, em virtude das particularidades de cada grupo social, faz-se necessário compreender a disciplina tripartite atual, aplicada no ordenamento jurídico brasileiro.

### 3.1.2 Conceitos e definições que permeiam a disciplina tripartite na atualidade brasileira

O poder pode ser conceituado como uma energia capaz de impor decisões, almejando a realização de determinados objetivos<sup>75</sup>. Neste sentido, o Estado é o grupo social máximo, detendo o poder político, também denominado de poder estatal, que é superior a todos os outros poderes sociais, os quais reconhece, rege e domina, tendo como fim

<sup>74</sup> NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 44.

<sup>75</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ordenar as relações entre esses grupos e os indivíduos entre si, de modo a manter um mínimo de ordem e estimular progresso visando sempre o bem comum<sup>76</sup>.

Isto posto, com fim de evitar a arbitrariedade do Estado, visando garantir a cada um dos cidadãos seus direitos e garantias fundamentais, adotou-se a teoria tripartite do poder, que consiste, em entregar cada uma das funções governamentais a um órgão ou poder distinto. Estes órgãos, conforme mencionado anteriormente, são também denominados de Poderes Constituídos, eis que instituídos pela Constituição Federal, que, por sua vez, foi elaborada pela Assembleia Constituinte, no exercício do Poder Constituinte Originário — também denominado de Primeiro Grau, Inicial ou Inaugural.

Tem-se, então, a independência e harmonia entre os Poderes que o art. 2º da CF/88 determina de modo expresso. A primeira significa que:

(a) [...] a investidura e a permanência das pessoas num órgão do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) [...] no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) [...] na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais ou legais<sup>77</sup> [...].

<sup>76</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

<sup>77</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 110.

Por sua vez a harmonia pode ser entendida:

[...] primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no direito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados<sup>78</sup>.

Mais uma vez resta demonstrada a função de freios e contrapesos da repartição do Poder, com intuito de evitar abusos por parte dos órgãos que exercem as funções governamentais. Trata-se da ideia de Montesquieu de contenção de poder por poder, de modo que nenhum deles é absoluto ou superior: todos se encontram na mesma hierarquia.

Ademais, ainda que sejam os Poderes independentes, esta independência é relativa na medida em que um órgão fiscaliza o outro, zelando pelo respeito às normas constitucionais, e, por conseguinte, aos direitos e garantias fundamentais. Assim, é certo dizer que a harmonia vem para dar equilíbrio a esta divisão de funções. Quanto aos Poderes Constituídos existentes na atualidade, é preciso destacar que dois deles recebem funções essencialmente

<sup>78</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 110.

políticas — Executivo e Legislativo —, sendo eleitos pelo povo, ao passo que o Poder Judiciário possui atribuições fundamentalmente técnicas<sup>79</sup>.

Em outras palavras, o acesso aos Poderes Executivo e Legislativo dá-se por meio do voto, onde, o cidadão do povo exercita seu poder político e elege seus representantes — vez que o Brasil é uma democracia semidireta ou representativa — nas esferas Federais, Estaduais e Municipais. Noutra senda, o acesso ao Poder Judiciário, em primeiro grau de jurisdição, ocorre por meio de concurso público de provas e títulos, no qual busca-se avaliar a técnica e o conhecimento do candidato.

Uma vez esclarecido o modo de ingresso, é preciso ter em mente que cada um destes Poderes possui funções típicas — própria, inerentes ao exercício do órgão — e atípicas — funções não tradicionais, que em tese deveriam ter sido incumbidas a outro Poder. Nesta senda, o Poder Legislativo possui como função típica ou tradicional, legislar e fiscalizar, e, atipicamente, possui tarefas administrativas, como a organização de suas Casas e judiciárias, sendo responsável pelo julgamento do Presidente da República e dos Ministros do STF em crimes de

responsabilidade<sup>80</sup>, consoante arts. 51, IV e 52, I, II e XIII da CF/88.

O Executivo, por sua vez, é tradicionalmente incumbido de cunho executivo, isto é, possui funções administrativas. Atipicamente exerce funções que, em regra, são legislativas e judiciárias, como a edição de medidas provisórias e leis delegadas e julgamento administrativo<sup>81</sup>

Por fim, o Poder Judiciário caracteriza-se por função tradicional jurisdicional, isto é, interpretar e aplicar as normas com fim de resolver casos concretos de modo definitivo, ou seja, fazendo coisa julgada e promovendo a pacificação social<sup>82</sup>. De modo não tradicional, o Judiciário exerce funções legislativas ao elaborar seu regimento interno, conforme art. 96, I, “a” da CF/88, bem como funções administrativas, explicitadas no art. 96, I, “b”, “c”, “d”, “e” e “f” da CF/88, portanto, acaba exercendo funções políticas e não exclusivamente técnicas.

Não há que se falar assim, em usurpação de competências de um Poder por outro, eis que essas funções atípicas decorrem da própria Lei Maior do Estado, bem como da própria disciplina tripartite. Percebe-se que

<sup>79</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>80</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

<sup>81</sup> ARAUJO, Luis Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

<sup>82</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

funções foram assim divididas com intuito de evitar, mais uma vez o abuso por parte de um dos órgãos governamentais. Afinal, tomando como exemplo o julgamento dos Ministros do STF por crime de responsabilidade, caso a Corte pudesse julgar seus próprios membros, haveria a possibilidade de a imparcialidade estar comprometida.

De mesmo modo, é preciso ter em mente que, não obstante o ingresso no Poder Judiciário em primeiro grau de jurisdição se dê por meio de concurso público de provas e títulos e aos tribunais de segundo grau ocorra através de promoção, o acesso aos tribunais superiores acontece através da indicação dos ministros pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, de modo que sofre maior influência política<sup>83</sup>. Tem-se, portanto, mais uma razão para que o julgamento do Presidente da República por crimes de responsabilidade seja realizado pelo Senado Federal e não pelo STF.

Ademais, acerca da repartição dos Poderes é preciso salientar que:

Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação dos poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e deste com o judiciário, tanto que

atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes*, que é característica do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as *técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes*<sup>84</sup>.

Ademais, atualmente têm sido propostas novas classificações para as funções estatais, com bases aparentemente mais científicas, pois a separação absoluta dos poderes torná-los-ia arbitrários e nocivos, justamente o que se ansiava evitar quando de sua sistematização<sup>85</sup>.

Trata-se de mais um claro exemplo da dinamicidade do direito, que deve sempre acompanhar o evoluir da sociedade. Afinal, desde que fora sistematizada a teoria da separação dos Poderes, a sociedade, e, com ela, o ordenamento jurídico, transformou-se diversas vezes.

Na atualidade não se tem mais o Estado absolutista, época em que vivia Montesquieu e outros filósofos iluministas, pelo contrário, o que se observa na contemporaneidade é que a independência absoluta entre os poderes governamentais, deixá-los-iam nocivos a comunidade, daí a necessidade de interferência de um Poder em outro em determinados casos, ou seja, faz-se necessária a observância da harmonia entre eles.

---

<sup>83</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>84</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 109.

<sup>85</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Por fim, urge mencionar que a tripartição do poder foi inserida no rol do art. 60, § 4º, III da CF/88, sendo considerado cláusula pétrea, isto é, não podendo ser abolido por simples emenda constitucional. Assim sendo, somente uma nova ordem jurídica, ou seja, uma nova Constituição Federal, advinda do exercício de uma nova Assembleia Constituinte, poderia suprimir a separação dos poderes.

### 3.2 A constitucionalização do Direito

Ora, se o direito é dinâmico, é certo que, no decorrer dos anos, existiram diversos movimentos jurídicos, correntes jurídico-filosóficas que nortearam o direito. Uma destas denomina-se neoconstitucionalismo, sendo comumente apontado como “constitucionalização do Direito” e “constitucionalismo contemporâneo”. Este movimento promove uma maior valorização dos valores, assim entendidos os direitos e garantias fundamentais. Entretanto, para melhor compreendê-lo faz-se necessário estudar o constitucionalismo moderno, isto é, o constitucionalismo do Estado Liberal.

Como mencionado anteriormente, o Estado Liberal surgiu como resposta da burguesia ao Estado absolutista, que concentrava todo o poder nas mãos do monarca. No liberalismo, a lei se tornou fonte suprema do direito, ao passo que a Constituição passou a exercer função de legitimar o poder, que é delegado pelo povo soberano e, simultaneamente, de impedir sua utilização abusiva<sup>86</sup>.

Neste momento tem-se o que se denomina de legicentrismo, sobre o qual manifesta-se o trecho abaixo:

A lei passa a ser, portanto, o instrumento utilizado para aplicar e interpretar a constituição, limitar o poder e manifestar a vontade popular. Este movimento, denominado legicentrismo, representava perfeitamente os ideais modernos da *segurança* (no caso, segurança jurídica) e *igualdade* (ao menos perante a lei). Em certo modo, tamanha era a confiança na lei, que entendemos possível afirmar que um dos traços característicos do constitucionalismo moderno era o de estar condicionado pela lei. Estabelecia os limites formais de competência e procedimento para que a lei pudesse manifestar a vontade popular. Os limites impostos ao poder eram, dessa maneira, formais; enquanto os limites materiais eram definidos pela própria lei<sup>87</sup>.

Assim, observa-se que o receio das classes em ver-se novamente exploradas por um poder absoluto e pessoal fez com que a lei se tornasse suprema, extirpando qualquer espécie de subjetivismo do Direito. Confiava-se que a lei proporcionaria maior segurança jurídica, tornando previsível a conduta do Estado e evitando arbitrariedade

---

<sup>86</sup> MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo:** bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

<sup>87</sup> MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo:** bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 24.

por parte dele, bem como defendia-se que a lei tornava todos iguais, vez que não seriam concedidos privilégios a uma ou outra pessoa, como acontecia no Estado absolutista. A conduta do Estado, portanto, tinha como começo e fim a lei.

Todavia, até mesmo o legicentrismo apresentou desvantagens. Isto porque, nos regimes totalitários, o governante do Estado detinha total poder sobre os direitos dos indivíduos, criando leis hegemônicas que, caso contrariadas, acarretariam diversas punições, inclusive físicas. Em alguns Estados totalitários, embora existissem os Poderes Legislativo e Judiciário, estes eram submissos ao Executivo.

Claro exemplo do totalitarismo no Brasil é o Estado Novo, implantado com a Constituição outorgada e extremamente autoritária de 1937, conhecida como “polaca” por ter sido inspirada em um modelo polonês<sup>88</sup>. Esta Carta Constitucional dissolveu o Poder Legislativo da União e dos outros entes federativos, o Presidente da República da época — Getúlio Vargas — tornou-se a autoridade suprema do Estado e passou a governar por meio de decretos-leis.

<sup>88</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

<sup>89</sup> MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do**

Portanto, no constitucionalismo contemporâneo não há essa devoção à lei, vez que após os regimes totalitários que se apresentaram no século XX, perdeu-se a confiança exacerbada de que a lei, por si só, seria um instrumento apto a limitar o poder, e, concomitantemente, assegurar a liberdade<sup>89</sup>.

Assim, de acordo com este movimento contemporâneo, a confiança na legislação não deve ser cega, porque até mesmo a lei pode revelar-se injusta e opressora, pois emana do próprio Poder, e, caso este Poder tenha suas finalidades desviadas, o desvirtuamento de seus objetivos refletir-se-á nas normas por ele elaboradas.

Portanto, o neoconstitucionalismo defende que a atividade judicial seja o ponto de equilíbrio entre razão, valores e vontades da maioria, busca uma concepção de direito que forneça algo mais que um simples conceito normativo e produção exclusivamente legislativa<sup>90</sup>.

Em outras palavras, esclarece o trecho abaixo:

O neoconstitucionalismo tem por objetivo superar as barreiras interpretativas impostas pelo positivismo legalista. A superação de tais obstáculos poderá ser viabilizada em três fontes: a) por intermédio da teoria das fontes, haja vista que a lei já não é mais a única fonte – a Constituição passa a ser fonte auto-aplicativa; b) por uma substancial alteração da teoria

constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

<sup>90</sup> MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

da norma, imposta pela nova concepção dos princípios, cuja problemática também tem relação com a própria fonte dos direitos; e c) por uma radical mudança no plano hermenêutico-interpretativo para passar do paradigma da interpretação para a compreensão para a interpretação. Percebe-se que **o neoconstitucionalismo propõe, assim, a superação do paradigma do direito meramente reprodutor da realidade para um direito capaz de transformar a sociedade**, nos termos do modelo constitucional previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Essa superação deve ser realizada a partir do Estado Democrático de Direito, de forma a proporcionar o surgimento e a implantação de ordenamentos jurídicos constitucionalizados**<sup>91</sup>. (Grifo nosso)

O que se pretende com este movimento é abandonar a concepção que direito é somente aquele escrito, positivado e compreender que os princípios também têm sua carga normativa. Ao mesmo tempo estabelece o Estado Democrático de Direito, que impõe que os Poderes também estão sujeitos às normas impostas pela Constituição, de modo que o próprio Estado está subordinado as leis que cria.

A atividade jurisdicional recebe importante destaque neste movimento, conforme ilustra o trecho abaixo:

Em torno dessa ideia, bem como de acordo com a crença de que é possível a **existência de um direito crítico, capaz de não ceder quando diante da violação de determinados padrões valorativos mínimos, e de um sistema jurídico que esteja de alguma forma relacionado com um sentimento jurídico de justiça**; que surge a convergência necessária para a fundação do movimento *neoconstitucionalismo*. Esta concepção — de caráter eminentemente ideológico — pensa **o direito** — e principalmente a constituição — **como núcleo de resistência social frente a mero poder e como garantia da manutenção de determinados valores que não estão sujeitos a decisões políticas. Para**

<sup>91</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 159-160.

**esta nova concepção de constituição, faz-se necessária, por consequência, uma readequação das atividades dos poderes, principalmente da atividade judicial**<sup>92</sup>. (Grifo nosso)

A atividade judicial, então, deve ser mais ativa e mais justa no que toca aos direitos e garantias fundamentais. O Poder Judiciário deve ser forte, imparcial, capaz de fazer frente às arbitrariedades e abuso por parte dos outros Poderes, sendo guiado pelas normas constitucionais, bem como pelos princípios fundamentais e buscando sempre a justiça.

Em suma, no constitucionalismo contemporâneo, há um maior subjetivismo, uma preocupação não apenas em seguir literalmente o que a lei prevê, mas em observar se, seguindo esta lei, efetivam-se os direitos e garantias fundamentais.

### 3.2.1 O papel do Poder Judiciário brasileiro no neoconstitucionalismo: a Suprema Corte no controle da constitucionalidade federal

De acordo com o art. 92 da CF/88, são órgãos do Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho, os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, os

<sup>92</sup> MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 25.

Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais, os Tribunais e Juízes Militares e os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Território.

O STF, foco da presente pesquisa, de jurisdição em todo o território nacional, é composto, nos termos do art. 101, *caput*, da CF/88, por onze ministros escolhidos dentre os cidadãos maiores de trinta e cinco anos e menores de sessenta e cinco, os quais devem possuir notável saber jurídico e reputação ilibada. Serão, ainda, de acordo com o parágrafo único do supramencionado dispositivo, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da maioria absoluta do Senado Federal.

Merece destaque a utilização do termo “cidadão”, pois somente aqueles que estão em pleno gozo de seus poderes políticos podem ser nomeados como Ministros da Suprema Corte.

Importante ressaltar, ainda, conforme o art. 12, § 3º, IV da Magna Carta, somente podem ser Ministros do STF os brasileiros natos. A Lei Maior de 1988, no inciso I, alínea “a”, “b” e “c” do dispositivo supracitado, determina que são brasileiros natos aqueles que: nasceram na República Federativa do Brasil, ainda que filhos de pais estrangeiros, desde que estes não estivessem a serviço de seu país; nasceram

no estrangeiro, filho de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles estivesse a serviço do Estado; nasceram no estrangeiro, filho de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que tenham sido registrados em repartição brasileira competente ou tenham vindo a residir no Brasil e optem a qualquer tempo, após completar dezoito anos — maioria — nacionalidade brasileira.

Em síntese, os membros do STF são divididos em duas Turmas, cada uma composta por cinco membros e encontram-se no mesmo patamar de hierarquia, ambas estão encarregadas de julgar processos que chegam a Corte e que não requerem a declaração de inconstitucionalidade, que, via de regra, são de competência do Plenário<sup>93</sup>. Cumpre ressaltar, ainda, que o Presidente do STF somente participa das sessões plenárias.

Ademais, estabelece a art. 102, *caput* da CF/88 que a Suprema Corte é a guardiã da Constituição Federal. Referido dispositivo, no decorrer de seu texto, preocupa-se em delinear, de forma pormenorizada, a competência deste órgão. Dentre suas incumbências, destacam-se:

I – processar e julgar, originariamente:  
a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação

---

<sup>93</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

**declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [...]**

**III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:**

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

**b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;**

**c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.**

**d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.**

**§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.**

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

Da análise do dispositivo acima é possível aferir que o STF possui competências originárias e recursais, isto é, cuida — processando e julgando — casos em única instância e de forma originária, bem como aprecia matéria através de recurso, ou seja, em última instância.

Ademais, as partes destacadas merecem especial atenção. Dentre as matérias de competência originária destacam-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (ADI ou ADIn), a Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (ADC); Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO

ou ADINPO), Representação Interventiva (IF ou ADI Interventiva) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), previstas no inciso I, alínea “a” e parágrafo primeiro.

Referidas ações destacam-se na seara constitucional por serem utilizadas como forma de controle de constitucionalidade concentrado no âmbito federal.

Por outro lado, o inciso III trata do julgamento, mediante recurso extraordinário, das decisões decididas em única ou última instância, nas hipóteses ilustradas em suas alíneas, especialmente em “b”, “c” e “d”, que trazem o chamado controle de constitucionalidade difuso.

### 3.2.1.1 Breve discurso acerca do controle de constitucionalidade no âmbito federal

Tal como as Constituições surgiram como forma de resposta à monarquia absolutista o Parlamento, em princípio ilimitado, surgiu para controlar e limitar o absolutismo, entretanto, gradativamente percebeu-se a necessidade de controlar a própria atividade do legislador<sup>94</sup>, assumindo uma feição imperativa. Assim, na medida em que o próprio legislador também demonstrava

<sup>94</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e decisão jurídica**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

abusar de seu poder, surgia a necessidade de controlar, também, suas atividades.

O controle de constitucionalidade destina-se a assegurar a supremacia das normas constitucionais, quer sejam explícitas ou implícitas — tal como o princípio da proporcionalidade — diante de possíveis usurpações, tratando-se, em suma, de uma averiguação de compatibilidade de leis ou atos normativos com relação a Constituição, no que concerne aos preenchimentos de requisitos formais e materiais que as leis e atos normativos devem observar<sup>95</sup>.

Por óbvio, o controle de constitucionalidade só é possível quando a Constituição for dotada de supremacia, não podendo ser contrariada em nenhum aspecto. Se assim não for, não há sentido para a existência do controle de constitucionalidade, pois as normas não deverão guardar consonância com a Carta Magna, eis que esta não se encontrará em um patamar elevado em relação às demais. Todavia, conforme já mencionado, este não é o caso da Lei Maior de 1988, atual Constituição da República Federativa do Brasil, vez que é dotada de superioridade e não admite que norma infraconstitucional a contrarie.

Neste sentido, tem-se quatro pressupostos clássicos do controle de constitucionalidade, sendo eles:

- [...] a) existência de uma Constituição formal e rígida;
- b) o entendimento da Constituição como uma norma jurídica fundamental (que confere fundamento de validade para o restante do ordenamento);
- c) a existência de, pelo menos, um órgão dotado de competência para a realização da atividade de controle;
- d) uma sanção para a conduta (positiva ou negativa) realizada contra (em desconformidade) a Constituição<sup>96</sup>.

Mais uma vez, com o perdão da obviedade, a Lei Máxima de 1988 preenche todos os pressupostos necessários para a existência de um controle de constitucionalidade. Todavia, mister se faz estudar cada uma das ações de constitucionalidade para, então, determinar o órgão dotado de competência para realizá-lo e as sanções a serem aplicadas, que dependerão de quem está afrontando a Carta Política vigente.

Ademais, urge mencionar que existem diversos tipos de inconstitucionalidade, sendo os principais por ação e omissão. Além disso, no momento de elaboração de uma lei ou ato normativo, devem ser obedecidos diversos critérios, e, o desrespeito a estes pode resultar em vícios, os quais se dividem em formais ou materiais.

Assim sendo, quando a inconstitucionalidade versar sobre um tipo de conduta, poderá haver inconstitucionalidade por ação, que

<sup>95</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

<sup>96</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 1307.

ocorrerá quando a conduta for realizada — também denominada de positiva — de forma contrária à Carta Magna, ou seja, quando o Poder Público produzir atos normativos contrários ao texto constitucional; ou por omissão, que se dará quando os Poderes Públicos permanecem inertes, deixando de elaborar um ato normativo ou lei que viabilizam direitos previstos no corpo constitucional, sendo assim uma conduta negativa<sup>97</sup>.

A inconstitucionalidade por omissão se dá, por exemplo, quando a Lei Maior estabelece uma norma de eficácia limitada, ou seja, que necessita de complemento por legislação infraconstitucional para que possa produzir efeitos, e o Poder Legislativo permanece inerte quanto à elaboração desta lei infraconstitucional, impossibilitando o exercício do direito previsto do texto constitucional.

Conforme o tipo de vício, a inconstitucionalidade pode ser classificada em formal ou material. Aquela diz respeito à um vício no procedimento de criação das normas jurídicas, podendo ser dividida, por sua vez, em inconstitucionalidade formal orgânica — descumprimento de regras de competência para produção do ato —, por descumprimento dos pressupostos objetivos do ato previstos na CF/88 —

descumprimento das condições determinantes de competência para órgãos legislativos na função de legislar, como, por exemplo, edição de medidas provisórias sem que haja urgência ou relevância — e propriamente dita — inobservância do devido processo legislativo<sup>98</sup>.

A inconstitucionalidade material, por sua vez, ocorre quando o próprio conteúdo da lei ou ato normativo diverge das normas constitucionais. É mister salientar, ainda, que esta espécie pode ser parcial ou total, ao contrário da inconstitucionalidade formal, que sempre será total, pois o vício está impregnado no processo que deu origem a norma ou ato normativo.

Expostos os principais tipos de inconstitucionalidade e vícios, necessário se faz compreender o tipo de controle de constitucionalidade existentes.

A princípio surgiram três grandes modelos de controle de constitucionalidade: nos Estados Unidos implantou-se o controle judicial difuso, incumbindo a todo o Poder Judiciário a garantia da Constituição; na Áustria originou o controle judicial concentrado, segundo o qual deveria haver uma Corte Constitucional com competência exclusiva para realiza-lo; na França, o

---

<sup>97</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 1306.

<sup>98</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

controle político por meio de órgãos políticos<sup>99</sup>.

O ordenamento jurídico brasileiro adota o controle de natureza judicial, isto é, a regra é que o controle de constitucionalidade seja feito pela via judicial, todavia, admite-se, excepcionalmente, o controle político. Ademais, o sistema jurídico pátrio permite a coexistência de dois tipos de controles judiciais, dando origem a um tipo misto, que engloba o difuso e concentrado.

Isto posto, é preciso saber que existem duas formas de controle: por via de exceção, via de defesa ou incidental e por via de ação ou principal. A diferença entre as duas é simples: no controle incidental, a questão de inconstitucionalidade é apenas uma questão prejudicial que surgiu no iter de um caso concreto a ser resolvido pelo Poder Judiciário, diferente do que ocorre no controle por via de ação, onde a inconstitucionalidade é o objeto principal de uma ação autônoma<sup>100</sup>. Ademais, estas formas diferenciam-se pelo fato de que o controle incidental — ou por via de exceção ou de defesa — está associado ao difuso, ao passo que o principal — ou por via de ação — dá-se por meio do concentrado. Também

é correto afirmar que o concentrado cuida do controle abstrato e o difuso do controle concreto.

É de suma importância, também, identificar o momento do exercício do controle, podendo ser preventivo ou repressivo. O primeiro, como o próprio nome já adianta, é feito antes da promulgação da lei, pelo Legislativo, através de suas Comissões, conforme explicita o art. 58 da CF/88, mais especificadamente pela Comissão de Constituição e Justiça. Este controle também é feito pelo Poder Executivo, através do veto, que pode ser parcial ou total, consoante art. 66, § 1º da CF/88<sup>101</sup>. Em outras palavras, o controle preventivo impede a promulgação da lei.

Via de regra, no Brasil, esta espécie de controle não pode ser realizada pelo Poder Judiciário, todavia, há uma exceção que fora reconhecida pelo STF, admitindo a legitimidade exclusiva do parlamentar para impetrar “mandado de segurança com finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam

<sup>99</sup> PANUTTO, Peter. Fiscalização de constitucionalidade: modelos e evolução. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro – março, 2012.

<sup>100</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

<sup>101</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

o processo legislativo<sup>102</sup>”. Assim, admite-se que o parlamentar ingresse com mandado de segurança para requerer a observância do processo legislativo.

O controle repressivo, por sua vez, também denominado de sucessivo ou *a posteriori*, ocorre após a promulgação da lei ou ato normativo. Via de regra é incumbência do Poder Judiciário, todavia nada obsta que o Poder Legislativo e Executivo também o exerçam. O legislador pode, por exemplo, sustar atos normativos do Executivo quando estes não obedecerem aos limites da lei delegada, conforme autoriza o art. 49, V da CF/88, podendo também rejeitar uma Medida Provisória já em vigor por entender que este instrumento viola a Constituição ou carece de elementos de urgência ou relevância, consoante art. 62, § 5º da CF/88. Ademais, o Poder Executivo pode deixar de aplicar uma lei vigente quando entender que é inconstitucional, conforme entendimento do STF em julgamento de ADI, quando afirmou que: “[...] Os Poderes Executivo e Legislativo por sua chefia, [...] podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais<sup>103</sup>”.

Outrossim, Tribunal de Contas da União, em razão da súmula n. 347 do STF pode, no

exercício de suas atribuições, apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

Noutra senda, diversos são os efeitos das decisões em ações de controle de constitucionalidade. Quando se dá por via de defesa, via de regra produzirão efeitos apenas entre as partes da relação processual — *inter partes* —, diferente do que ocorre na via de ação, quando a decisão produz efeitos para todos — *erga omnes*.

Quanto a natureza da decisão, pode ela ser retroativa — *ex tunc* — ou não — *ex nunc*. Quando retroativa alcançará a lei e seus reflexos desde sua origem, ao passo que, quando irretroativa, passará a fazer efeitos a partir de sua publicação. A regra é que as decisões proferidas em ADI, ADC e ADPF possuam efeitos retroativos, entretanto, duas outras legislações trazem em seu texto dispositivos que permitem que o STF aplique a modulação dos efeitos das decisões.

O art. 11 da Lei n. 9.882/99, responsável por regular o processo e julgamento da ADPF estabelece que:

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu

<sup>102</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 24.667 AgR**. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ: 23/04/2004.

<sup>103</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI MC nº 221/DF**. Relator: Min. Moreira Alves. DJe: 29/03/1990.

trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

O art. 27 da Lei n. 9.868/99, que cuida de regular o processo e julgamento de ADI e ADC traz texto idêntico que permite que também seja aplicada a modulação dos efeitos da decisão a estas ações.

Assim, considerando que o STF é composto de onze ministro, faz-se necessária a decisão de pelo menos oito de seus membros para que se possa aplicar a modulação dos efeitos da decisão.

Outrossim, percebe-se que, embora a regra seja que as decisões possuam efeitos retroativos, pautado pela segurança jurídica e/ou pelo excepcional interesse social, a Suprema Corte poderá atribuir efeito *ex nunc* ou para o futuro. Todavia, é importante ressaltar, mais uma vez, que esta modulação ocorre apenas em casos excepcionais.

Uma vez analisadas as características gerais do controle de constitucionalidade, impera a necessidade de aprofundar-se nas formas de controle.

### 3.2.1.1.1 Controle difuso

O controle difuso, concreto, aberto, pela via incidental, via de exceção ou de defesa pode

ser realizado por qualquer juízo ou Tribunal que integre o Poder Judiciário — desde que, obviamente, sejam respeitadas as regras de competência. Como mencionado anteriormente, no caso do controle difuso, a inconstitucionalidade é incidental, ou seja, não é o objeto principal do processo, mas é suscitado durante seu curso<sup>104</sup>. Assim sendo, trata-se de uma inconstitucionalidade *incidenter tantum*, e, por originar de um caso concreto onde é levantada a questão prejudicial, este controle é comumente denominado de concreto

Nos Tribunais, em virtude da cláusula de reserva de plenário, a questão de inconstitucionalidade não pode ser decidida por órgão fracionário, conforme preceitua o art. 97, da CF/88, o qual foi reforçado pela súmula vinculante n. 10, que, por sua vez, determina que “viola a cláusula de reserva de plenário a decisão de órgão fracionário do Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta a sua incidência, no todo ou em parte”.

No controle difuso há efeitos *inter partes* e, via de regra, *ex tunc*. Somente poderia ter efeito *erga omnes* se houvesse sido decidido pelo STF, sob pena de usurpação de

---

<sup>104</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

competências da Corte Suprema<sup>105</sup>. Entretanto, mesmo que a questão alcance a Suprema Corte por meio de recurso extraordinário, predomina-se o entendimento de que a eficácia da decisão será *inter partes*, desprovida de caráter vinculante, podendo, no máximo, ocorrer suspensão da execução da lei inconstitucional, desde que declarada por resolução do Senado Federal<sup>106</sup>.

Entretanto, ainda assim o Senado não está obrigado a cumprir a decisão da Corte Suprema e suspender a execução da lei inconstitucional, eis que dotado de discricionariedade, nos termos do art. 52, X da CF/88.

Aliás, uma vez mencionado o recurso extraordinário, é de fundamental importância realizar alguns apontamentos sobre ele. Isto porque, considerando que o controle difuso se realiza por meio de qualquer órgão do Poder Judiciário, é através do recurso extraordinário que a questão de inconstitucionalidade incidental atinge a Corte Suprema.

Da leitura do art. 102, III, CF/88, citado acima, depreende-se que o recurso extraordinário é cabível em quatro hipóteses, quais sejam: quando decisão

judicial contrariar dispositivo da Constituição, quando declara a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, quando considerar válida lei ou ato local contestado frente a Constituição e julgar válida lei local em contraposição à lei federal.

Neste sentido, pode-se destacar algumas características deste recurso: possui fundamentação vinculada, isto é, somente pode ser interposto com base em uma das hipóteses supramencionadas, sendo, portanto, um rol taxativo, necessita de prequestionamento e demonstração de repercussão geral, bem como não se presta ao reexame de provas<sup>107</sup>.

A impossibilidade de discussão fática e probatória neste recurso consta na súmula n. 279 do STF, que determina, de forma expressa que, “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. Isto se deve ao fato de que a cúpula do Poder Judiciário é uma Corte Constitucional, isto é, detém a guarda da Constituição e decide em casos mais complexos e fundamentais da sociedade<sup>108</sup>, sendo competente apenas para analisar o remédio institucional interposto em virtude de uma das hipóteses

<sup>105</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

<sup>106</sup> PROBST, Paulo Vitor da Silva. A objetivação do Recurso Extraordinário. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho, 2011.

<sup>107</sup> PROBST, Paulo Vitor da Silva. A objetivação do Recurso Extraordinário. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho, 2011.

<sup>108</sup> PROBST, Paulo Vitor da Silva. A objetivação do Recurso Extraordinário. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho, 2011.

previstas no art. 102, III, “a” a “d”, eis que possui fundamentação vinculada.

Ademais, é certo que a rediscussão de fatos e provas demandaria mais tempo de julgamento, e, concomitantemente, agravaria ainda mais o abarrotamento de processos nesta Corte.

Além disso, a necessidade de prequestionamento implica na necessidade de esgotamento das instâncias inferiores, isto é, a situação já deve ter sido discutida em outras instâncias antes de alcançar o STF.

Por outro lado, a necessidade demonstração de repercussão geral está regulada no art. 1.035 do Código de Processo Civil (CPC). O parágrafo primeiro determina que se considera repercussão geral “[...] a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.”

Ademais, o parágrafo terceiro do supracitado dispositivo, em seus incisos I e III, já elenca algumas hipóteses de repercussão geral, quais sejam: recurso de impugnar acórdão que contrarie súmula ou jurisprudência dominante da Corte Constitucional ou que tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, conforme art. 97 da Constituição.

Este dispositivo constitucional trata da cláusula de reserva de plenário, impondo que somente por maioria absoluta de seus membros ou membros do órgão especial, poderá ser declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Estes requisitos, considerando a quantidade de processos que tramitam nos Tribunais Superiores e na cúpula do Poder Judiciário, são fundamentais para que haja uma maior celeridade e proporcional um razoável prazo de duração dos processos, bem como para resguardar o caráter de Corte Constitucional do STF.

Quanto aos efeitos do recurso extraordinário, percebe-se que são aqueles mencionados anteriormente, ao tratar de forma genérica do controle de constitucionalidade difuso, quais sejam, *inter partes* e *ex tunc*. Todavia, percebe-se que, em alguns casos poderá produzir efeitos *erga omnes*, como no caso da chamada “repercussão geral por amostragem<sup>109</sup>”, prevista no art. 1.036 do CPC, que ocorrerá quando existirem diversos recursos extraordinários com fundamento jurídico idêntico. Este procedimento também é conhecido como recurso extraordinário repetitivo.

---

<sup>109</sup> PROBST, Paulo Vitor da Silva. A objetivação do Recurso Extraordinário. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho, 2011.

Cumprido destacar que semelhante procedimento poderá ser adotado nos recursos especiais, que serão julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), observando-se o seu regimento interno, conforme preceitua o *caput* do art. 1.036 do CPC. Todavia, conforme mencionado, o foco da presente questão reside no recurso extraordinário, a ser julgado pela cúpula do Poder Judiciário.

Assim sendo, conforme dispõe o parágrafo primeiro do artigo supracitado, o Tribunal selecionará dois ou mais recursos representativos da controvérsia e os encaminhará a Corte, determinando a suspensão do trâmite de todos os outros processos pendentes relacionados a controvérsia que tramitem na região do Tribunal. Esta suspensão perdurará até que haja decisão definitiva pelo STF nos processos encaminhados a ele<sup>110</sup>. Nos termos do art. 1.039, *caput*, do CPC, uma vez decididos os recursos representativos, ou seja, aqueles encaminhados a Corte Constitucional, os órgãos colegiados declararão prejudicados os outros recursos que versem sobre idêntica controvérsia ou a tese adotada na decisão será aplicada aos demais.

De modo diverso, conforme ressalta o parágrafo único do art. 1.039, CPC, se a

decisão entender pela inexistência de repercussão geral nos recursos afetados, serão inadmitidos, automaticamente, os demais recursos pendentes. Assim, percebe-se que a decisão proferida nos processos paradigmas ou afetados possuem efeitos *erga omnes*.

Ademais, deve-se ter em mente que o julgamento de determinado caso pelo STF em sede de recurso extraordinário, não obsta que, posteriormente, novas demandas semelhantes sejam ajuizadas. Deste modo, o legislador, com o advento da Emenda Constitucional (EC) 45/2004, criou o instituto da súmula vinculante, prevista no art. 103-A da CF/88, abaixo transcrito:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de **ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional**, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, **terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal**, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a **validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica**.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula **poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade**.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, **caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente,**

<sup>110</sup> PROBST, Paulo Vitor da Silva. A objetivação do Recurso Extraordinário. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho, 2011.

**anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.** (Grifo nosso)

De acordo com o dispositivo supramencionado, a criação da súmula vinculante pode ocorrer de ofício pela Suprema Corte ou por provocação, inclusive dos legitimados a propor ADI, desde que haja aprovação de dois terços dos membros da cúpula, em casos de reiteradas decisões de matéria de natureza constitucional. A súmula, então, vinculará o Poder Judiciário e os órgãos da Administração Pública direta e indireta dos entes da federação.

Esta súmula terá por objeto a validade, interpretação e eficácia de certas normas de cunho constitucional, sobre as quais haja controvérsia que ocasione insegurança jurídica e inúmeros processos fundados em idêntica questão.

Por óbvio, esta súmula não é perpétua, podendo ser revisada e cancelada, conforme previsto em lei, inclusive por provocação dos legitimados a propor a ADI. Todavia, estando em vigor, o desrespeito a ela ou sua aplicação inadequada poderá ensejar reclamação ao STF.

Pode haver, ainda, a modulação dos efeitos da decisão, nos termos do art. 4º da Lei n. 11.417/2006, que cuida de regulamentar a súmula vinculante, nos mesmos moldes do aplicado em decisões proferidas em ações

de controle de constitucionalidade em abstrato.

Outrossim, em análise a supracitada legislação, faz-se necessário destacar o art. 6º, que determina que a proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula não impõe a suspensão dos processos em que se discuta a questão por ela regulamentada. Ademais, preceitua o § 4º do art. 2º desta lei que dez dias após a sessão que editar, rever ou cancelar súmula vinculante, o Supremo Tribunal publicará em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União (D.O.U.).

Neste sentido, percebe-se que tradicionalmente o recurso extraordinário possui efeitos *inter partes*, todavia outros institutos que se relacionam com este remédio processual podem dar-lhe efeito *erga omnes*, tal como a repercussão geral por amostragem e as súmulas vinculantes.

### 3.2.1.1.2 Controle concentrado

O controle concentrado, fechado, abstrato, principal ou por via de ação é assim compreendido por concentrar em um único órgão, qual seja, o STF.

Urge salientar, desde o princípio que a Lei Maior de 1988 enfatizou o modelo abstrato, uma vez que quase todas as controvérsias constitucionais de extrema importância

passaram a ser submetidas à cúpula do Poder Judiciário mediante esta espécie de controle<sup>111</sup>. Neste sentido, na Carta Magna atual, no que tange ao sistema de controle de constitucionalidade, é o controle concentrado — ou abstrato — que recebe maior atenção.

Este destaque tem como justificativas “a ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar<sup>112</sup> [...]”.

Aproveitando a menção à ampla legitimação, merece destaque que, exceto pela Representação Interventiva, todas as ações de controle constitucionalidade concentrado, podem ser propostas pelas pessoas enumeradas no art. 103 da CF/88, cujo rol é taxativo. A taxatividade deste rol determina que somente aquelas pessoas ali relacionadas possuem legitimidade ativa para ingressarem com ADI, ADC, ADO e ADPF.

São legitimados para a proposituras das supracitadas ações:

Art. 103. [...] I – o Presidente da República;  
II – a Mesa do Senado Federal;

<sup>111</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>112</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira;

III – a Mesa da Câmara dos Deputados;  
IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;  
V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;  
VI – o Procurador-Geral da República;  
VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;  
VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;  
IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. [...]

As pessoas dos incisos IV, V e IX, ou seja, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional devem demonstrar pertinência temática<sup>113</sup>, isto é, relação de causalidade entre a ação proposta e sua finalidade.

Ademais, somente os partidos políticos e as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional é que terão que acompanhados por advogados, pois os outros legitimados possuem capacidade postulatória<sup>114</sup>. Por “capacidade postulatória” deve-se entender a capacidade de pedir, postular em juízo, que é inerente ao exercício da advocacia, mas que, neste caso, foi estendida à grande parte das pessoas contempladas no art. 103 da CF/88.

NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 310.

<sup>113</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

<sup>114</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

Nestes casos, não há um caso concreto do qual se origina o questionamento da inconstitucionalidade ou não, pelo contrário, questiona-se a lei ou o ato normativo pura e simplesmente, ou seja, de forma genérica, em abstrato, sem incidência em determinado acontecimento.

Uma das mais importantes ações de controle de constitucionalidade é a ADI, que tem por objeto principal a declaração de inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, tendo como parâmetro a Lei Máxima vigente<sup>115</sup>, o que significa que esta ação não é competente para julgar aqueles que foram editados em momento anterior à Carta Magna de 1988.

Nesta senda, além das normas em espécie elencadas no art. 59 da CF/88 — emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções —, também podem ser objetos de ADI, por exemplo, o regimento interno dos Tribunais, os Tratados e Convenções Internacionais, os decretos que versem sobre a organização e funcionamento da administração federal, quando não impuser aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos ou sobre a

extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos, nos termos do art. 84, VI da CF/88<sup>116</sup>.

Assim sendo, percebe-se que a ADI questiona não apenas a lei em espécie, mas também os atos normativos, ou seja, atos praticados pelo Poder Público.

Será competente para processar e julgar esta ação o STF, quando se tratar de lei ou ato normativo federal ou estadual violar a Constituição Federal. É possível, todavia, pelo princípio da simetria, que o Tribunal de Justiça do Estado seja competente para processamento e julgamento desta quando se tratar de lei ou ato normativo estadual ou municipal violar a Constituição Estadual<sup>117</sup>. Todavia, caso se trate de lei ou ato municipal contrário a Carta Política do Estado, não se admite a propositura de ADI, devendo ser alegada em controle difuso ou, ainda, em controle concentrado através da ADPF, que será discutida adiante.

Salienta-se que há a possibilidade de concessão de medida cautelar nesta ação de controle de constitucionalidade, conforme preceitua o art. 10 da Lei n. 9.868/99, segundo o qual há necessidade de decisão de maioria absoluta dos membros do Tribunal para que seja concedida a aludida

---

<sup>115</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>116</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

<sup>117</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

medida cautelar, e, ainda assim, somente após ouvir os órgãos ou autoridades dos quais se expediu a lei ou ato normativo impugnado — exceto em caso de excepcional urgência, quando será deferida a cautelar sem a audiência destes —, devendo estes órgãos ou autoridades manifestar-se no prazo de cinco dias.

O dispositivo supracitado ainda ressalta, em seu § 1º, a possibilidade de intervenção do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, caso o relator da ação julgue indispensável.

Ademais, de acordo com o art. 11 da Lei n. 9.868/99, a parte dispositiva da decisão que concede a medida cautelar deverá ser publicada, no prazo de dez dias, em seção especial do D.O.U. e do Diário de Justiça da União, devendo ainda o STF solicitar informações à autoridade da qual tiver sido emanado o ato. O parágrafo primeiro ressalta que esta medida cautelar terá eficácia *erga omnes*, porém efeito *ex nunc*, isto é, não retroativo, exceto se o Tribunal entender o contrário. Por sua vez, o parágrafo segundo deste dispositivo alerta, ainda, que “a concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário”.

Por fim, ainda sobre a cautelar, manifesta-se o art. 12 da Lei n. 9.868/99 no sentido de que, havendo pedido de cautelar, e, caso se trate de matéria de cunho extremamente importante que tenha incidência na ordem social e na segurança jurídica, pode o relator, após a prestação das informações pela autoridade da qual emanou a lei ou ato impugnado e após a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, nesta ordem, enviar o processo diretamente ao Tribunal que poderá, então, julgar definitivamente a ação.

Outrossim, merece destaque a possibilidade de participação do *amicus curiae*, figura introduzida no Novo Código de Processo Civil, nesta ação de controle de constitucionalidade, bem como a possibilidade de realização de audiências públicas, nas quais diversos setores da sociedade poderão manifestar-se sobre o assunto em pauta, sobretudo aquele que possui especial interesse no tema em discussão ou conhecimento especializado<sup>118</sup>.

A possibilidade de participação do *amicus curiae* e a realização de audiências públicas abrem margem para uma participação mais efetiva da sociedade no que concerne às normas que lhe foram impostas.

---

<sup>118</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira;

NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Urge mencionar, ainda, que esta ação não se encontra submetida a prazo decadencial ou prescricional<sup>119</sup>, tendo em vista a extrema importância, de modo que, além disso, uma vez intentada a ação, não é possível dela desistir, conforme anuncia o art. 5º da Lei n. 9.868/99. Aliás, tamanha é sua relevância que o art. 26 da supracitada lei ainda determina que “a decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória”.

Isto significa que, exceto pela interposição de embargos declaratórios com vistas a suprir uma omissão, esclarecer contradição, corrigir erro material ou afastar obscuridade, a ADI — e também a ADC, conforme adianta o dispositivo supracitado — é irrecorrível e não pode ser objeto de ação rescisória, até mesmo porque a ação rescisória visa a desconstituição de coisa julgada resultante de uma decisão já transitada em julgado, nos casos específicos previstos em lei, e, no caso das ações de

controle de constitucionalidade, as decisões são proferidas pelo próprio plenário.

Os efeitos da decisão desta espécie de ação são *erga omnes*, vinculante, isto é, vinculará o Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal e *ex tunc*, retirando do ordenamento jurídico o ato normativo ou a lei incompatível com a Constituição, tornando-o nulo — aqui também se admite a modulação dos efeitos da decisão, consoante art. 27 da Lei n. 9.868/99.

Este efeito vinculante torna possível o ajuizamento de Reclamação perante o próprio STF, quando a decisão proferida ADI for desrespeitada por algum órgão do Poder Judiciário ou do Executivo, para que imponha a sua autoridade<sup>120</sup>. Desta forma, caso haja descumprimento ou desrespeito por parte de um dos Poderes supracitados, poderá ser ajuizada reclamação perante a Suprema Corte para que ela faça valer a sua autoridade, fundamentando-se no efeito vinculante de sua decisão.

Entretanto, conforme se nota, esta decisão não vinculará o Legislador, que poderá elaborar uma lei de conteúdo idêntico ao que foi declarado inconstitucional<sup>121</sup>. Isto porque o STF tem entendido que, se assim

<sup>119</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

<sup>120</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira;

NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>121</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

não fosse, haveria uma fossilização da Constituição, conforme explicita o excerto abaixo:

Nem se pode tirar coisa diversa à só previsão da eficácia erga omnes. Já se demonstrou alhures, com abundância de argumentos, que, como fruto de exegese de textos similares ou análogos, a proibição de reprodução de norma idêntica à que foi declarada inconstitucional não pode inspirar-se nalgum princípio processual geral que iniba renovação do comportamento subjacente a ato concreto anulado ou tido por ilegal, o que, sob a autoridade da res iudicata, conviria apenas a processos de índole subjetiva. Ademais, o postulado da segurança jurídica acabaria, contra uma correta interpretação constitucional sistemático-teleológica, sacrificando, em relação às leis futuras, a própria justiça da decisão. Por outro lado, tal concepção comprometeria a relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo este a papel subalterno perante o poder incontrolável daquele, com evidente prejuízo do espaço democrático-representativo da legitimidade política do órgão legislativo. E, como razão de não menor tomo, a proibição erigiria mais um fator de resistência conducente ao inconcebível fenômeno da fossilização da Constituição<sup>122</sup> [...]

O entendimento do STF fundamenta-se, justamente, na independência entre os Poderes, sobretudo no sentido da não prevalência de um Poder sobre o outro, como ocorreria caso o Legislativo não pudesse reproduzir norma idêntica àquele que foi declarada inconstitucional. Se a o legislador estivesse proibido de reeditar norma idêntica, estaria subordinando-se ao Judiciário, e, concomitantemente, provocaria uma petrificação da Carta Política do Estado, retirando-lhe a

flexibilidade e capacidade de acompanhar a dinamicidade da sociedade.

Isto porque, conforme mencionado anteriormente, o Direito não é estático e não deve sê-lo sob hipótese alguma, sob pena de ineficácia: deve acompanhar o evoluir da sociedade, e, se de algum modo no futuro, tal norma ou ato normativo revelar-se em consonância com a Carta Política vigente, poderá ser reeditado, ou, mesmo que dissonante, se editado novamente, será, mais uma vez, objeto de ADI.

Isto não significa, porém, que não se preze pela percepção de continuidade das jurisprudências, todavia, esta continuidade não deve se sobrepor de tal maneira que petrifique a jurisprudência ou impeça os tribunais de atender às demandas do ambiente<sup>123</sup>.

Ademais, considerando as menções feitas à ADC e a semelhança desta com a ADI, bem como fato de ser também regulada pela Lei n. 9.868/99, mister se faz diferenciá-las.

De imediato, nota-se que a ADC, diferentemente da ADI, busca a declaração de que determinada lei ou ato normativo, sempre federal, é constitucional<sup>124</sup>. Assim, o que se pretende, aqui, não é ver-se decretada a inconstitucionalidade de lei ou

<sup>122</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 2.617 Agr/MG**. Relator: Min. Cezar Peluso. DJ: 25/06/2004.

<sup>123</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 2.617 Agr/MG**. Relator: Min. Cezar Peluso. DJ: 25/06/2004.

<sup>124</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ato normativo federal ou estadual, mas que o STF declare, que determinada lei ou ato normativo federal encontra-se em consonância com a Carta Política vigente. Por este motivo, estas duas ações são ambivalentes — ou dúplices —, isto é, a procedência de uma implica na improcedência de outra<sup>125</sup>, nos termos do art. 24 da Lei n. 9.868/99.

Destarte, se uma determinada lei é declarada inconstitucional, a ADC será julgada improcedente, ao passo que a ADI será procedente; se o contrário acontece, a ADC resulta procedente e ADI, improcedente.

Além disso, há quem cogite, no caso da ADC, uma legitimidade para agir em concreto, conforme informa o trecho que se segue:

Além da legitimidade ativa em abstrato, acima apresentada, cogita-se, no caso da ADC, de uma legitimidade para agir *in concreto*, que se relaciona com a existência de um estado de incerta gerado por dúvidas ou controvérsias sobre a legitimidade da lei. Há de se configurar, portanto, situação hábil a afetar a presunção de constitucionalidade da lei. Assim, não se afigura admissível a propositura de ação declaratória de constitucionalidade se não houver *controvérsia* ou *dúvida* relevante quanto à legitimidade da norma<sup>126</sup>.

Isto significa que, se uma determinada lei federal em vigor não suscita dúvidas quanto à sua constitucionalidade, não há porque ser

objeto de uma ADC, afinal, a regra é que as leis e atos normativos vigentes guardem consonância com a Carta Magna atual, vez que esta é suprema. Assim sendo, uma norma somente poderia ser discutida nesta espécie de controle de constitucionalidade se, em um dado momento, em um determinado caso, alguém duvidou de sua compatibilidade com a Lei Maior de 1988. Esta é a razão de ser da ADC.

Todavia, não somente existem diferenças entre a ação em pauta e a ADI, algumas semelhanças podem e merecem ser destacadas, como por exemplo, a possibilidade de deferimento de medida cautelar. Entretanto, aqui são diferentes os efeitos da concessão desta, vez que o art. 21 da Lei n. 9.868/99, afirma que no caso da ADC, a medida cautelar terá o condão de suspender o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou ato normativo debatido na ação de controle de constitucionalidade até o julgamento definitivo desta. Ademais, uma vez deferida a aludida medida, o STF deverá julgar a ADC no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda da eficácia da cautelar concedida.

<sup>125</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

<sup>126</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira;

NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 311-312.

Nota-se, contudo, que permanece a exigência de decisão de maioria absoluta dos membros da Corte Suprema para o deferimento da cautelar, bem como permanece a obrigação de o STF, após concedê-la, publicar, no prazo de dez dias, em seção especial do D.O.U.

Outrossim, a ADC também admite a possibilidade de a participação do *amicus curiae*, bem como permitir a realização de audiências públicas, nas quais serão ouvidos inúmeros setores da sociedade, especialmente aquele que detenha conhecimento específico sobre o tema em discussão<sup>127</sup>.

Aliás, conforme mencionado anteriormente, a decisão prolatada nesta ação é irrecorrível, exceto por embargos declaratórios, não podendo, ainda, ser objeto de ação rescisória, conforme art. 26 da Lei n. 9.868/99. Na mesma senda, é possível a aplicação da modulação dos efeitos da decisão, consoante art. 27 da supracitada legislação, conforme mencionado.

Ademais, os efeitos da decisão são semelhantes aos da ADI, quais sejam: *erga*

*omnes, ex tunc* e vinculante<sup>128</sup> — exceto ao legislador, sob pena de fossilização do legislativo.

Noutra senda, existe, no âmbito do controle de constitucionalidade, outra ação, conhecida como ADPF, pertencente ao modelo abstrato, que possibilita a “[...] impugnação ou questionamento direto de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, como pode acarretar uma provocação a partir de situações concretas, que levem à impugnação de lei ou ato normativo<sup>129</sup>”.

Nos termos da Lei n. 9.882/99, art. 1º, *caput*, a ADPF será apreciada pela Corte Suprema e “[...] terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”. Isto significa que a lesão pode derivar-se não somente de uma lei, como também de um ato normativo, podendo, ainda, esta lesão, estar prestes a acontecer — daí a necessidade de evitá-la — ou já ter acontecido — surgindo, então, a necessidade de repará-la. Em outras palavras, a ADPF pode ter o intuito de prevenir ou reparar violação a preceito fundamental.

<sup>127</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 311-312.

<sup>128</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

<sup>129</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 313.

Além disso, o inciso I do parágrafo único do supracitado dispositivo acrescenta que a ADPF poderá ainda ser utilizada “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”. Ou seja, a ADPF também abarca normas editadas em momento anterior a Lei Maior atual, isto é, engloba normas pré-constitucionais, ao contrário das ações anteriormente discutidas. Ademais, é a única que analisa normas e atos normativos produzidos por na esfera de outros entes que não a União.

Entretanto, trata-se de uma ação marcada pelo caráter de subsidiariedade, pois, nos termos do art. 4º, § 1º da Lei n. 9.882/99, havendo outro meio de sanar a lesividade a preceito fundamental, a ADPF não será admitida. Assim sendo, somente será aceita caso não seja possível discutir o assunto por meio de ADI ou ADC.

Merece destaque o fato de que, para o ajuizamento da ação em tela, faz-se necessário, tal como na ADC, a existência de uma certa situação em que haja um estado de incerteza, ou seja, de dúvidas e controvérsias judiciais e jurídicas quanto a constitucionalidade de determinada lei ou a legitimidade do ato impugnado<sup>130</sup>.

No que concerne à ADPF, não há menção ao deferimento de medida cautelar, todavia, no art. 5º, da Lei n. 9.882/99, o legislador previu a possibilidade de concessão de liminar, que poderá consistir na determinação de suspensão de andamento de processos ou efeitos de decisões judiciais, ou, ainda, de qualquer medida que aparente ter relação com o objeto da ação, exceto de já tiverem sofrido os efeitos da coisa julgada.

Ademais, merece destaque que a liminar, em regra, somente pode ser deferida pela decisão de maioria absoluta dos membros da Suprema Corte, todavia, o parágrafo primeiro traz uma exceção à regra apresentada no *caput*, que ocorrerá quando, diante de um caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou, ainda, durante o recesso da Corte, poderá o relator conceder a liminar.

Na APDF também há a possibilidade de o relator, caso julgue necessário, ouvir as partes nos processos que deram origem à ação de controle, consoante § 1º do art. 6º da Lei n. 9.882/99. Esta faculdade possibilita, indubitavelmente, uma maior participação das partes no processo, bem permite um maior contato entre a cúpula do Poder Judiciário e os diretamente envolvidos naquela matéria.

---

<sup>130</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira;

NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Ademais, esta ação de controle de constitucionalidade também partilha de características comuns às anteriormente citadas, admitindo-se a participação do *amicus curiae*, bem como a realização de audiências públicas com intuito de permitir a manifestação da sociedade<sup>131</sup>.

Admite-se, ainda, à luz do art. 11 da Lei n. 9.882/99, a modulação dos efeitos da decisão. Quanto à possibilidade de interposição de recurso, a ADPF revela-se irrecurável, nos termos do art. 12 da supramencionada legislação, bem como não admite ação rescisória, todavia, o STF tem entendimento ser possível a interposição de embargos declaratórios<sup>132</sup>, quando a decisão for omissa, obscura, contraditória ou contiver erro material.

A decisão nesta ação, nos termos do § 3º do art. 10 da Lei n. 9.882/99 produzirá efeitos *erga omnes*, será, em regra, *ex tunc*, eis que admite a modulação de seus efeitos, bem como terá efeitos vinculantes aos Poderes Judiciário e Executivo, de modo que, desrespeitada a decisão proferida pelo Corte, será cabível reclamação, à luz do art. 13 da supracitada lei.

---

<sup>131</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>132</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

Noutra senda, percebe-se que até o momento discutiu-se a questão de inconstitucionalidade ou não, isto é, debateu-se acerca de uma conduta ativa dos Poderes Públicos que poderia ou não ser contrária aos ditames constitucionais. Todavia, a Carta Política atual previu uma forma de controle de constitucionalidade abstrato que tem como foco a omissão destes Poderes, isto é, a ADO — ou ADINPO.

De forma breve, esta ação:

[...] é o instrumento destinado à aferição da inconstitucionalidade da omissão dos órgãos competentes na concretização de determinada norma constitucional, sejam eles órgãos federais ou estaduais, seja a sua atividade legislativa ou administrativa, desde que se possa, de alguma forma, afetar a efetividade da Constituição<sup>133</sup>.

Nesta senda, trata-se de uma ferramenta que tem como fim verificar a omissão — ou a inércia — dos Poderes Públicos ao elaborar uma lei ou ato normativo que possibilite a concreção de direitos constitucionalmente previstos, dando efetividade à Carta Magna. Assim sendo, o parâmetro de controle desta ação é justamente a Lei Maior.

Esta forma de controle foi inserida da Lei Máxima vigente principalmente em razão

<sup>133</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 312.

das normas de eficácia limitada, que dependem de outra lei ou ato normativo que as torne executáveis. Não havendo a elaboração desta lei ou ato normativo, os direitos previstos constitucionalmente nestas normas de eficácia limitada não podem ser exercitados.

Esta omissão pode ser total ou parcial, esta última dividindo-se em propriamente dita ou relativa: aquela se dá quando a lei até existe, porém não consegue viabilizar de forma satisfatória os direitos constitucionais; esta ocorre quando a lei existe, é suficiente para viabilizar o direito, porém não atinge todos que deveria atingir, ou seja, que se encontram na mesma situação, de modo que há insuficiência no que concerne os atingidos<sup>134</sup>.

É importante ressaltar que esta ação não possui legislação específica que a regule, sendo-lhe aplicáveis as normas válidas para ADI, reguladas pela Lei n. 9.868/99<sup>135</sup>.

A competência para julgamento desta ação é o STF sempre que o responsável para a suprir a omissão for o Congresso Nacional, Presidente da República ou órgão administrativo que está sujeito à competência da Corte Suprema<sup>136</sup>. Aliás, os

efeitos da decisão dependem de qual destas figuras é a responsável por suprir a omissão.

Assim sendo, de acordo com o art. 103, § 2º da CF/88, caso se trate de órgão administrativo, reconhecida a inconstitucionalidade por omissão, deverá este órgão editar a medida no prazo de trinta dias, sob pena de responsabilidade, ou, conforme art. 12-H, § 1º da Lei n. 9.868/99, em prazo a ser estipulado pelo Tribunal, levando-se em consideração as circunstâncias do caso e o interesse público. Por outro lado, o art. 103, § 2º da CF/88 prevê que, caso se trate de Poder competente, tal como o Poder Legislativo, este apenas terá ciência da inconstitucionalidade constatada, não havendo prazo determinação de prazo para que edite a medida faltante.

Todavia, não estando submetido a nenhum prazo para suprir a omissão, por muitas vezes o estado de inércia ou omissão prolonga-se demasiadamente, prejudicando a concreção dos direitos, por este motivo, o STF tem adotado entendimento diversos, conforme explicita a manifestação a seguir:

[...] em recentes decisões (*vide* MI 708), o Plenário do Tribunal passou a adotar o entendimento de que, diante da prolongada duração do estado de omissão, é possível que a decisão proferida pelo STF adote providências aptas a regular a matéria objeto da

<sup>134</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

<sup>135</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira;

NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>136</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

omissão por prazo determinado ou até que o legislador edite norma apta a preencher a lacuna. Ressalte-se que, nesses casos, o Tribunal, sem assumir compromisso com o exercício de uma função típica legislativa, passou a aceitar a possibilidade de uma *regulação provisória do tema pelo próprio Judiciário*. O Tribunal adotou, portanto, uma moderada *sentença de perfil aditivo*, introduzindo modificação substancial na técnica de decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão<sup>137</sup>.

Da análise do excerto acima, depreende-se que em razão da demora do legislador em suprir a omissão que impede a concretização de direitos constitucionais e fundamentais, pode o STF adotar providências para regular a matéria em pauta por certo prazo ou até que o Poder Legislativo edite norma a suprir a lacuna. Todavia, não se pode dizer que houve usurpação de competências e que o Judiciário tomou para si a tarefa típica de legislar que é inerente ao Poder Legislativo. Considerando que se trata de possibilitar o exercício de direitos constitucionalmente previstos, e, a depender do prisma do qual se observa a situação, sequer pode se alegar que houve uma afronta a tripartição do Poder.

Trata-se, na realidade, de uma atitude proativa da Corte Suprema que prioriza o exercício dos direitos e a efetividade da Constituição, pois, a inércia prolongada do

Legislativo estava, indubitavelmente, prejudicando o exercício regular destes.

Por fim, tem-se a IF ou ADI Interventiva. Esta ação somente será utilizada em ações excepcionais, pois vigora no ordenamento jurídico o princípio da não-intervenção, de modo que somente se admite que um ente intervenha no outro nos casos taxativamente previstos na Carta Magna de 1988<sup>138</sup>.

Desde já, urge ressaltar que pelo princípio da simetria, os Estados podem intervir nos Municípios, desde que nas hipóteses do art. 35 da CF/88, rol este que também é taxativo. Todavia, o provimento fica a cargo do Tribunal de Justiça do Estado, conforme preceitua o art. 35, IV da CF/88, não atingindo a cúpula do Poder Judiciário.

Assim sendo, o art. 34 da CF/88, de natureza taxativa, ilustra as hipóteses de intervenção da União em um Estado ou no Distrito Federal, entretanto, convém destacar que somente relaciona-se com o controle de constitucionalidade, ou seja, somente configura-se como ADI Interventiva, aquela que se presta a declarar inconstitucional uma conduta de um Estado ou Distrito Federal que descumprir princípio sensível da Lei Máxima de

---

<sup>137</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 313.

<sup>138</sup> HARADA, Kyioshi. Intervenção federal nos Estados para pôr termo a grave comprometimento da ordem pública. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio, 2011.

1988<sup>139</sup>. Portanto, verifica-se que não há uma ofensa à Carta Magna em sua integralidade, mas apenas aos seus princípios sensíveis, destacados nas alíneas “a” a “e” do inciso VII do art. 34 da CF/88, abaixo transcritas:

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] **VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:**

- a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- b) direitos da pessoa humana;
- c) autonomia municipal;
- d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.
- e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. (Grifo nosso)

Verifica-se que a intervenção ocorrerá com intuito de defender direito relevante, mantendo assim o Estado Democrático de Direito, bem como manter a forma federativa do Estado<sup>140</sup>.

Assim, pode-se dizer que a ADI Interventiva possui dupla finalidade: uma finalidade política, que consiste em dar ensejo a decretação de intervenção federal nas hipóteses de desrespeito aos princípios sensíveis acima enumerados e uma finalidade jurídica, que é a declaração da inconstitucionalidade da conduta do Estado ou Distrito Federal<sup>141</sup>.

Em outras palavras, o objeto da ação é justamente a conduta, comissiva ou omissiva, do ente da federação que, de algum modo atinge os princípios sensíveis.

Ademais, como mencionado anteriormente, esta é a única ação de controle de constitucionalidade que não admite a propositura pelos legitimados no art. 103 da CF/88. A ADI Interventiva, nos termos do art. 36, III, deverá ser representada pelo Procurador-Geral da República, dependendo de provimento pelo Supremo Tribunal Federal para que se concretize.

Ademais, os parágrafos 1º a 4º do art. 36 da CF/88 descrevem, de maneira pormenorizada, como se dará o decreto de intervenção, ressaltando que a representação de intervenção poderá ocorrer inclusive quando o Congresso Nacional, no âmbito federal, não estiver funcionando, devendo ser convocado, extraordinariamente, no prazo de vinte e quatro horas. Ademais, o § 3º do dispositivo supracitado ressalta que caso baste a suspensão da execução do ato impugnado pelo Procurador-Geral de Justiça, será concedido decreto liminar.

Lado outro, o § 4º do art. 36 da CF/88, frisa que a intervenção não tem caráter perpétuo,

<sup>139</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

<sup>140</sup> HARADA, Kyioshi. Intervenção federal nos Estados para pôr termo a grave comprometimento da ordem pública. **Doutrinas Essenciais de Direito**

**Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio, 2011.

<sup>141</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

eis que, uma vez cessados os motivos que levaram ao decreto da intervenção, as autoridades que foram afastadas de seus cargos, a menos que possuam impedimento legal, voltarão a estes.

#### 4. ATIVISMO JUDICIAL DO STF NO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA: A INFLUÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O ativismo judicial apresenta-se como um dos temas mais discutidos na atualidade, principalmente com relação a sua legitimidade.

Ocorre que, muitos desconhecem a origem e o significado da terminologia “ativismo judicial” e sem tais informações, torna-se

impossível, ou ao menos, bastante dificultoso, compreender a validade deste fenômeno. O julgamento precipitado acarreta, indubitavelmente, o julgamento errado, principalmente diante da conotação pejorativa com este termo é utilizado. Portanto, impera a necessidade de se estudar e compreender a história deste fenômeno, e, posteriormente, compreender o seu significado, através de seu conceito e das decisões ativistas que ocorrem em todo o mundo, especialmente no território brasileiro, sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana.

##### 4.1. Ativismo judicial: gênese

Como todo fenômeno, o conceito de ativismo judicial pareceria um tanto quanto vago sem antes apresentar a sua origem. Neste sentido, é imprescindível discorrer, ainda que brevemente, acerca de outros Estados, especialmente os Estados Unidos, antes de adentrar no território e Corte brasileira. Isto porque, a terminologia “ativismo judicial” foi utilizada, pela primeira vez, nos Estados Unidos da América.

Urge destacar, desde já, que pode se perceber a presença de decisões judiciais ativistas mesmo antes da utilização de sua nomenclatura, como naquelas proferidas

nos casos de *Marbury v. Madison*, *Dred Scott v. Sandford* e *Lochner v. New York*<sup>142</sup>.

Com relação à terminologia, embora existam apontamentos de que não fora Arthur Schlesinger Junior, historiador estadunidense quem criou este termo, a doutrina norte-americana atribui a ele o primeiro uso público desta expressão, em seu artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, publicado na Revista *Fortune*, no mês de janeiro de 1947<sup>143</sup>.

É importante salientar que no momento em que se empregou esta expressão, não havia a pretensão de esboçar teorias sobre o Poder Judiciário, o que se pretendia era classificar os membros da Corte Suprema daquele Estado.

Os juízes desta Corte foram divididos, basicamente, em dois grupos: ativistas judiciais e de autocontenção judicial ou autorrestrrição judicial, conforme elucida o excerto abaixo:

Os juízes foram separados em dois grupos: “ativistas judiciais” e de “autocontenção judicial” (ou *self-restraint*). O primeiro grupo, encabeçado por Hugo Black e William Douglas, entendia que a Suprema Corte poderia desempenhar um papel de efetivação de políticas para a promoção do bem-estar social com base nas concepções políticas dos juízes. O segundo grupo, encabeçado por Felix Frankfurter e Robert Jackson, defendia uma postura de

autocontenção judicial, deixando as decisões sobre políticas públicas para os poderes eleitos<sup>144</sup>.

Isto significa que, desde que surgiram, o ativismo judicial e autocontenção judicial contrapunham-se, na medida em que os ativistas defendiam que cabia a Suprema Corte buscar a efetivação do bem-estar social, levando em consideração as concepções políticas dos magistrados, ao passo que os adeptos à autocontenção acreditavam que este seria um encargo dos poderes eleitos, quais sejam, Executivo e Judiciário.

Em outras palavras, Schlesinger entendia que os juízes adeptos ao ativismo substituíam a vontade do legislador por sua própria, pois acreditavam que deviam atuar de forma ativa para promover as liberdades civis e os direitos das minorias, enquanto os juízes mais conservadores, aliados à autocontenção judicial defendiam que deveriam agir conforme a vontade de Poder Legislativo<sup>145</sup>.

Neste sentido, percebe-se que enquanto os ativistas não se deixavam dominar pela vontade do legislador, os filiados à corrente da autorrestrrição defendiam a obediência estrita a este.

<sup>142</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

<sup>143</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

<sup>144</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto, 2011, p. 460-461 *apud* ARANHA FILHO, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo;

ARANHA, Marina Domingues de Castro Camargo. A legitimidade constitucional do ativismo judicial. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro - março, 2014, p. 3.

<sup>145</sup> SCHLESINGER Jr., Arthur M., 1947, p. 75-77 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Aliás, segundo a lógica da teoria da autocontenção judicial:

[...] o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas<sup>146</sup>.

Deste modo, se por um lado há uma obediência maior a disciplina tripartite, obedecendo o ideal proposto por Montesquieu, por outro, a efetivação de certos direitos e garantias não ocorre de imediato, de modo que os titulares destes direitos podem tê-los violados ou ignorados pelo prazo em que aguardam a manifestação do Poder Legislativo.

Merece destaque o segundo requisito da autorrestrição judicial, que se refere aos critérios rígidos para declaração de inconstitucionalidade de leis e atos administrativos. Esta exigência, na realidade, pode ser traduzida como “[...] requisito de inconstitucionalidade clara e evidente, aplicando-se a “regra do caso duvidoso”, ou seja, na dúvida, prevalece a opção do legislador, devendo o julgador se

abster de declarar a inconstitucionalidade<sup>147</sup>”.

Aqueles que defendem este pensamento, portanto, se absterão de julgar inconstitucional caso esta inconstitucionalidade não seja manifesta, evidente, certa. Nestes casos, simplesmente tomarão como acertada a atitude do legislador na criação da lei em discussão.

Neste sentido, merece destaque o pensamento do representante da autocontenção judicial norte-americana, Felix Frankfurter, segundo o qual interpretar a lei além dos significados das palavras usadas pelo legislador ao elaborar a lei seria o mesmo que apossar-se do poder depositado pela democracia nestes legisladores eleitos<sup>148</sup>.

Tal posicionamento vai de encontro à ideia de que somente o legislador pode criar leis, e, portanto, tão somente ele pode inovar nos direitos. Isto significa que incumbe ao Judiciário apenas interpretá-la gramaticalmente, buscando alcançar o significado das palavras empregadas pelo Legislativo no exercício de sua função, não

<sup>146</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 29 mai. 2017, às 14h23, p. 7.

<sup>147</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto, 2011, p. 468 *apud* ARANHA FILHO, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo;

ARANHA, Marina Domingues de Castro Camargo. A legitimidade constitucional do ativismo judicial. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro - março, 2014, p. 3.

<sup>148</sup> FRANKFURTER, Felix, 2009 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014

podendo ultrapassar a margem que os separa, sob pena de usurpação de Poderes. A diferença metodológica entre estas duas posições pode ser sintetizada da seguinte forma: enquanto a autocontenção restringe o espaço de incidência constitucional em favor dos Poderes políticos, o ativismo judicial busca extrair o máximo do potencial do texto constitucional, sem, todavia, invadir o campo de criação do Direito<sup>149</sup>.

Neste sentido, observa-se que são duas posições essencialmente opostas: a autocontenção prefere uma abordagem mais passiva, enquanto o ativismo, como a própria nomenclatura adianta, opta com uma atitude proativa.

#### 4.1.1 O ativismo judicial nos demais Estados: Alemanha, Itália, Colômbia e África do Sul

Por óbvio, o ativismo judicial não se restringiu apenas à Corte estadunidense: é cediço que inúmeras Cortes ao redor do mundo, em algum momento de sua trajetória, proferiram decisões que podem ser consideradas ativistas. Todavia, é certo que a motivação por trás destas decisões se

distingue por peculiaridades, haja vista que cada sociedade possui suas próprias particularidades e possui seu próprio ordenamento jurídico.

Dentre os Estados que mais se destacam por sua postura ativista estão a Alemanha, Itália, Colômbia e África do Sul, que serão analisadas logo a seguir.

##### 4.1.1.1 Alemanha

Na Alemanha, outrora marcada pelo regime nazista, tendo sofrido com os horrores decorrentes da violação de diversos direitos humanos, foi promulgada uma nova Constituição, em 1949, que trazia em seu texto um sistema de direitos fundamentais que expressavam os valores da democracia, liberdade, igualdade, justiça e centralização do homem e de sua dignidade na ordem social, bem como estabeleceu um Tribunal Constitucional acessível e titular de grandes poderes de decisão e do monopólio do controle judicial, comprometido com o encargo de dar efetividade aos direitos fundamentais e a garantia da dignidade humana<sup>150</sup>.

Esta preocupação em romper com o passado marcado de intensas violações aos direitos

---

<sup>149</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista>

/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2017, às 14h23.

<sup>150</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

humanos faz com que a Constituição alemã e o Tribunal Constitucional se empenhem ao máximo para dar efetividades aos direitos fundamentais, que outrora foram violados de diversas formas. No centro destes direitos, reside o homem e a sua dignidade — dignidade esta que é inerente a todos os seres humanos.

Nesta senda, observa-se que na Alemanha, o Tribunal Constitucional participa de forma direta da criação do Direito na seara legislativa, através das práticas modernas de declaração de inconstitucionalidade<sup>151</sup>, bem como a vinculação político-normativa tem ocorrido de maneira indireta sobre os demais Poderes, pois neste Estado, os parlamentares ajustam os projetos de lei à jurisprudência do Tribunal, com fim de evitar que seja, futuramente, declarada inconstitucional<sup>152</sup>.

Diferentemente no Estado brasileiro, onde, conforme mencionado anteriormente, as decisões do STF em controle de constitucionalidade, ainda que abstrato, não vinculam o Poder Legislativo, sob pena de fossilização deste, na Alemanha os parlamentares possuem uma maior preocupação em evitar a declaração de inconstitucionalidade, e, portanto, buscam

alinhar os projetos de lei às decisões proferidas pelo Tribunal.

Esta postura adotada pelo parlamento alemão, faz com que a jurisprudência e as leis caminhem juntas em um mesmo sentido, de modo que não haja controvérsia entre a norma e a decisão do Tribunal.

Ademais, urge salientar que, no Direito alemão, os direitos fundamentais devem ser observados inclusive na seara do Direito Privado. Trata-se de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, os quais não apenas protegem os cidadãos contra os poderes do Estado, mas também organizam a vida em sociedade, de modo que o desrespeito a eles, inclusive na seara Civil, importaria em uma violação ao art. 1º, III da Constituição da Alemanha<sup>153</sup>.

Neste aspecto, é possível notar a similaridade com o Direito brasileiro, que também compartilha do fenômeno de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que impõe a observância destes direitos inclusive em relações puramente privadas. Afinal, os direitos e garantias individuais — que, conforme mencionado anteriormente, abrangem todos os direitos fundamentais, em diversas as suas dimensões — constituem cláusula

<sup>151</sup> STERN, Klaus, 2009, *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

<sup>152</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

<sup>153</sup> CANÁRIO, Pedro. **Corte constitucional não é "superinstância recursal", comenta ministra alemã**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-16/corte-constitucional-nao-superinstancia-ministra-alema>>. Acesso em 16 abril 2017, às 11h11.

pétrea, que, por sua vez, é um limite material ao poder de reforma do legislador e que visa, com isso, evitar a arbitrariedade por parte do Estado, protegendo os cidadãos ao resguardar-lhes aqueles direitos.

#### 4.1.1.2 Itália

Por outro lado, na Itália, destaca-se, com relação à postura ativista dos juízes, as sentenças aditivas. Estas sentenças originaram-se do empenho da Corte Constitucional da Itália em superar as dificuldades e dar efetividade à Constituição de 1947, que não surtiu os efeitos esperados em seus primeiros anos em razão da omissão inicial do parlamento italiano e do conservadorismo da Corte de Cassação, corte esta que era responsável pela uniformização da interpretação da legislação ordinária, sendo composta por juízes cuja formação ocorreu durante o regime político totalitário, de modo que não estavam preparados e tampouco dispostos a exercer o controle de constitucionalidade das leis, prática que até então não havia ocorrido no Direito italiano<sup>154</sup>.

Isto significa que os membros da Corte de Cassação não estavam totalmente abertos

ao controle de constitucionalidade e à própria instalação da Corte Constitucional, instituída art. 134 da Constituição Italiana de 1947<sup>155</sup>, criada após a Segunda Guerra Mundial, com intuito de romper com o passado totalitário, à semelhança da Constituição Alemã.

Neste sentido, observa-se que a Itália, após tortuoso regime totalitário, onde houve a supressão de diversos direitos humanos, buscou, tal como a Alemanha, desvencilhar-se de seu passado, e, para tanto, promulgou uma nova Constituição que previa inúmeros direitos fundamentais e instituiu a Corte Constitucional.

Entretanto, a Constituição promulgada não teve efetividade imediata esperada, pois, inicialmente, o parlamento italiano quedou-se inerte e a Corte de Cassação, cúpula da magistratura, responsável por uniformizar a interpretação a lei ordinária, era composta por juízes que se formaram durante o regime político que se encerrara, trazendo consigo, ainda, muitas das visões e costumes que se estabeleceram no totalitarismo. Por tais razões, a Corte de Cassação mostrava-se pouco disposta a dar efetividade aos novos institutos e direitos previstos na Constituição de 1947, tal como o controle de constitucionalidade.

<sup>154</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. As sentenças manipulativas aditivas: os casos das cortes constitucionais da Itália, da África do Sul e do STF. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto, 2015.

<sup>155</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

Todavia, o controle de constitucionalidade até acontecia, mas não com a efetividade que se esperava dela, conforme elucida o trecho abaixo:

A Corte até reconhecia, em algumas de suas decisões, a incompatibilidade de leis fascistas com as normas constitucionais programáticas e preceptivas incompletas, **mas se autodeclarava obrigada a aplicar essas leis assim mesmo e enquanto o Parlamento não as alterasse ou revogasse**. Além do mais, para a Corte de Cassação, essa incompatibilidade entre norma constitucional e norma ordinária pré-constitucional resolvia-se por meio da revogação da segunda e não como vício de inconstitucionalidade ou de nulidade. Para a Corte, **a nova Constituição poderia revogar tacitamente as leis anteriores com ela incompatíveis, mas não teria o efeito de tornar essas normas inconstitucionais**. Em prevalecendo esta posição, restaria reduzida a competência da futura Corte Constitucional diante da legislação fascista, haja vista sua tarefa exclusiva de controle de constitucionalidade. Ao mesmo tempo, seria mantida a competência da magistratura comum e, em especial, da Corte de Cassação para definir os conflitos entre Constituição nova e leis velhas<sup>156</sup>. (Grifo nosso)

Neste sentido, percebe-se que a Corte de Cassação, embora em alguns casos reconhecesse que as leis fascistas não guardavam consonância com a nova Constituição, declarava que sua observância continuava obrigatória até que o parlamento providenciasse sua alteração ou revogação. Todavia, conforme mencionado anteriormente, o parlamento quedava-se inerte, de modo que estas normas continuavam sendo aplicadas.

---

<sup>156</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. As sentenças manipulativas aditivas: os casos das cortes constitucionais da Itália, da África do Sul e do STF. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto, 2015, p. 3.

Ademais, mesmo que a nova Constituição revogasse tacitamente as leis anteriores a ela dissonantes, não tinha o condão, de acordo com o posicionamento adotado pela Corte de Cassação, de torná-las inconstitucionais. Deste modo, considerando que o encargo da Corte Constitucional, com fundamento no art. 134 da Constituição Italiana era exercer o controle de constitucionalidade, esta Corte tinha sua competência reduzida.

Esta situação assim permaneceu até a efetiva entrada em vigor da Corte Constitucional, em 1956, sendo composta por juízes, em sua grande parte, dispostos a dar efetividade a Constituição, afirmando sua competência exclusiva para proceder ao julgamento de controvérsias de inconstitucionalidade de quaisquer leis<sup>157</sup>.

Neste sentido, os membros da Corte Constitucional tinham pensamento e postura diferentes dos conservadores da Corte de Cassação e ao integrarem-na, estavam dispostos a alterar o cenário jurídico atual e colocar em prática o que a Constituição Italiana havia lhes designado, rompendo com o conservadorismo e com as leis fascistas que até então permaneceram. Diante deste cenário, a Corte Constitucional, então, assumiu um papel

<sup>157</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

político-reformista, consoante excerto abaixo:

Com essa nova orientação e a permanente omissão do Parlamento, a Corte assumiu um papel político-reformista e substituiu o legislador “na modernização e na democratização do ordenamento jurídico italiano”. Para tanto, a Corte desenvolveu um arsenal de sentenças não ortodoxas que se tornou o traço distintivo de sua jurisprudência ativista. Para adequar o velho ao novo, o autoritário ao democrático, o juiz constitucional italiano, muitas vezes, extrapolou a função de revelar o que dizem as disposições normativas para manipular os sentidos das leis, adicionando novos significados normativos ou substituindo os já existentes. Sobre essas sentenças não ortodoxas, a dogmática constitucional tem desenvolvido uma tipologia muito influente: as chamadas *sentenças manipulativas* – sentenças que resultam na transformação do significado da lei, mas sem alteração formal do texto normativo<sup>158</sup>. (Grifo nosso)

Diante da necessidade de se efetivar a Constituição da Itália e exercer suas funções, bem como considerando a inércia do Poder Legislativo, a Corte Constitucional substituiu o legislador na tarefa de modernizar e democratizar o ordenamento jurídico. Esta atitude proativa culminou na elaboração de sentenças manipulativas, que, embora não alterem formalmente o texto normativo, isto é, não haja alteração na norma, há uma transformação no significado da lei.

Referidas sentenças manipulativas podem ser divididas em três espécies, das quais destacam-se as sentenças aditivas, que mais

se relaciona com o ativismo judicial. Todavia, antes de adentrar na definição destas sentenças é preciso salientar que:

No direito italiano, as sentenças modificativas desenvolveram-se largamente a partir das decisões da *corte costituzionale*, com apoio de grande parte da doutrina. Nesse país, **diante de uma lei que confere direitos em termos discriminatórios, a corte constitucional restringe a declaração de inconstitucionalidade à parte da lei que expressa ou implicitamente exclui de suas disposições determinadas categorias que se encontram em situação igual, alargando, por essa via, o âmbito de aplicação da lei sob julgamento**. O tribunal constitucional italiano admite, inclusive, diante de uma omissão parcial da lei, invalidar a norma não escrita que exclui da aplicação da lei determinadas pessoas<sup>159</sup>. (Grifo nosso)

Isto significa que uma norma que confere tratamento discriminatório pode ter sua declaração de inconstitucionalidade restrita à parte em que promove a distinção entre as pessoas em igual situação. Trata-se de uma tentativa de proporcionar igual tratamento àqueles que se encontram em uma mesma situação de igualdade.

Por outro lado, as sentenças aditivas ocorrem quando a Corte identifica uma lacuna, isto é, uma inconstitucionalidade por omissão e manifesta-se no sentido de suprir o estado omissivo<sup>160</sup>. Trata-se, portanto, de um ativismo judicial que age para sanar a situação de omissão, agindo quando a lei, que deveria ter feito, não agiu.

<sup>158</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 117.

<sup>159</sup> MEDEIROS, Rui, 1999 *apud* SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. **As sentenças aditivas na jurisdição constitucional**. Disponível em: <

[http://www.esmp.sp.gov.br/revista\\_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/77/41](http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/77/41)>. Acesso em 11 jun 2017, às 21h37, p. 104.

<sup>160</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Essa retração por parte do Legislativo é um dos motivos, senão o mais, importantes para o ativismo judicial, pois, visando garantir os direitos inerentes a todas as pessoas, o Judiciário atua em esfera que, via de regra, não é de sua competência.

Noutra senda, estas sentenças aditivas comportam outras classificações, conforme demonstra o trecho a seguir:

Na Itália, verificam-se as sentenças aditivas de prestação (*additive di prestazione*), as quais atribuem direitos à prestação de serviços ou direitos de conteúdo patrimonial à determinadas categorias de pessoas excluídas inicialmente, e que são criticadas pela repercussão nas despesas públicas; as aditivas de garantia (*additive di garanzia*), que importam em uma abstenção, um dever estadual de *non facere* ou uma situação de sujeição da parte do estado; e por fim, as aditivas de princípio, em que o tribunal introduz um princípio em vez de uma regra<sup>161</sup>.

Resta evidenciada a preocupação da Corte italiana com o tratamento igualitário, pois o Tribunal Constitucional, em uma sentença aditiva, estende aos demais em idêntica ou similar situação o mesmo tratamento, ainda que não tenha previsto o legislador. Isto porque, conforme elucidou a Sentença n. 215 de 1986, “a natureza derogatória de uma norma não impede a Corte de emitir uma sentença que implique a sua extensão quando isso sirva para restabelecer o

princípio da igualdade, ou seja, respeitar uma regra fundamental<sup>162</sup> [...]”.

Entretanto, isto não significa que não haja um limite para estas sentenças aditivas, pois tanto a jurisprudência quanto a maior parte da doutrina italiana reconhecem que as decisões manipulativas, incluindo as aditivas, somente podem ser aplicadas, quando por violação do princípio da igualdade, em hipóteses de extensão a tratamentos mais favoráveis, bem como não se admitem decisões discricionárias, devendo estar fundamentada em regras e princípios legais ou que derivem da própria Constituição<sup>163</sup>.

Em outras palavras, em que pese seja permitida a prolação de sentenças aditivas, referidas decisões, não podem ser criadas livremente e à vontade dos membros integrantes da Corte Constitucional. Devem, portanto, obedecer alguns requisitos, dentre eles: a extensão dos direitos em caso de violação da igualdade deve ser favorável aos cidadãos e tal decisão deve ter como fundamentos preceitos ou princípios legais ou constitucionais. Exige-se, portanto, um embasamento legal ou constitucional que motive esta decisão.

<sup>161</sup> MEDEIROS, Rui, 1999, *apud* SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. **As sentenças aditivas na jurisdição constitucional**. Disponível em: <[http://www.esmp.sp.gov.br/revista\\_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/77/41](http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/77/41)>. Acesso em 11 jun 2017, às 21h37, p. 104-105.

<sup>162</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 119.

<sup>163</sup> MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

Em suma:

[...] as sentenças aditivas cumpriram e cumpre, na Itália, papel fundamental no **controle das omissões legislativas com vista à observância da ordem constitucional** e, principalmente, **do princípio da isonomia**. Elas têm representado uma ruptura com a ortodoxa kelsiana das cortes como o “legislador negativo”, que não lhes permitia concretizar por completo os direitos fundamentais, tampouco reagir às hipóteses de inércia legislativa. O caso da Itália pós-fascismo é ótimo exemplo de como **os juízes constitucionais devem, em muitas vezes, atuar como legislador positivo diante da paralisia dos poderes políticos. Casos análogos de inércia legislativa e violação de direitos fundamentais podem justificar o ativismo judicial exercido por meio das sentenças aditivas**<sup>164</sup>. (Grifo nosso)

Ou seja, no caso da Itália, o ativismo judicial revelou-se de essencial importância para a promoção de direitos fundamentais. Ora, por vezes o legislador não consegue prever e, assim, acaba sendo omissivo no momento de elaborar leis, motivo pelo qual deve o Judiciário, no caso da Itália, a Corte Constitucional, suprir essa omissão, agindo assim como um “legislador positivo”.

#### 4.1.1.3 Colômbia

É errado pensar que somente a República Federativa do Brasil, em toda a América

Latina, apresenta posturas ativistas — as quais serão analisadas mais adiante —, pois um de seus Estados vizinhos vem sendo conhecido e apontado como um grande ativista: Colômbia.

Analisando sua Carta Política, é possível perceber que a Colômbia tem intensa preocupação com os direitos fundamentais, especialmente com os de esfera social, pois, de acordo com art. 1º da Constituição Política<sup>165</sup>:

Artículo 1º. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general<sup>166</sup>.

Considerada uma das Cortes mais ativistas do mundo, a Corte Constitucional colombiana tem produzido uma jurisprudência bastante proativa, especialmente em dois campos: no controle das práticas políticas e das ações do Executivo e da efetivação dos direitos fundamentais, em especial os sociais<sup>167</sup>.

Os direitos fundamentais encontram-se reunidos nos arts. 11 a 41 da Carta Política

<sup>164</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. As sentenças manipulativas aditivas: os casos das cortes constitucionais da Itália, da África do Sul e do STF. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto, 2015, p. 6-7.

<sup>165</sup> COLÔMBIA. **Constitución Política de Colombia**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2017, às 14h52, p. 13.

<sup>166</sup> “Artigo 1º. A Colômbia é um Estado Social de Direito, organizado em forma de República unitária, descentralizada, com entes territoriais autônomos, democrática, participativa e pluralista, fundada no respeito à dignidade humana, no trabalho e solidariedade das pessoas que a integram e na prevalência do interesse geral”. (Tradução nossa)

<sup>167</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

e os sociais estão dispostos nos arts. 42 a 77 da Constituição colombiana, sob o Capítulo 2, intitulado “de los derechos sociales, económicos y culturales”, isto é, dos direitos sociais, econômicos e culturais, abrangendo direitos como direito da família, de moradia digna, da criança e do adolescente, ao trabalho, a Seguridade Social, dentre outros.

No capítulo pertinente à jurisdição constitucional (capítulo 4), encontra-se prevista a Corte Constitucional colombiana.

O art. 239 desta Carta cuida de regulamentá-la, dispondo o número de integrantes e a duração dos mandatos de seus membros, ao passo que o art. 240 estabelece quem não pode ser eleito a magistrado integrante da Corte em apreço. Na mesma senda, o art. 241 da Constituição Colombiana, por sua vez dispõe ser a Corte a sua guardiã e atribui-lhe, para tanto algumas funções, como por exemplo, o de controle de constitucionalidade.

Conforme mencionado anteriormente, parte do ativismo judicial da Colômbia concentra-se no controle dos atos políticos do Executivo, especialmente no que tange o Estado de Exceção, previsto nos arts. 212 a 215 da referida Constituição. Será decretado nas hipóteses do art. 213<sup>168</sup>, abaixo transcrito:

Artículo 213. En caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía, el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Comoción Interior, en toda la República o parte de ella, por término no mayor de noventa días, prorrogable hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República.

Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos. [...]

Dentro de los tres días siguientes a la declaratoria o prórroga del Estado de Comoción, el Congreso se reunirá por derecho propio, con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales. El Presidente le pasará inmediatamente un informe motivado sobre las razones que determinaron la declaración.

En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar.<sup>169</sup>

---

<sup>168</sup> COLÔMBIA. **Constitución Política de Colombia.** Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2017, às 14h52, p. 59-60.

<sup>169</sup> Tradução livre: “Artigo 213. Em caso de grave perturbação de ordem pública que atente de maneira iminente contra a estabilidade institucional, a segurança do Estado ou a convivência entre os cidadãos e que não possa ser sanada com o uso das atribuições ordinárias das autoridades policiais, o Presidente de República, com a concordância de todos os ministros, poderá declarar o Estado de Comoção Interior em toda a República ou parte dela,

por tempo não superior a noventa dias, prorrogáveis por dois períodos igual, o segundo requerendo ciência prévia e favorável do Senado da República. Mediante tal declaração, o Governo terá prerrogativas estritamente necessárias para sanar as causas da perturbação e impedir a extensão de seus efeitos. [...] Dentro dos três dias seguintes à declaração que prorrogar o Estado de Comoção, o Congresso se reunirá por direito próprio, com suas plenas atribuições legais e constitucionais. O Presidente lhe passará imediatamente informação motivada sobre as razões que determinaram a declaração. Em nenhum caso os civis poderão ser investigados ou julgados pela Justiça Penal Militar”. (Tradução nossa)

De acordo com o dispositivo supracitado, o Estado de Comoção Interior, que integra o Estado de Exceção, poderá ser decretado em caso de grave perturbação de ordem pública que atente de maneira iminente contra a estabilidade institucional, a segurança do Estado ou a convivência entre os cidadãos, desde que não possa ser resolvida com o uso das atribuições reservadas às autoridades policiais. Deste modo, poderá o Presidente da República, com a concordância de todos os ministros, declarar este Estado em toda a nação ou em parte dela, por noventa dias prorrogáveis por duas vezes, devendo a segunda ser requerida previamente ao Senado, que deverá manifestar de forma favorável.

O art. 214 da Carta Política<sup>170</sup>, por sua vez, estabelece as regras as quais deverão se submeter os Estados de Exceção, merecendo especial atenção os pontos ressaltados abaixo:

---

<sup>170</sup> COLÔMBIA. **Constitución Política de Colombia**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2017, às 14h52, p. 60.

<sup>171</sup> “Artigo 214. Os Estados de Exceção a que se referem os artigos anteriores se submeterão as seguintes disposições: [...] 2. Não poderão suspender os direitos humanos nem as liberdades fundamentais. Em todo caso serão respeitadas as regras do Direito Internacional Humanitário. Uma lei estatutária regulará as facultades do Governo durante os Estados de Exceção e estabelecerá os controles judiciais e as garantias para proteger os direitos, em conformidade com os tratados internacionais. As medidas adotadas deverão ser

Artículo 214. Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones:

1. Los decretos legislativos llevarán la firma del Presidente de la República y todos sus ministros y solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaratoria del Estado de Excepción.

2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del Derecho Internacional Humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos. [...]

5. El Presidente y los ministros serán responsables cuando declaren los estados de excepción sin haber ocurrido los casos de guerra exterior o de conmoción interior, y lo serán también, al igual que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refieren los artículos anteriores.

6. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refieren los artículos anteriores, para que aquella decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento<sup>171</sup>.

Neste sentido, verifica-se que, embora seja um ato discricionário do Presidente da República que, verificando existir os

proporcionais a gravidade do ocorrido. [...] 5. O Presidente e os ministros serão responsáveis quando declararem os Estados de Exceção sem que haja ocorrido os casos de guerra exterior ou de comoção interior e serão também, assim como os demais funcionários, por qualquer abuso que houverem cometido no exercício das facultades a que se referem os artigos anteriores. 6. O Governo enviará a Corte Constitucional no dia seguinte de sua expedição, os decretos legislativos quem ditam o uso de suas facultades a que se referem os artigos anteriores, para que aquela decida definitivamente sobre sua constitucionalidade. Se o Governo não cumprir com o dever de enviá-los, a Corte Constitucional apreenderá, de ofício e de forma imediata, seu conhecimento”. (Tradução nossa)

pressupostos para decretação dos Estados de Exceção, deverá fazê-lo com anuência dos ministros, este ato subordina-se à uma série de medidas, podendo ser responsabilizado, juntamente os demais coautores.

Merece destaque ainda que, mesmo em caso de Estados de Exceção deverão ser observados os direitos humanos e liberdades fundamentais. Ademais, o item 6 do dispositivo supracitado evidencia que os decretos legislativos que disponham sobre as prerrogativas do Governo deverão ser submetidos à Corte Constitucional para que decida sobre sua constitucionalidade.

Justamente aqui reside a postura ativista da Corte Constitucional, com relação ao controle dos atos executivos, isto porque, esta Corte, embora continue reconhecendo a discricionariedade do chefe do Executivo para decidir quando declarar o Estado de Exceção e sua duração, desde a Sentença nº C-004, proferida em 07/05/1992, definiu que o controle jurídico-constitucional sobre tal discricionariedade não seria apenas parcial, mas total<sup>172</sup>. Em outras palavras, a análise da Corte sobre os Estados de Exceção não se limitaria mais aos aspectos procedimentais, mas adentraria no mérito,

buscando verificar se haveria ou não razão para decretação de tal Estado.

Por outro lado, conforme mencionado anteriormente, há outro aspecto em que a Corte tem se manifestado de forma ativista, conforme vê-se no exceto que se segue:

[...] a Corte tem se posicionado como um fórum crescentemente legítimo que responde a alguns dos mais complexos problemas que afetam a sociedade e as instituições colombianas. Suas doutrinas sobre direitos fundamentais têm visivelmente permeado a prática e o discurso social em níveis imprevisíveis. Ademais, em tempos recentes, atores sociais e políticos tem gradualmente transferido à corte a solução de suas mais difíceis questões<sup>173</sup>.

Isto significa que, a Corte Constitucional tem ampliado o seu campo de atuação, de forma ativista, buscando solucionar diversos problemas da sociedade colombiana, aumentando também o campo de incidência dos direitos fundamentais, sociais e econômicos a níveis que o legislador ordinário não previra.

Em outras palavras:

A Corte tem recusado a abordagem formalista e conservadora da Constituição, comum à atuação judicial na Colômbia e vem afirmando a necessidade da interpretação criativa para dar conta da relevância em preservar os comandos constitucionais diante da realidade socioeconômica do país e, assim, garantir as liberdades individuais, reduzir as desigualdades sociais e proteger as minorias marginalizadas. É com essa abordagem criativa da Constituição que a Corte Constitucional colombiana tem sido apontada como uma das mais ativistas do mundo na proteção de direitos fundamentais e sociais<sup>174</sup>.

<sup>172</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

<sup>173</sup> CEPEDA-ESPINOSA, 2004, p. 535 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo.

**Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 124.

<sup>174</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 124-125.

Assim sendo, a Corte colombiana rompe com a abordagem conservadora que lhe prevê a Constituição e age de forma proativa com vistas a proteger os direitos considerados fundamentais, reduzir as desigualdades e proteger minorias, alvo de constantes discriminações.

#### 4.1.1.4 África do Sul

Do continente africano, destaca-se a África do Sul, cuja Corte Constitucional tem sido fundamental no processo de transformação da sociedade após o Apartheid.

Para entender como se dá o ativismo judicial neste Estado é preciso saber que, em 1994 foi criada uma Constituição Provisória pelos partidos políticos, onde constava uma série de princípios fundamentais que serviriam para nortear e promover o consenso sobre uma Constituição futura definitiva<sup>175</sup>. Todavia, esta Constituição definitiva não produziu efeitos enquanto não fora certificada pela Corte Constitucional, o que ocorreu somente em 1997, quando verificou-se total compatibilidade do texto constitucional

com os referidos princípios fundamentais<sup>176</sup>.

Neste sentido, verifica-se a Corte Constitucional sul-africana vem participando ativamente desde a promulgação da Constituição do Estado em questão. Noutra senda, verifica-se aqui a utilização de sentenças aditivas de princípio e modulação temporal de eficácia, conforme menciona o excerto a seguir:

[...] o caso sul-africano revela hipótese em que a Corte Constitucional, por meio de modernas técnicas de decisão como as sentenças aditivas de princípio e a modulação da eficácia das decisões, **“impõe” ao Legislativo o dever de legislar, seja para suprir lacunas inconstitucionais identificadas pela Corte, seja para aprimorar a legislação cujos defeitos são declarados contrários à Constituição.** A Corte não resolve essas falhas de antemão, mas **indica o caminho e dá prazo razoável para que o legislador o faça.** Agindo assim, a Corte Constitucional, de modo proposital e responsável, funciona como **“catalisador deliberativo”, promovendo a interação e o diálogo institucional, maximizando a qualidade democrática em “produzir boas decisões”<sup>177</sup>.** (Grifo nosso)

Diferentemente do que ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, onde, via de regra, o STF, embora reconheça a inconstitucionalidade por omissão, não determina prazo razoável para que o Poder Legislativo sane esta inconstitucionalidade decorrente de sua inércia, na África do Sul a Corte Constitucional pode impor ao

<sup>175</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. As sentenças manipulativas aditivas: os casos das cortes constitucionais da Itália, da África do Sul e do STF. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto, 2015.

<sup>176</sup> CHRISTIANSEN, 2010 *apud* LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo judicial: a experiência**

brasileira e sul africana contra a AIDs. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-16/ativismo-judicial-experiencias-brasileira-sul-africana-aids2?pagina=4>>. Acesso em 22 abril 2017, às 14h30.

<sup>177</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014., p. 145-146.

Legislativo que supra a lacuna em determinado período.

Ilustre exemplo deste diálogo institucional foi a decisão desta Corte sobre o casamento homoafetivo, consoante trecho abaixo:

[...] No polêmico caso, a Corte julgou inconstitucional a legislação ordinária no ponto em que não conferia às uniões homoafetivas os mesmos benefícios, responsabilidades e status do casamento civil entre heterossexuais. Para a Corte, esse tratamento diferenciado violava o princípio constitucional da igualdade, que veda discriminações, dentre outros, por motivo de orientação sexual (s. 9[3]), o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como não atribuiu o devido valor à diversidade e ao pluralismo na sociedade sul-africana<sup>178</sup>.

A Corte, ademais, considerando a polêmica que permeava acerca do assunto e a capacidade do legislador em assegurar tais direitos aos homossexuais, suspendeu por um ano os efeitos da referida decisão com intuito de dar ao Parlamento prazo para regular minuciosamente os direitos reconhecidos por ela, e, caso o Legislativo permanecesse inerte, tanto a equidade quanto a justiça demandariam que a lei ordinária passasse a ser interpretada de maneira a assegurar o casamento em ter os homossexuais<sup>179</sup>.

Neste sentido, observa-se que embora a Corte tenha reconhecido a

inconstitucionalidade do tratamento diferenciado entre pessoas em razão de orientação sexual, tendo em vista que esta discriminação não apenas viola o princípio da isonomia como também o da dignidade humana, valeu-se de uma sentença aditiva de princípios para permitir que o Parlamento manifestasse sobre o tema e exercesse a sua competência, desde que assim o fizesse dentro dos limites principiológicos definidos pela Corte. Em outras palavras, a Corte permitiu que o Legislativo exercesse a sua função precípua que é legislar, desde que a fizesse dentro dos parâmetros definidos por ela.

Outro exemplo é o caso Grootboom, julgado em 2000, onde pessoas extremamente pobres, valendo-se do direito à moradia, buscaram judicialmente obrigar o Poder Públicas a aplicá-las de forma digna<sup>180</sup>. Neste caso, a Corte sul africana reconheceu o dever de o governo prover as condições necessárias para o exercício dos direitos socioeconômicos, todavia, ponderou que esses direitos deveriam ser realizados de forma progressiva pelo Governo, através de medidas razoáveis, dentro dos recursos disponíveis<sup>181</sup>.

<sup>178</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. As sentenças manipulativas aditivas: os casos das cortes constitucionais da Itália, da África do Sul e do STF. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto, 2015, p. 8.

<sup>179</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

<sup>180</sup> LEAL, Saul Tourinho. **África do Sul Connection n 37**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Africa/103,MI226142,21048-Africa+do+Sul+Connection+n+37>>. Acesso em 22 abril 2017, às 14h32.

<sup>181</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Os reflexos de tal decisão, que se revelou equilibrada, pois, reconheceu o direito à moradia e o dever do Poder Público em garanti-la e, simultaneamente, dispôs que tal direito deveria ser efetivado de forma progressiva, dentro do orçamento disponível, de modo a não tornar impossível sua concretização pelo alto dispêndio monetário, alcançaram a República Federativa do Brasil.

Isto porque, em ADPF n. 347, em que se pede o reconhecimento da violação de direitos fundamentais da população carcerária, bem como a implementação de providências para tratamento desta questão prisional, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), registrou-se que “este modelo sul-africano foi muito elogiado pela doutrina comparativista, por ensejar a proteção de direitos sociais por meio de técnica do diálogo institucional, que minimiza o problema do déficit de expertise do Poder Judiciário para lidar com políticas públicas<sup>182</sup>”.

Mais tarde, tratando-se de uma demanda relacionada ao direito à saúde, a Corte revelou-se ainda mais ativista. Todavia,

para entender a decisão proferida, é preciso compreender os motivos que a ensejaram.

Tratava-se do medicamento Nevirapina, que reduzia a probabilidade de transmissão de HIV de uma mãe para a criança, que somente era distribuído em duas de cada onze províncias sul-africanas, em razão de um programa idealizado pelo Governo, de modo que os médicos do Estado estavam proibidos de aplicar este medicamento em locais diferentes dos previstos, ainda que esta droga já houvesse sido aprovada para uso<sup>183</sup>. Esta proibição fez com que apenas 10% dos 70.000 nascimentos contaminados fossem abrangidos pelo referido programa, de maneira que a TAC (*Treatment Action*), organização de soropositivos da África do Sul, alegou que tal conduta violava os direitos previstos na Declaração de Direitos e requereu que fosse suspensa proibição de distribuição do medicamento fora dos locais previstos pelo programa e que fosse criado um programa mais abrangente para prevenção da transmissão de HIV<sup>184</sup>.

Tais pedidos foram acolhidos, pois reconheceu-se a violação ao direito à saúde a Corte determinou que o Estado elaborasse

---

<sup>182</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF MC nº 347/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ. 01/06/2015.

<sup>183</sup> CHRISTIANSEN, 2010 *apud* LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo judicial: a experiência brasileira e sul africana contra a AIDs**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-16/ativismo-judicial-experiencias-brasileira-sul->

[africana-aids2?pagina=4](http://www.conjur.com.br/2011-jun-16/ativismo-judicial-experiencias-brasileira-sul-africana-aids2?pagina=4)>. Acesso em 22 abril 2017, às 14h30.

<sup>184</sup> CHRISTIANSEN, 2010 *apud* LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo judicial: a experiência brasileira e sul africana contra a AIDs**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-16/ativismo-judicial-experiencias-brasileira-sul-africana-aids2?pagina=4>>. Acesso em 22 abril 2017, às 14h30.

uma política universal, gratuita e razoável que distribuisse remédios para os soropositivos, isto é, não houve a determinação de uma única pessoa tinha direito a um determinado medicamento, mas que o Estado tinha o dever de estabelecer uma política universal<sup>185</sup>.

Ou seja, a Corte Constitucional africana reconheceu o direito universal dos indivíduos à saúde, de cunho socioeconômico e intrinsecamente ligado ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Reconheceu ainda, e mais uma vez, ser dever do Estado promover a concretização dos direitos estabelecidos na Constituição.

Diante do exposto, percebe-se que a Corte Constitucional sul-africana, apesar de ser ativista, procura interagir com os demais poderes políticos através do diálogo institucional, que se trata de uma forma de comunicação entre os poderes, de modo a garantir que todos participem efetivamente das decisões moral, jurídica e politicamente relevantes.

No mais, a Corte sul-africana embora se dedique a efetivar a dignidade da pessoa

humana e os demais direitos socioeconômicos dos indivíduos, valendo-se, portanto, do ativismo judicial, não o faz de forma destemperada, desequilibrada, sobrepunhando os outros poderes da democracia, pelo contrário: busca conciliar os referidos poderes aos direitos dos indivíduos, sem que haja sacrifício excessivo por parte de um ou de outro.

#### 4.1.2 Conceito e relação do ativismo judicial com a Corte brasileira

O termo “ativismo judicial” é utilizado por muitos em conotação negativa, como se fosse um substituto para excesso judicial, um usado termo para referir-se às decisões erradas, todavia, esta utilização depreciativa deve-se ao fato de não haver um consenso ao que é, de fato, ativismo judicial, suscitando dúvidas sobre o tema<sup>186</sup>, conforme destaca o excerto abaixo:

[...] Por ativismo judicial devemos entender a forma como parte dos integrantes do Poder Judiciário entende a atual função jurisdicional. Não mais, como apenas aplicador e chancelador do direito positivo, mas como parte integrante do núcleo de formação do direito. Destacamos que não há consenso sequer com a terminologia do neologismo “ativismo judicial”, muito menos quanto aos seus limites<sup>187</sup>.

<sup>185</sup> LEAL, Saul Tourinho. **África do Sul Connection n 37**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Africa/103,MI226142,21048-Africa+do+Sul+Connection+n+37>>. Acesso em 22 abril 2017, às 14h32.

<sup>186</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

<sup>187</sup> SANTOS FILHO, Oswaldo de Souza; HORVATH JÚNIOR, Miguel. A assistência social, sua efetivação enquanto política pública, o impacto da ideologia, do pensamento sistêmico através do movimento denominado ativismo judicial e sua consequência para os destinatários da proteção social. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo:

Assim, para muitos, este fenômeno revela-se eivado de aspectos negativos e maléficis ao ordenamento jurídico, sendo prejudicial à segurança jurídica e outros princípios constitucionais, consoante trecho a seguir:

No nosso entender, o ativismo traz insegurança, valor fundamental de qualquer Estado Democrático de Direito. Não que a atividade interpretativa deva ser absolutamente controlada e avaliativa. Longe disso. Tampouco deve haver limitações a aspectos formais de controle das leis. O que se defende é que um mínimo de previsibilidade haja na interpretação, a partir da análise dos princípios e regras do ordenamento como um todo, mas sempre em obediência ao papel do legislador, às normas constitucionais, aos precedentes<sup>188</sup>.

Além da afronta à segurança jurídica, outro argumento utilizado por aqueles que repudiam a ideia de ativismo é de que “as novas funções assumidas pelo Poder Judiciário decorrentes do ativismo judicial provocam uma fissura no sistema de repartição dos poderes provocando ou dando início a uma crise entre os poderes<sup>189</sup> [...]” Há ainda aqueles que argumentam que o ativismo é uma forma antidemocrática que substitui os juízos morais que devem ser feitos pelo Executivo e Legislativo, pelo Judiciário, tendo como um de seus alicerces o pamprincipiologismo, isto é, uma suposta “positivação dos valores”, que cria diversos

princípios que são utilizados para resolver casos difíceis ou corrigir algumas incertezas resultantes da linguagem<sup>190</sup>.

Em outras palavras, a maioria dos críticos do ativismo judicial entendem que este fenômeno jurídico é antidemocrático na medida em que o Judiciário usurpa a competência reservada ao legislador e ao chefe do Executivo, utilizando como fundamentos inúmeros princípios que afirma estar positivados.

Entretanto, por óbvio, existem posicionamentos a favor deste fenômeno, que procuram destacar os aspectos positivos desta atitude proativa das Cortes Constitucionais. Como exemplo, tem-se que nos Estados acima mencionados, a postura proativa das Cortes deve-se à necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, em especial atenção ao princípio da dignidade humana, e a extensão destes a todos os indivíduos.

Contudo, para melhor compreensão, urge ilustrar os pontos positivos deste fenômeno jurídico, bem como defini-lo, com base no ordenamento jurídico brasileiro e nas decisões proferidas pela Corte Suprema.

---

Revista dos Tribunais, setembro - outubro, 2015, p. 16.

<sup>188</sup> CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A objetivação do processo e o ativismo judicial no contexto do pós-positivismo. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro, 2016, p. 4.

<sup>189</sup> SANTOS FILHO, Oswaldo de Souza; HORVATH JÚNIOR, Miguel. A assistência social, sua efetivação enquanto política pública, o impacto

da ideologia, do pensamento sistêmico através do movimento denominado ativismo judicial e sua consequência para os destinatários da proteção social. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro - outubro, 2015, p. 16.

<sup>190</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e decisão jurídica**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Urge salientar os motivos que levaram a outorga ao Judiciário da guarda da Constituição e que sistematizaram todos os seus direitos e deveres na Lei Maior de 1988, fazendo com que ocorresse o fenômeno da judicialização da política.

À época em que se reunia a Assembleia Constituinte, o Poder Legislativo sofria com o descrédito da população, que os via como um grupo parcial e que defendia unicamente seus interesses, passando a utilizar o termo “políticos” com conotação pejorativa<sup>191</sup>. Lado outro o Judiciário era considerado uma elite imparcial e não corrompível, ao menos, não em nível tão intenso quanto se supunha ser os legisladores.

Todavia, esta não foi a única causa, conforme elucida o excerto abaixo:

Ademais, sem desconsiderar que a desconfiança popular generalizada nos membros do Congresso Nacional contribuiu e contribui para a inflação da função jurisdicional, é de se mencionar que, desde a adoção do *Welfare State*, a atuação do Poder Legislativo tem se tornado progressivamente deficiente. A partir do intervencionismo estatal na ordem econômica, houve verdadeira paralisia dos Parlamentos em geral, devido ao acalorado debate ideológico que em seus âmbitos passaram a ser constantes, bem como à crescente necessidade de editar leis que, rapidamente, permitissem o desenvolvimento da atividade administrativa<sup>192</sup>.

<sup>191</sup> BOCCATO, Esdras. As deficiências do poder legislativo como fator de impulsão do Ativismo judicial no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro - março, 2015.

<sup>192</sup> LEAL, 1999, p. 230 *apud* BOCCATO, Esdras. As deficiências do poder legislativo como fator de impulsão do Ativismo judicial no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro - março, 2015, p. 3.

<sup>193</sup> BOCCATO, Esdras. As deficiências do poder legislativo como fator de impulsão do Ativismo

Assim, com o descrédito público e a intervenção do Estado na economia, que tornou o Poder Legislativo cada vez mais deficiente, e ainda, a judicialização da política, que foi inaugurada com instrumentos como mandado de injunção, inconstitucionalidade por omissão, e, mais recentemente, súmula vinculante, trazidos pela Carta Magna de 1988<sup>193</sup>, foi o Poder Judiciário considerado o protetor dos direitos e garantias individuais.

Tratava-se de uma tentativa de “proteger” a Constituição do Poder Legislativo, que não somente foi experimentada no Estado brasileiro, mas também pelos norte-americanos em sua luta contra o Parlamento inglês, buscando defender seus direitos<sup>194</sup>.

Entretanto, é preciso destacar, desde já, que judicialização da política e ativismo judicial não são sinônimos. É certo que o primeiro fenômeno impulsionou o segundo e que guardam entre si algumas semelhanças, todavia, não são idênticos. Para melhor compreender esta distinção entre ambos os fenômenos, é necessário esclarecer o que é,

judicial no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro - março, 2015.

<sup>194</sup> MAUÉS, Antônio Gomes Moreira; LEITÃO, Anelice F. Belém. Dimensões da judicialização da política no Brasil: as ADIns dos partidos políticos. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). **Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

de fato, judicialização da política, e, posteriormente, retomar o caminho para definição de ativismo judicial.

Abaixo, segue a definição de judicialização da política:

*Judicialização* significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro<sup>195</sup>.

A leitura apenas do trecho acima faz com que a judicialização se pareça ainda mais com o ativismo judicial, especialmente considerando que não há um consenso sobre o significado deste último fenômeno. Entretanto, não se deve concluir apressadamente pela identidade entre eles. Ademais, a judicialização possui três grandes causas: a redemocratização do país, o constitucionalismo abrangente e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade<sup>196</sup>. Neste sentido, passa-se à análise da primeira causa:

A primeira grande causa da judicialização foi a *redemocratização do país*, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira<sup>197</sup>.

Isto significa que, com a redemocratização do país, que, até então vivia em uma ditadura militar, com supressão dos direitos individuais e decretação de atos institucionais que autorizavam diversos tipos de violência por parte dos militares, o Supremo Tribunal deixou de ser meramente um órgão técnico e especializado, passando a possuir poder político, com capacidade para aplicar a Constituição e as leis, fazendo-as atingirem seus fins, mesmo que em confronto com os outros Poderes. Além disso, a Corte Constitucional não era mais

<sup>195</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 29 mai. 2017, às 14h23, p. 3.

<sup>196</sup> ITO, Marina. **Risco de Politização: "Judicialização é fato, ativismo é atitude"**. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2009-](http://www.conjur.com.br/2009-mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista)

mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista. Acesso em 10 maio 2017, às 9h00.

<sup>197</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 29 mai. 2017, às 14h23, p. 3.

formada apenas por Ministros que foram investidos na ditadura militar, trazendo consigo pensamentos opressores dos direitos fundamentais que vigoravam no regime militar.

Ademais, com a redemocratização, reavivou-se a cidadania, com maior respeito à informação e consciência de direitos, que até então estavam sendo suprimidos pelo regime ditatorial. O Ministério Público deixou de atuar apenas em área criminal, tendo suas funções estendidas para outras áreas do direito e começou a ser implantada Defensoria Pública em diversas áreas do território brasileiro.

O art. 127, *caput*, da CF/88 retrata justamente essa atuação mais ampla do órgão ministerial, na medida em que determina que “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Em igual sentido, o art. 134, *caput*, da CF/88 preceitua que:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita,

aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Diante da ampliação da função e destaque destas duas instituições, tem-se evidenciada que a preocupação e a demanda pela justiça aumentaram com redemocratização do país. Lado outro, a segunda grande causa foi a constitucionalização abrangente, sobre a qual discorre o trecho abaixo:

A segunda causa foi a *constitucionalização abrangente*, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988. [...] Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas<sup>198</sup>.

Assim, em vez de determinadas matérias serem relegadas ao processo político majoritário e a legislação ordinária, o Constituinte Originário inseriu-as no texto da Constituição, tornando-as judicialmente exigíveis, até mesmo em virtude do princípio da inafastabilidade do acesso à jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88, que expressamente determina que “a

<sup>198</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível

<<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 29 mai. 2017, às 14h23, p. 3-4.

lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de a direito”.

Em outras palavras, constitucionalizando os direitos é possível aplicá-los judicialmente no caso de sua inobservância, pois há um respaldo constitucional, que gera segurança jurídica e permite que os indivíduos saibam quando os seus direitos estão sendo respeitados ou não.

O trecho supracitado traz como exemplo o direito de acesso ao ensino fundamental e ao meio-ambiente equilibrado, sendo possível cobrá-los no Judiciário caso eles não sejam observados. Todavia, também é possível visualizar esta ocorrência no direito à saúde, previsto nos arts. 6º e 196 e seguintes da Lei Maior de 1988, por exemplo, para cuja proteção pode-se impetrar mandado de segurança, previsto no art. 5º, LXIX da CF/88.

Aliás, conforme mencionado anteriormente, o mandado de segurança, assim como mandado de injunção são instrumentos de judicialização trazidos pela Carta Magna de 1988. Outro instrumento é a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, e é justamente o sistema de controle de constitucionalidade do Brasil a terceira e última grande causa da judicialização, conforme explicita o excerto abaixo:

A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o *sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*, [...]. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF<sup>199</sup>.

Trata-se do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro mencionado anteriormente, que engloba dois modelos: difuso e concentrado, tornando-se, assim, misto, e proporcionando uma maior possibilidade de discussão acerca de leis e atos incompatíveis com o texto constitucional, bem como de omissões que acarretam a inconstitucionalidade por impedirem a efetividade de certos direitos previstos constitucionalmente.

Neste sentido, merece destaque o seguinte excerto:

É importante assinalar que em todas as decisões referidas acima, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar e o fez nos limites dos pedidos formulados. O Tribunal não tinha a alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento. Não se pode imputar aos Ministros do STF a ambição ou a

<sup>199</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível

<<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 29 mai. 2017, às 14h23, p. 4.

pretensão, em face dos precedentes referidos, de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial. **A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente.** [...] <sup>200</sup>.

Em outras palavras, a Corte Constitucional, quando julga as questões de controle de constitucionalidade o faz por ter sido provocada e nos limites dos pedidos formulados nas ações. Afinal, uma vez supridos os requisitos para cabimento destas ações, não poderia o Supremo abster-se de manifestar-se tanto a respeito do conhecimento ou não da demanda, quanto ao seu mérito.

Isto porque, o sistema de controle de constitucionalidade está expressamente previsto na Constituição, conforme discutido anteriormente, sendo uma das funções do STF julgar estas questões que o alcançam, seja por meio do controle difuso, quando atinge a cúpula do Poder Judiciário por meio do recurso extraordinário, seja através do controle concentrado, conforme art. 102, I, “a” e III da CF/88.

Neste sentido, ao julgar referidas demanda, o STF age conforme determina a Constituição, exercendo sua função.

---

<sup>200</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 29 mai. 2017, às 14h23, p. 5-6.

Nestes termos manifesta-se o excerto abaixo:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva<sup>201</sup>.

É justamente aqui que reside a principal diferença entre judicialização e ativismo judicial. Isto porque, a judicialização, conforme demonstrado, é um fato que deriva do modelo constitucional brasileiro. Lado outro, o ativismo judicial é uma atitude do Judiciário diante da deficiência do Poder Legislativo e Executivo, aplicando princípios a casos não previstos em lei.

Portanto, tem-se que o ativismo é uma opção dos magistrados, ao passo que a judicialização não decorre de uma escolha, mas do modelo constitucional imposto. Entretanto, apesar de diferentes, é evidente que possuem estreita ligação.

<sup>201</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2017, às 11h20, p. 6.

Nesta senda, alerta o trecho abaixo:

É de rigor mencionar, antes de tudo, que o conceito **de papel político do Poder Judiciário não se confunde necessariamente com o de ativismo judicial**. Não há como deixar de reconhecer que o Judiciário, **nos termos em que autorizados pela Constituição**, exerce função tipicamente política, mesmo porque a grande maioria das questões a serem resolvidas pelos magistrados são, de um lado, políticas e, de outro, judiciais. São raras questões só políticas ou só jurídicas<sup>202</sup> [...]. (Grifo nosso)

Em outras palavras, o Poder Judiciário, com a Constituição de 1988, configura-se como poder político, isto é, de forma sintetizada, exerce função representativa do povo, verdadeiro detentor do Poder, conforme determina o art. 1º, parágrafo único do CF/88, ainda que não tenha sido eleito.

Ademais, reforça-se, a judicialização, aliada a outros fatores, impulsionou o ativismo judicial<sup>203</sup>.

Assim, incumbido o Judiciário da guarda da Constituição, sobre ele recaem as esperanças e pressões da sociedade em obter, do modo mais célere possível, a concretização dos fins traçados na Constituição, incluindo-se, aqui, a fruição imediata de direitos sociais, a extensão de benefícios, de universalização progressiva, que foram conferidos a algumas categorias ou regiões<sup>204</sup>.

A este respeito, tem-se a seguinte manifestação:

É neste sentido que se pode dizer que o **próprio modelo de Estado-providência constitui força impulsionadora do ativismo judicial, levando juízes e tribunais a relevar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento** cuja atuação lhes incumbe, na ilusão de poderem “queimar” etapas, concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente<sup>205</sup>. (Grifo nosso)

Destarte, a necessidade do Estado em dar consecução aos fins previstos constitucionalmente serve de impulsão ao fenômeno do ativismo judicial. Este fenômeno nasce então, da necessidade de tutelar direitos em situações não contempladas de forma expressa pela lei. O Poder Judiciário, ao estender a lei para indivíduos ou situações não previstas nela, pratica uma atitude proativa.

Aliás, em idêntico sentido, manifesta-se:

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na **concretização dos valores e fins constitucionais**, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) **a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário**; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de

<sup>202</sup> MIRANDA, 1960 *apud* BOCCATO, Esdras. As deficiências do poder legislativo como fator de impulsão do Ativismo judicial no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro - março, 2015.

<sup>203</sup> LEAL, 1999 *apud* BOCCATO, Esdras. As deficiências do poder legislativo como fator de impulsão do Ativismo judicial no Brasil. **Revista de**

**Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro - março, 2015.

<sup>204</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

<sup>205</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 286.

abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas<sup>206</sup>. (Grifo nosso)

Conforme esclarece o trecho supracitado a ideia de ativismo judicial está relacionada a uma maior participação do Judiciário na busca pela concretização dos fins constitucionais, na maioria das vezes manifestando-se pela extensão de uma dada norma a outros indivíduos e situações que não foram previstas pelo legislador no momento de elaborá-la, pela declaração de inconstitucionalidade de lei em parâmetros menos rígidos que os previstos constitucionalmente e pela imposição de condutas ou omissões ao Poder Público, especialmente em matéria de políticas públicas.

Além disso, com o Poder Legislativo deficiente, não pode o Judiciário deixar a sociedade à mercê de injustiças, motivo pelo qual vale-se do ativismo judicial, que pode ser resumido como uma ferramenta do Poder Judiciário para contornar a vontade política majoritária quando esta tiver se revelado omissa ou deficiente na produção de um consenso<sup>207</sup>.

Merecem destaque, duas decisões ativistas proferidas pelo STF, notadamente

polêmicas. A primeira delas diz respeito a união homoafetiva, que, tendo como fundamentos os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, foi equiparada juridicamente a união heteroafetiva, em 2011<sup>208</sup>.

A segunda decisão polêmica e ativista proferida pela cúpula do Judiciário brasileiro versa sobre o aborto de fetos anencéfalos e sua configuração como crime, tendo o Supremo decidido que não é criminoso o aborto nesta circunstância, tendo em vista o direito da mulher à saúde e a reprodução, bem como princípios como o da dignidade da pessoa humana<sup>209</sup>.

A este respeito, tem-se a seguinte manifestação:

O Supremo tem sido realmente ativista em interpretar a Constituição no propósito de avançar posições fundamentais de liberdade e de igualdade social. Expandindo e aplicando diretamente princípios como o da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade, da liberdade de expressão e da privacidade, ele em imposto sérias limitações às *ações estatais regulatória, investigatória e coercitivo-penal*. Pautada principalmente na proteção do mínimo existencial, o Tribunal vem mostrando forte comprometimento com a ideia de justiça distributiva. Em diversas decisões monocráticas, de Turmas e de Pleno, o Supremo tem exigido do Estado o cumprimento de prestações positivas em torno dos direitos sociais e em favor dos hipossuficientes, interferido ativamente nas escolhas dos outros poderes ou suprindo-lhes a “proteção

<sup>206</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2017, às 09h34, p. 6.

<sup>207</sup> BARROSO, 2009, *apud* CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A objetivação do processo e o ativismo judicial no contexto do pós-positivismo.

**Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro, 2016.

<sup>208</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal **ADI 4.277/DF**. Relator: Min. Ayres Brito. DJ: 14/10/2011.

<sup>209</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ: 12/04/2012.

insuficiente” no âmbito de políticas públicas estatais<sup>210</sup>.

Da leitura do excerto acima, é possível a presença da figura Estado-providência, mencionado anteriormente, como um grande impulsor do ativismo judicial. Afinal, é buscando contornar a inércia e deficiências do Poder Legislativo e dar a cada um o que lhe é devido, concretizando a isonomia e os demais direitos, e, em especial, alcançando a concretude do princípio da dignidade humana, que a postura ativista do Supremo se revela.

Assim, o Supremo aproxima os valores constitucionais das transformações sociais relacionadas aos direitos fundamentais, conforme expressa o trecho abaixo:

[...] mostra que o Supremo vem desempenhando o papel descrito por Aharon Barak de encurtar a distância entre os valores da Constituição e as grandes transformações sociais em torno dos direitos fundamentais. [...] Para Barak, “o direito de uma sociedade é um organismo vivo”, e o papel do juiz é “entender o propósito” desse “direito” e ajudá-lo a alcançar esse propósito<sup>211</sup>. [...]

Isto significa que o juiz deve entender do que uma sociedade necessita e auxiliá-lo a alcançar o que precisa. Tal afirmação vai de encontro com os ensinamentos de Montesquieu, que afirmava que o direito deve seguir as transformações da sociedade,

<sup>210</sup> BARAK, 2006, p. 3 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 252-253.

<sup>211</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 252.

acompanha-la em seu desenvolver, sob pena de revelar-se ineficaz. Ora, se o direito não atende aos anseios da sociedade para a qual foi criado, aos poucos revelar-se-á inepto.

Assim, conclui-se que:

O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica. A adiada reforma política é uma necessidade dramática do país, para fomentar autenticidade partidária, estimular vocações e reaproximar a classe política da sociedade civil. Decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados. Mas não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade. Um exemplo de como a agenda do país deslocou-se do Legislativo para o Judiciário: as audiências públicas e o julgamento acerca das pesquisas com células-tronco embrionárias, pelo Supremo Tribunal Federal, tiveram muito mais visibilidade e debate público do que o processo legislativo que resultou na elaboração da lei<sup>212</sup>.

Assim sendo, o fenômeno do ativismo judicial não deve ser utilizado com conotação pejorativa, pois apresenta bastantes aspectos positivos. É justamente esta maior atenção às demandas populares não atendidas pelos demais Poderes que merece especial atenção no momento de se decidir pela validade ou não de determinada decisão ativista.

<sup>212</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 29 mai. 2017, às 14h23, p. 9-10.

Ademais, nem todo ativismo judicial é prejudicial. É nefasto, e deve ser combatido, aquele ativismo que não defende os direitos fundamentais, como em decisão que entendeu pela desnecessidade de trânsito em julgado em casos criminais para considerar o indivíduo culpado<sup>213</sup>, ferindo, assim, o princípio da presunção da inocência<sup>214</sup>, constante no art. 5º, LVII da CF/88. Por outro lado, é benéfico e válido o ativismo judicial compatível com a Constituição, que protege os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. Afinal, não se pode relativizar o princípio da dignidade da pessoa humana, que é inerente a todos, independentemente de suas escolhas<sup>215</sup>.

## 4.2 Benefício de Prestação Continuada (BPC)

Considerando o objetivo geral do presente trabalho, faz-se necessário discorrer sobre o BPC e seus requisitos.

Conforme mencionado no primeiro capítulo, referido benefício integra a Assistência Social que, por sua vez, é uma das espécies do gênero Seguridade Social,

estando incluído no rol de direitos sociais, que possuem *status* de direito fundamental. Entretanto para total compreensão deste benefício, é imprescindível entender sua trajetória no ordenamento jurídico. Assim, em 1974, foi instituída a renda mensal vitalícia (RMV) pela Lei n. 6.179/1974. Tratava-se de um benefício previdenciário que, no momento de sua edição tinha valor correspondente à metade do salário mínimo, todavia, com a Carta Magna de 1988, passou a ser devido um salário mínimo.<sup>216</sup> Ademais, nota-se que:

O art. 139 da Lei nº 8.213 dispunha que a renda mensal vitalícia continuaria integrando o elenco de benefícios da Previdência Social, até que fosse regulamentado o inciso V do art. 203 da Constituição. Era devida ao maior de 70 anos ou inválido que não exercessem atividade remunerada, não auferindo qualquer rendimento superior ao valor de sua renda mensal, nem fossem mantidos por pessoa de quem dependessem obrigatoriamente, não tendo outro meio de prover o próprio sustento. [...] Seria vedada sua acumulação com qualquer espécie de benefício do Regime Geral de Previdência Social ou de outro regime<sup>217</sup>.

Todavia, mesmo preenchendo os requisitos mencionados no excerto acima — maior de 70 anos ou inválido, que não exerça atividade remunerada e não aufera qualquer rendimento superior ao valor de sua renda mensal, bem como não seja mantido por pessoa de quem seja dependente obrigatório

<sup>213</sup> Notícia fornecida por Sérgio Augusto Lima na XVI Jornada Acadêmica de Direito do ILES/ULBRA, em Itumbiara, Goiás, em outubro de 2016.

<sup>214</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**. Relator: Min. Teori Zavascki. DJE: 17/05/2016.

<sup>215</sup> Notícia fornecida por Sérgio Augusto Lima na XVI Jornada Acadêmica de Direito do ILES/ULBRA, em Itumbiara, Goiás, em outubro de 2016.

<sup>216</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

<sup>217</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 500.

—, para ser beneficiário desta renda mensal vitalícia, deveria: ter sido filiado à Previdência Social, em qualquer época, pelo prazo mínimo de doze meses, consecutivos ou não; ter exercido atividade remunerada, posteriormente englobada pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS), embora sem filiação a este ou à Previdência Urbana ou Rural por, pelo menos, cinco anos, consecutivos ou não; ou ter filiado à antiga Previdência Social Urbana após atingir sessenta anos de idade, sem que houvesse direito a benefícios regulamentares<sup>218</sup>.

Assim, o âmbito de proteção da RMV era pouquíssimo abrangente, especialmente considerando que se exigia a idade de setenta anos ou invalidez para o beneficiário, pois na época em que fora instituída, poucos conseguiam completar a idade necessária para tê-la concedido, tendo em vista a expectativa de vida.

Este benefício, todavia, foi substituído pelo BPC, com a criação da Lei n. 8.742/1993, comumente conhecida como LOAS. Na realidade, o que se percebe é que os requisitos para concessão do benefício mantiveram-se os mesmos em essência, exceto pela exclusão de algumas exigências, conforme se verá mais adiante, todavia, tornou mais abrangente e reduziu a

faixa etária dos beneficiados, adaptando-se à nova realidade socioeconômica e mostrando-se mais coerente com a figura de um Estado Social.

Contudo, antes de se analisar as condições previstas na legislação infraconstitucional em vigor na atualidade (Lei n. 8.742/93, LOAS), faz-se necessário apontar que o BPC é um direito constitucionalmente previsto, vez que se encontra elencado no rol dos objetivos da Assistência Social, ou seja, no art. 203, V da CF/88, abaixo transcrito:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II – o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III – a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

**V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.** (Grifo nosso)

Assim, sendo o principal benefício assistencial, integrando o SUAS, que por sua vez destaca-se no Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome, conforme mencionado anteriormente, encontra-se o BPC inserido

<sup>218</sup> TEIXEIRA, Denilson Victor Machado. Manual de Direito da Seguridade Social. São Paulo: Imperium, 2009.

nos direitos fundamentais da pessoa humana.

Isto posto, cumpre analisar o art. 20 da LOAS, que cuida especificamente no benefício em apreço, abaixo transcrito:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

§ 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

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

§ 4º O benefício de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória.

§ 5º A condição de acolhimento em instituições de longa permanência não prejudica o direito do idoso ou da pessoa com deficiência ao benefício de prestação continuada.

§ 6º A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento de que trata o § 2º, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS.

§ 7º Na hipótese de não existirem serviços no município de residência do beneficiário, fica assegurado, na forma prevista em regulamento, o seu encaminhamento ao município mais próximo que contar com tal estrutura.

§ 8º A renda familiar mensal a que se refere o § 3º deverá ser declarada pelo requerente ou seu

representante legal, sujeitando-se aos demais procedimentos previstos no regulamento para o deferimento do pedido.

§ 9º Os rendimentos decorrentes de estágio supervisionado e de aprendizagem não serão computados para os fins de cálculo da renda familiar per capita a que se refere o § 3º deste artigo.

§ 10. Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2º deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.

**§ 11. Para concessão do benefício de que trata o caput deste artigo, poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme regulamento (Grifo nosso)**

Este benefício, cuja competência para concessão e manutenção é da União, nos termos do art. 12, I da LOAS, será concedido no valor de um salário-mínimo ao idoso ou pessoa portadora de deficiência que comprovem não possuir condições de prover sua própria subsistência ou de tê-la provida por sua família, mesmo que qualquer deles esteja acolhido em instituições de longa permanência, conforme autoriza o § 5º do artigo acima.

Insta salientar que a redação original do art. 20 da LOAS, no momento da edição da lei, dispunha que o BPC seria devido ao idoso de setenta anos, todavia, com o advento do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003)<sup>219</sup>, passou-se a considerar idosa a pessoa que contasse com sessenta e cinco anos, de modo que a redação do supramencionado artigo foi alterada, passando a contemplar os idosos a partir do momento que

<sup>219</sup> CARVALHO, Marco César de; VIEIRA, Joice Geremias. O impacto social da renda per capita na concessão do benefício de prestação continuada.

**Revista de Direito do Trabalho.** São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro - dezembro, 2011.

adquirissem esta condição, isto é, completassem sessenta e cinco anos.

Este benefício pode ser concedido ainda ao indígena, brasileiro naturalizado, domiciliado no Brasil, desde que não amparado por nenhum benefício do sistema previdenciário de seu país de origem<sup>220</sup>.

Com relação à família, que, segundo o § 1º do dispositivo acima, é composta pelo requerente, seu cônjuge ou companheiro, os pais e, ausente um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto, é importante ressaltar que o benefício poderá ser concedido a mais de um dos membros da entidade familiar, desde que supridos os requisitos exigidos<sup>221</sup>.

Ademais, o § 2º do dispositivo, com intuito de discriminar o portador de deficiência, teve sua redação alterada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015), que entrou em vigor 180 dias após a data de sua publicação.

A este respeito, convém ressaltar que, antes da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a redação do § 2º do art. 20 da LOAS determinava que:

§ 2.º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com

diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.

Antes de discorrer sobre a diferença entre a antiga e atual redação, é preciso salientar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência cuidou, ainda, de conceituar o que é barreira, em seu art. 3º, IV, apresentando suas classificações nas alíneas “a” a “f”, conforme se visualiza a seguir:

Art. 3º Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se: [...]

IV – barreiras: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros, classificadas em:

- a) barreiras urbanísticas: as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo;
- b) barreiras arquitetônicas: as existentes nos edifícios públicos e privados;
- c) barreiras nos transportes: as existentes nos sistemas e meios de transportes;
- d) barreiras nas comunicações e na informação: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens e de informações por intermédio de sistemas de comunicação e de tecnologia da informação;
- e) barreiras atitudinais: atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas;
- f) barreiras tecnológicas: as que dificultam ou impedem o acesso da pessoa com deficiência às tecnologias; [...]

Em suma, barreira é tudo aquilo que torne mais difícil o exercício de diversos direitos, podendo ser de diversos tipos, inclusive imateriais, como barreiras nas comunicações.

<sup>220</sup> TEIXEIRA, Denilson Victor Machado. Manual de Direito da Seguridade Social. São Paulo: Imperium, 2009.

<sup>221</sup> TEIXEIRA, Denilson Victor Machado. **Manual de Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Imperium, 2009.

Assim sendo, para entender a real diferença entre as duas redações é preciso desmembrá-las e cotejadas ponto a ponto. De acordo com a redação anterior, pessoa com deficiência era aquela que possuía:

- i) impedimentos de longo prazo;
- ii) impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial;
- iii) impedimentos que, em contato com diversas barreiras, possam obstruir a participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.

Diferentemente da redação atual que afirma que pessoa com deficiência é aquela que possui:

- i) impedimento de longo prazo;
- ii) de natureza física, mental, intelectual ou sensorial;
- iii) impedimento que, em contato com uma ou mais barreira, possam obstruir a participação plena e efetiva na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas.

Cotejando-as, percebe que a redação dada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência afirma que para ser deficiente, basta que tenha apenas um impedimento, podendo ele ser, inclusive, de natureza mental, bem como exige que este impedimento em contato ainda que com apenas uma barreira, sendo ela de qualquer tipo, obstrua a participação plena e efetiva na sociedade,

em igualdade de condições com as demais pessoas.

Neste sentido, percebe-se que a nova redação se revela mais inclusiva e dispensa uma maior atenção a igualdade entre as pessoas, no que concerne a participação destas em sociedade. Ao passo que a anterior podia, muitas vezes, ser interpretada de forma restritiva e pouco inclusiva.

Ademais, considera-se impedimento de longo prazo aquele que produza efeito por pelo menos dois anos, consoante § 10 do dispositivo acima. De todo modo, a concessão do benefício aos portadores de deficiência dependerá de avaliação da deficiência e de seu grau, a ser realizada por médicos peritos e assistentes sociais do INSS, conforme preceitua o § 6º do art. 20 da LOAS, podendo ser encaminhado ao município mais próximo que contar com este serviço, caso o município de residência do requerente não o possua, nos termos de seu § 7º.

Em razão do artigo mencionar que o impedimento de longo prazo é aquele que produz efeitos por, no mínimo, dois anos, o art. 21 da Lei n. 8.742/93 estabelece que o BPC será revisto a cada dois anos, de modo averiguar se ainda persistem as condições que lhe deram causa. Deste modo, caso se mostrem superadas estas condições ou caso o beneficiário tenha vindo a óbito, o

benefício será cessado. Importa ressaltar que, o art. 21, § 4º da LOAS determinar que, estando vivo o beneficiário e se tratando de pessoa portadora de deficiência, a cassação do benefício não impede uma nova concessão, se estiverem atendidos os requisitos definidos no regulamento. Entretanto, o desenvolvimento de capacidades cognitivas, motoras ou educacionais e a prestação de atividades não remuneradas de habilitação e reabilitação, entre outras, não são causa de suspensão ou cessação do benefício de pessoa com deficiência, conforme § 3º do dispositivo supramencionado.

Lado outro, segundo o § 2º do art. 21 da Lei n. 8.742/93, será cancelado o BPC se ficar constatada alguma irregularidade em sua concessão ou utilização.

Ainda sobre as hipóteses de cessação ou cancelamento, tem-se o art. 21-A, inserido pela Lei n. 12.470/2011, que trata dos casos de suspensão, abaixo transcrito:

Art. 21-A. O benefício de prestação continuada será suspenso pelo órgão concedente quando a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual

§ 1º Extinta a relação trabalhista ou a atividade empreendedora de que trata o caput deste artigo e, quando for o caso, encerrado o prazo de pagamento do seguro-desemprego e não tendo o beneficiário adquirido direito a qualquer benefício previdenciário, poderá ser requerida a continuidade do pagamento do benefício suspenso, sem necessidade de realização de perícia médica ou reavaliação da deficiência e do grau de incapacidade para esse fim, respeitado o período de revisão previsto no caput do art. 21

§ 2º A contratação de pessoa com deficiência como aprendiz não acarreta a suspensão do benefício de prestação continuada, limitado a 2 (dois) anos o recebimento concomitante da remuneração e do benefício.

Da leitura deste dispositivo o BPC será suspenso caso a pessoa portadora de deficiência exerça qualquer tipo de atividade remunerada, ainda que como microempreendedor individual. Todavia, uma vez extinta a relação trabalhista ou a atividade empreendedora, se o beneficiário não adquiriu direito a algum benefício da Previdência Social, poderá requerer a continuidade do pagamento do benefício suspenso, dispensando-se a realização de perícia médica ou reavaliação da deficiência e seu grau, desde que dentro do período de revisão de dois anos.

A condição de aprendiz é uma exceção à regra anteriormente apresentada, vez que sendo a pessoa com deficiência contratada, não será seu benefício suspenso, estando limitado a dois anos o recebimento simultâneo da remuneração como aprendiz e do BPC.

Em suma, trata-se o BPC de um benefício intransferível, não origina direito à pensão por morte, não se submete a desconto de

qualquer natureza, bem como não dá direito ao pagamento de abono anual<sup>222</sup>.

Isto significa que o BPC é personalíssimo, isto é, não pode ser transmitido da pessoa do beneficiário para outrem, ainda que seu herdeiro. Ademais, não gera direito à pensão por morte porque não é um benefício da previdência social, resultante das contribuições, mas sim da Assistência Social, outra espécie do gênero da Seguridade Social.

Aliás, este benefício, tal como era a RMV, não pode ser acumulado com qualquer no âmbito da seguridade social ou de outro regime, exceto pelos de assistência médica e pensão de natureza indenizatória, conforme art. 20, § 4º da Lei n. 8.742/93. Deste modo, não pode o beneficiário do BPC recebê-lo cumulativamente com a pensão por morte de natureza não indenizatória, prevista no rol de benefícios da Previdência Social, com a aposentadoria por idade, por contribuição ou por invalidez, com auxílio-doença ou auxílio-acidente, dentre outros.

Por fim, quanto aos requisitos do BPC, tem-se o mais polêmico deles: a condição de miserabilidade ou, ainda, o requisito da renda *per capita* familiar.

Isto porque, o § 3º do art. 20 da LOAS determina que incapaz é o idoso ou portador de deficiente cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 do salário-mínimo. Sabendo que a renda *per capita* é o resultado do montante da renda familiar dividido pela quantidade de integrantes da família, a renda familiar mensal deverá ser declarada pelo requerente ou seu representante legal, submetendo-se aos demais procedimentos previstos para o deferimento do pedido, conforme o § 8º deste dispositivo.

Nesta renda *per capita*, não se computam os rendimentos provenientes de estágio supervisionado e de aprendizagem, conforme determina o § 9º do art. 20 da LOAS e tampouco o BPC concedido a outro membro da família<sup>223</sup>.

Trata-se de um requisito objetivo que destina a comprovar a miserabilidade do beneficiário. Todavia, este critério tem gerado bastantes discussões sobre sua constitucionalidade, tendo o Supremo, em primeiro momento, declarado sua constitucionalidade, e, em seguida, reconhecido, de forma incidental, que é inconstitucional este parâmetro. Esta declaração de forma incidental, embora não tenha revogado a norma, não impediu os

---

<sup>222</sup> TEIXEIRA, Denilson Victor Machado. **Manual de Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Imperium, 2009.

<sup>223</sup> BRASIL. Turma Recursal de São Paulo (6ª Turma). **Recurso Inominado n. 16 00685305820144036301**. Relator: Hebert Cornélio Pieter de Bruyn Júnior. DJe: 26/06/2015.

outros órgãos do Judiciário continuassem decidindo de forma contrária ao exposto na norma, perfazendo assim o ativismo judicial, que será analisado mais adiante.

Urge salientar que recentemente, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, foi acrescentado ao art. 20 da LOAS, o § 11, que prevê a possibilidade de aferição da miserabilidade por outros fatores, parágrafo este que será objeto de discussão nos tópicos posteriores.

### 4.3 Precedentes

Precedentes são decisões jurisdicionais anteriores ao julgamento de determinada causa, são resoluções de uma tese jurídica que, submetida a julgamento do Judiciário, possui decisão em caso semelhante<sup>224</sup>. Nesta senda, denominam-se precedentes decisões que posteriormente vão servir de modelo, de orientação para outras decisões, por se fundarem em teses ou questões jurídicas similares.

Entretanto, urge destacar que os precedentes são valorados de forma diferente pelos sistemas, pois a vinculação

e persuasão nos tratos dos precedentes advêm de uma opção legislativa e cultura jurídica de determinada sociedade, de modo que podem ou não ter importância<sup>225</sup>.

Entretanto, com o Novo CPC, há um dever exposto de uniformidade, que impõe que uma mesma situação jurídica seja tratada de forma equivalente pelos tribunais, com fim de se alcançar, principalmente, a segurança jurídica<sup>226</sup>. Isto significa que com o novo *códex*, inaugura-se um dever de observância dos precedentes, de modo a evitar a insegurança jurídica e uniformizar as decisões.

Para ilustrar referido dever, tem-se o art. 926 do CPC, abaixo transcrito:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.  
§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.  
§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Simultaneamente, complementa o art. 927 do CPC:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:  
**I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;**  
**II – os enunciados de súmula vinculante;**  
**III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas**

<sup>224</sup> LARENZ, 2009 *apud* BERTÃO, Rafael Calheiros. Os precedentes no novo código de processo civil: a valorização da stare decisis e o modelo de Corte Suprema brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, março, 2016.

<sup>225</sup> TARUFFO, 2007 *apud* BERTÃO, Rafael Calheiros. Os precedentes no novo código de

processo civil: a valorização da stare decisis e o modelo de Corte Suprema brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, março, 2016.

<sup>226</sup> MACÊDO, Lucas Buriel de. Reclamação constitucional e precedentes obrigatórios. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, dezembro, 2014.

repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. [...] § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores. (Grifo nosso)

Da leitura dos dispositivos supracitados, depreende-se a mudança de um precedente, de uma súmula ou entendimento pacificado deverá ser adequadamente fundamentado, pois o que se preza é a segurança jurídica, a estabilidade, a congruência das decisões.

Neste sentido, tem-se o trecho abaixo:

Na tratativa dos precedentes judiciais elabora-se um dever geral de segurança jurídica, atribuído aos tribunais, com responsabilidade qualificada para o STJ e o STF. Consoante disciplina o novo Código de Processo Civil, constrói-se expressamente o dever de uniformidade, que exige que a mesma situação jurídica substancial seja tratada de forma equivalente pelos tribunais pátrios, eliminando entendimentos incompatíveis no mesmo tribunal; o dever de estabilidade, que impõe a razoável manutenção das rationes decidendi, **que só podem ser superadas diante de mudanças contextuais ou erro, e apenas com a devida fundamentação, sem variações exageradas**; há também o dever de que os órgãos judicantes dialoguem efetivamente com o que já foi posto anteriormente, inserindo sua atuação em um contexto maior da atuação do Judiciário, que é uno e deve portar-se assim por qualquer que seja o órgão decisório, expressão do dever de integridade; e, finalmente, há o dever de coerência, segundo o qual

o Judiciário precisa considerar a eficácia externa de sua fundamentação, no sentido de que ela serve a toda a sociedade, mantendo-se em constante diálogo consigo mesmo<sup>227</sup>. [...]

Neste sentido, o que se preza é a coerência, a manutenção do entendimento, a estabilidade das decisões, de modo a se alcançar a segurança jurídica e extirpar qualquer tipo de imprevisibilidade que deixe os destinatários dos direitos, das pretensões jurídicas vulneráveis e desamparados e os aplicadores do direito, confusos.

Entretanto, como ressaltado nos dispositivos extraídos do CPC, bem como no trecho supracitado, este dever de manutenção e uniformidade não é absoluto, podendo ser relativizado diante de circunstâncias fáticas e jurídicas que permitam a alteração do precedente, desde que de forma fundamentada.

Ademais, cumpre destacar que nem toda decisão é apta para criação ou definição, como por exemplo, decisões cujos fundamentos encontram-se superados, não devendo ser seguidas, tornando-se uma exceção à norma que regula os precedentes<sup>228</sup>. Em outras palavras, decisões que invocam preceitos e fundamentos já ultrapassados, que caíram em desuso ou foram desconsiderados pela

<sup>227</sup> MACÊDO, Lucas Buril de. Reclamação constitucional e precedentes obrigatórios. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, dezembro, 2014, p. 2.

<sup>228</sup> BERTÃO, Rafael Calheiros. Os precedentes no novo código de processo civil: a valorização da stare decisis e o modelo de Corte Suprema brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, março, 2016.

doutrina ou jurisprudência, não podem ser utilizadas como precedentes, pois seu conteúdo tem como fundamentos entendimentos, dispositivos que não se adequam ao ordenamento vigente.

Noutra senda, é certo que nem toda decisão perfaz um precedente, pois nem toda tese será novamente reapreciada pelo Judiciário<sup>229</sup>. Isto significa que, embora tenha se proferido uma decisão sobre determina situação ou tese jurídica, não necessariamente haverá indagações posteriores que demandarão uma nova decisão. Não havendo causas posteriores, a primeira decisão não terá de servir de modelo para outra, de modo que não será considerada precedente.

Isto posto, convém salientar que, na seara da Assistência Social, destacam-se as decisões que julgam o requisito renda *per capita* do BPC, previsto no. 20, § 3º da LOAS. Dentre estas decisões, tem-se como principais precedentes a ADIn n. 1.232/DF, que reconheceu a constitucionalidade deste pressuposto e a Reclamação n. 4.373/PE, que, anos mais tarde, modificou o entendimento já consolidado na Suprema Corte e serviu de parâmetro para diversas outras decisões.

Cumprir destacar, desde já, que ambos os precedentes supracitados foram consolidados em época anterior à vigência do atual CPC, quando ainda vigorava o sistema processual de 1973.

#### 4.3.1 ADIn n. 1.232/DF

A ADIn n. 1.232/DF foi proposta pelo Procurador-Geral da República pouco antes do início do século XXI e tinha como objeto, justamente, o art. 20, § 3º da Lei n. 8.742/93, cujo *caput* ainda ostentava como beneficiário do BPC, além do portador de deficiência, o idoso com, no mínimo, setenta anos, pois ainda não havia sido elaborado o Estatuto do Idoso.

De acordo com o requerente, ora Procurador-Geral da República, o dispositivo supracitado limitava e restringia o direito garantido por ditame constitucional, isto é, com o art. 203, V da CF/88, sendo, portanto, incompatíveis<sup>230</sup>. Neste sentido, o requerente entendia que a fixação de um requisito objetivo, econômico, acabaria por reduzir o alcance da norma prevista na Constituição.

O requerente, seguindo o que lhe era autorizado por lei, requereu nesta ação de

<sup>229</sup> MACÊDO, 2015 *apud* BERTÃO, Rafael Calheiros. Os precedentes no novo código de processo civil: a valorização da *stare decisis* e o modelo de Corte Suprema brasileiro. **Revista de**

**Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, março, 2016.

<sup>230</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn 1.232/DF**. Relator: Min. Ilmar Galvão. DJ: 01/06/2001.

controle de constitucionalidade a concessão de medida cautelar, entretanto, teve seu pleito indeferido pelo Ministro Maurício Corrêa, sob a justificativa de que o legislador ordinário, ao elaborar norma, fixou um parâmetro, que teve o condão de dar eficácia ao dispositivo constitucional<sup>231</sup>.

Do julgamento desta ação, que observou o art. 97 da CF/88, que institui a cláusula de reserva de plenário, conforme mencionado anteriormente, foram vencidos os Ministros Ilmar Galvão, ora relator e Nérci de Silveira, que entendiam pela procedência da ação, apenas para emprestar à norma que se fazia objeto da ação interpretação em consonância com a Constituição.

Urge ressaltar que a “interpretação conforme a constituição” é uma técnica hermenêutica com fim de preservar a validade de normas suspeitas de inconstitucionalidade, bem como de atribuir sentido às normas infraconstitucionais, de modo que melhor perfaçam os ditames constitucionais<sup>232</sup>. É utilizada quando uma mesma norma admite diversos sentidos, alguns dos quais podem ser tomados como inconstitucionais.

Neste sentido, ao valer-se de tal técnica, a Corte julga procedente o pedido feito na ADIn ou ADPF, entretanto, declara a constitucionalidade da lei, pondo em foco um determinado sentido que deve ser observado e proibindo interpretações diferentes<sup>233</sup>.

Em outras palavras, o Ministro-Relator, ao proferir o seu voto, entendeu que o § 3º do art. 20 da LOAS não fixava o parâmetro de renda *per capita* familiar como o único possível para se comprovar a miserabilidade e necessidade do benefício, apenas dava-lhe uma presunção *juris et de jure*, isto é, cumprido tal requisito, estava, o requerente-beneficiário, dispensado de realizar qualquer comprovação, a qual era exigida para os demais casos em que não se cumpria esta condição<sup>234</sup>.

Segundo este posicionamento, o critério adotado por lei não era absoluto, de modo que, caso se comprovasse a necessidade por outros meios, ainda que não fosse respeitado o patamar econômico de 1/4 do salário mínimo por pessoa, era possível conceder o BPC. A diferença estava no fato de que, respeitado o limite legal, não haveria necessidade de se apresentar

---

<sup>231</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn 1.232/DF**. Relator: Min. Ilmar Galvão. DJ: 01/06/2001.

<sup>232</sup> BARROSO, 2009, *apud* PROGEBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou Representação**: política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

<sup>233</sup> PROGEBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou Representação**: política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011

<sup>234</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn 1.232/DF**. Relator: Min. Ilmar Galvão. DJ: 01/06/2001.

qualquer comprovação, sendo a miserabilidade presumida.

Assim, entendia o Relator que o dispositivo da legislação não era inconstitucional, todavia, carecia de uma interpretação em consonância com a Constituição, de modo a extirpar interpretações que pudessem ser inconstitucionais, razão pela qual votou pela procedência da ação única e exclusivamente para proclamar este efeito. Entretanto, como mencionado anteriormente, seu voto foi vencido pela maioria.

Ademais, por óbvio, inexistia o § 11 do art. 20 da LOAS, que determinava que a miserabilidade poderia ser aferida por outros fatores, pois este parágrafo somente foi inserido com a edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que ocorreu em 2015.

Assim, foi a ADIn 1.232 julgada improcedente por assim entender a maioria. Como exemplo do posicionamento dominante, destacam-se os votos dos Ministros Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence. O primeiro defendeu que a concessão do benefício depende de comprovação, na forma da lei, que entendeu como esta a forma de comprovação; ademais, não haveria que se falar em interpretação conforme a Constituição, pois

não se trata de autonomia de direito, mas sim depende da existência e definição que consta da própria lei<sup>235</sup>.

Destarte, de acordo com o pensamento do Ministro Nelson Jobim cabe à lei criar outros mecanismos de comprovação, devendo a concessão do benefício dar-se dentro dos limites por ela fixados. Discordou do entendimento do Relator por acreditar que não havia necessidade de se proclamar a interpretação conforme a Constituição, porque ainda que isto ocorresse, o direito ao benefício continuaria dependendo da existência da lei.

Lado outro, embora o Ministro Sepúlveda Pertence tenha reconhecido a necessidade de o legislador editar outras situações que caracterizem a necessidade do benefício, a fim de complementar o dispositivo constitucional, entendendo que há inconstitucionalidade por omissão de outras situações, defendeu, simultaneamente, a constitucionalidade do § 3º do art. 20 da LOAS, bem como afirmou não haver necessidade de sua interpretação conforme os ditames constitucionais, pois a lei estabeleceu uma situação objetiva que enseja direto à postura assistencial do Estado<sup>236</sup>.

Em suma, tendo a maioria entendido pela total improcedência da ação, inclusive pela

---

<sup>235</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn 1.232/DF**. Relator: Min. Ilmar Galvão. DJ: 01/06/2001.

<sup>236</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn 1.232/DF**. Relator: Min. Ilmar Galvão. DJ: 01/06/2001.

desnecessidade de declaração da interpretação conforme a Constituição, foi confirmada a constitucionalidade do requisito objetivo da renda *per capita*. Tratava-se da adoção, pela Corte, de uma postura de autocontenção, pois esta optou por deixar a cargo da lei, isto é, do Poder Legislativo, a decisão sobre determinada matéria.

Neste sentido, considerando que não foi dada a interpretação conforme a Constituição sugerida pelo Relator, bem como tendo em vista a norma expressa que exigia renda *per capita* familiar de até 1/4 do salário mínimo e ausência do § 11 do art. 20 da LOAS, que somente viria a ser acrescentado anos mais tarde, o INSS, integrante da Administração Pública indireta, somente concederia o BPC àqueles requerentes que taxativamente preenchessem este requisito objetivo, sem aferir a miserabilidade por outros fatores.

Afinal, o INSS submete-se ao princípio da legalidade<sup>237</sup>, e por este princípio, a Administração Pública, somente pode fazer o que admite a lei<sup>238</sup>. Trata-se de uma legalidade que importa em uma

subordinação à lei, pois as atitudes do Administrador e dos agentes públicos dependem de previsão legal.

Este princípio está previsto no art. 5º, II da CF/88 e possui *status* de fundamental, sendo protegido pelo instituto da cláusula pétrea, conforme art. 60, § 4º, IV da Lei Maior. Entretanto, é a sua previsão no art. 37 da CF/88 que expressa e diretamente vincula a Administração Pública.

Assim, não poderia o INSS atuar fora dos limites estabelecidos por lei, de modo que a aferição da miserabilidade por outros fatores que não o expressamente previsto no art. 20, § 3º da LOAS, somente seria possível na seara judicial<sup>239</sup>, vez que, apesar da ADIn 1.232/DF ter reconhecido a constitucionalidade do dispositivo supracitado, os Tribunais adotaram posicionamento diferente.

A este respeito, percebe-se que as Turmas Recursais de São Paulo, pertencentes Juizado Especial Federal da 3ª Região, em 2008, editaram súmulas que buscavam orientar no julgamento, dentre as quais encontrava-se a súmula n. 05, que afirmava que a renda mensal per capita de 1/4 do

---

<sup>237</sup> CARVALHO, Marco César de; VIEIRA, Joice Geremias. O impacto social da renda per capita na concessão do benefício de prestação continuada. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro - dezembro, 2011.

<sup>238</sup> DI PIETRO, 2003 *apud* VARGAS, Alberto Rodrigo Patino. Revisitando o princípio da legalidade sob o paradigma principiológicos constitucional previdenciário. In: SERAU JR, Marco

Aurélio; FOLMANN, Melissa (org.) **Previdência Social**: em busca da Justiça Social. São Paulo: LTr, 2015.

<sup>239</sup> CARVALHO, Marco César de; VIEIRA, Joice Geremias. O impacto social da renda per capita na concessão do benefício de prestação continuada. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro - dezembro, 2011.

salário mínimo não era critério absoluto para aferição da miserabilidade, quando a concessão do BPC<sup>240</sup>. Igual entendimento passou a adotar a Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais e Federais<sup>241</sup>, em súmula n. 11, posteriormente cancelada.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região ainda aprovou, em 2004, a súmula n. 06, que entendia ter sido modificado o requisito objetivo de 1/4 do salário mínimo para 1/2 com a edição da Lei n. 9.533/97. Isto porque, esta legislação, em seu art. 5º, instituiu critério financeiro mais vantajoso, ao estabelecer como limite o valor de 1/2 salário mínimo por pessoa<sup>242</sup>.

Esta legislação é apenas uma das muitas que foram criadas após a edição da LOAS. Outras leis foram editadas após o julgamento da ADIn. 1.232/DF e todas elas previam um patamar mínimo superior à prevista na LOAS, como por exemplo, Lei n. 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; Lei n. 10.869/2003, que criou o Programa

Nacional de Acesso à Alimentação<sup>243</sup>; Lei n. 10.219/01 que instituiu o Bolsa Escola.

As reiteradas decisões pelo STF com vistas a coibir as decisões das instâncias inferiores no julgamento dos casos concretos revelaram-se insuficientes. A diversidade e peculiaridades dos casos levaram à criação de diversos critérios para deferimento do BPC, quais sejam:

- a) O benefício previdenciário de valor mínimo, ou outro benefício assistencial percebido por idoso, é excluído da composição da renda familiar (Súmula 20 das Turmas Recursais de Santa Catarina e Precedentes da Turma Regional de Uniformização);
- b) Indivíduos maiores de 21 (vinte e um) anos são excluídos do grupo familiar para o cálculo da renda per capita;
- c) O benefício assistencial percebido por qualquer outro membro da família não é considerado para fins da apuração da renda familiar;
- d) Consideram-se componentes do grupo familiar, para fins de cálculo da renda per capita, apenas os que estão arrolados expressamente no art. 16 da Lei 8.213/91;
- e) Os gastos inerentes à condição do beneficiário (remédios etc.) são excluídos do cálculo da renda familiar<sup>244</sup>.

Assim, inúmeras manifestações em Reclamações e Recursos Extraordinários que se dirigiam ao STF transpareciam que o critério objetivo fixado na LOAS era

<sup>240</sup> SANTOS FILHO, Oswaldo de Souza; HORVATH JÚNIOR, Miguel. A assistência social, sua efetivação enquanto política pública, o impacto da ideologia, do pensamento sistêmico através do movimento denominado ativismo judicial e sua consequência para os destinatários da proteção social. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro – outubro, 2015.

<sup>241</sup> CASTRO; LAZZARI, 2008 *apud* CARVALHO, Marco César de; VIEIRA, Joice Geremias. O impacto social da renda per capita na concessão do benefício de prestação continuada. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro - dezembro, 2011.

<sup>242</sup> CASTRO; LAZZARI, 2008 *apud* CARVALHO, Marco César de; VIEIRA, Joice Geremias. O impacto social da renda per capita na concessão do benefício de prestação continuada. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro - dezembro, 2011.

<sup>243</sup> CASTRO; LAZZARI, 2008 *apud* CARVALHO, Marco César de; VIEIRA, Joice Geremias. O impacto social da renda per capita na concessão do benefício de prestação continuada. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro - dezembro, 2011.

<sup>244</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 4.374/PE**. Relator: Min. Gilmar Mendes, DJe: 04/09/2013, p. 13-14.

insuficiente para comprovar que o idoso ou portador deficiente não possuía meios de manter-se ou ser mantido por sua família<sup>245</sup>. Entretanto, todas essas decisões jurisprudenciais contrárias à lei e a ADIn 1.232/DF culminou em uma Reclamação proposta pelo próprio INSS dirigida para a Suprema Corte brasileira.

### 4.3.2 Reclamação n. 4.374/PE

Antes de discorrer especificamente sobre a Reclamação n. 4.373/PE, é preciso definir o que vem a ser uma Reclamação e conhecer as hipóteses em que é cabível.

Trata-se de uma ação autônoma utilizada para impugnar um ato judicial, que tem como fim precípuo garantir que seja preservada a competência e a autoridade das decisões dos Tribunais<sup>246</sup>. Ressalta-se, desde já, que não são estas as únicas hipóteses em que pode ser manejada.

Entretanto, há divergências quanto a sua natureza jurídica. Essa dissonância fica evidente na Reclamação n. 336/DF, onde o Relator, Ministro Celso de Mello, enumera

a diferentes naturezas que a doutrina atribui a este instrumento: ação, recurso, remédio incomum, incidente processual, medida de processo constitucional ou ainda, de caráter excepcional<sup>247</sup>.

Ainda há quem entenda que a natureza da reclamação é de um direito constitucional de petição, entretanto, doutrinadores que entendem ser uma ação de competência originária dos Tribunais, refutam este entendimento, conforme vê-se no excerto a seguir:

É importante salientar que o STF, na ADI n. 2212/CE, se manifestou no sentido da reclamação ser um direito constitucional de petição previsto no art. 5º, inciso XXXIV, CR/88. Consideramos, no entanto, que ela não pode ser assim entendida. Isso porque a reclamação: i) diz respeito ao exercício de pretensão à tutela jurídica do Estado — o que só pode ser realizado via ação ou demanda judicial; ii) tem procedimento predefinido com observância do contraditório, não podendo o tribunal proceder de ofício; iii) depende de provocação da parte ou do Ministério Público; iv) admite a concessão de tutela provisória, cabendo, inclusive, recurso da decisão que a defere ou indefere<sup>248</sup>. [...]

Outro argumento suscitado por aqueles que defendem que se trata de uma ação e não de um direito de petição é o fato de que o acórdão proferido na reclamação faz coisa julgada<sup>249</sup>.

<sup>245</sup> CARVALHO, Marco César de; VIEIRA, Joice Geremias. O impacto social da renda per capita na concessão do benefício de prestação continuada. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro - dezembro, 2011.

<sup>246</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

<sup>247</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl. 336/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. DJe: 15/03/1991.

<sup>248</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 655-656.

<sup>249</sup> DIDIER JR; CUNHA, 2016 *apud* FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

Percebe, portanto, que não há consenso quanto à natureza jurídica da reclamação, tendo o próprio STF adotado diferentes posições, vez que, no julgamento da Reclamação n. 336/DF admitiu que o importante não é a sua natureza, mas o fim a que ela se presta, isto é, a viabilizar a preservação da competência da Corte e, simultaneamente, garantir a autoridade de suas ações<sup>250</sup>, ao passo que, na ADI n. 2212/CE, de acordo com o trecho acima, filiou-se à uma das correntes ao afirmar que se trata de um direito de petição.

Com relação à natureza deste instrumento, faz-se necessário pontuar, ainda, que, aqueles que se filiam ao entendimento de que se trata de uma ação, também afirmam não se tratar de incidente processual, pois é possível a propositura de uma reclamação sem que haja processo anterior, bastando, por exemplo, um inquérito policial, onde a competência de Tribunal superior esteja sendo desrespeitada<sup>251</sup>.

Entretanto, urge salientar que as hipóteses de seu cabimento são taxativas. Entretanto, com o advento do Novo CPC, os artigos — arts. 13 a 18 — que regulavam sobre este tema na Lei n. 8.038/90 foram revogados. Deste modo, somente pode ser manejada a Reclamação quando presentes uma das

hipóteses previstas na Constituição ou no art. 988 do CPC.

Na Lei Maior de 1988, estas hipóteses estão previstas nos arts. 102, I, “l”, 103-A, § 3º e 105, I, “f”, quais sejam, respectivamente: para preservar competência e garantir autoridade das decisões emanadas pelo STF, contra ato administrativo ou decisão judicial que contrariar súmula vinculante aplicável ou aplicá-la de forma indevida, ou ainda, para preservar competência e garantir autoridade das decisões proferidas pelo STJ.

Lado outro, o CPC, em seu art. 988, elenca as hipóteses de utilização de Reclamação, conforme vê-se abaixo:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

- I – preservar a competência do tribunal;
- II – garantir a autoridade das decisões do tribunal;
- III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência [...]

Da leitura do trecho acima, vê-se que o CPC acrescentou outras situações autorizadas da propositura de Reclamação, quais sejam os incisos III e IV, que se referem à observância de súmula vinculante e decisão proferida pelo STF em controle

<sup>250</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl. 336/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. DJe: 15/03/1991

<sup>251</sup> DIDIER JR; CUNHA, 2016 *apud* FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de**

**Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

concentrado de constitucionalidade, que tem efeito *erga omnes* e vinculante, conforme já mencionado anteriormente, bem como para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência. Estes incidentes são dirigidos aos Tribunais e a decisão neles proferida têm efeito vinculante, sendo, portanto, são passíveis de Reclamação, caso contrariadas, nos termos dos arts. 985, § 1º e 947, § 3º do CPC.

Entretanto, urge mencionar que a Reclamação n. 4.374/PE foi proposta na vigência do CPC de 1973, quando a Lei n. 8.038/90 ainda não havia sido revogada. Ocorre que, analisando os dispositivos nesta lei que tratam a respeito desta ação — arts. 13 a 18 —, percebe que a referida legislação não inova em relação à Constituição de 1988, talvez por ter sido editada apenas dois anos mais tarde.

O seu art. 13, *caput*, estabelece que a Reclamação deve ser manejada para preservar a competência do Tribunal e garantir a autoridade das decisões, podendo ser movida pela parte interessada ou pelo Ministério Público. Portanto, cotejando a Lei n. 8.038/90 ao CPC atual, percebe-se

que foram ampliadas as hipóteses de incidência desta ação.

Isto posto, é importante salientar que a Reclamação será utilizada para preservar a competência do Tribunal quando um órgão inferior exceder sua competência, julgando matéria que cabe a órgão hierarquicamente superior<sup>252</sup>.

Lado outro, pode ser manejada esta ação quando for necessário preservar a autoridade das decisões, o que ocorre quando uma decisão com efeito vinculante, ainda que apenas entre as partes, tal como é regra, é desrespeitada, seja por uma ação ou omissão de órgão inferior<sup>253</sup>.

Estas são as hipóteses em comum entre a Constituição de 1988, a Lei n. 8.030/90 e o CPC atual. Entretanto, conforme mencionado, há ainda as hipóteses de inobservância de súmula vinculante e decisão proferida em controle de constitucionalidade concentrado, bem como em decisão emanada do julgamento de incidentes de assunção de competência e resolução de demandas repetitivas, contempladas no art. 988 do CPC.

Importa ressaltar que a inobservância da súmula vinculante pode dar-se pelo total desrespeito ou por sua aplicação de forma inadequada, conforme art. 988, § 4º do

---

<sup>252</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

<sup>253</sup> DIDIER JR; CUNHA, 2016 *apud* FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

CPC. Contudo, deve-se atentar para o fato de que não cabe Reclamação contra lei ou norma editada pelo Poder Legislativo, devendo ser manejada uma das ações de controle de constitucionalidade, pois, o legislador pode editar norma que contrarie o entendimento adotado pela Suprema Corte, de modo que as súmulas vinculantes se destinam aos órgãos do Executivo e Judiciário<sup>254</sup>.

Lado outro, conforme já mencionado, pelo fato das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade concentrado possuírem efeitos *erga omnes*, sendo, portanto, vinculantes, o desrespeito à estas pode ser ventilado em Reclamação. Em idêntico fundamento, pode-se propor esta ação, quando for aplicada a tese jurídica da decisão de forma indevida ou simplesmente não for aplicada, quando deveria ter sido, nos termos do art. 988, § 4º do CPC.

Com relação à Reclamação n. 4374/PE, convém ressaltar que foi ajuizada pelo próprio INSS, contra decisão proferida pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Pernambuco, no processo n. 2005.83.20.009801-7, que concedera ao

interessado o BPC, pautando-se, principalmente, na súmula n. 11 da Turma de Uniformização Nacional, que determinava que, mesmo sendo a renda *per capita* familiar, superior ao limite fixado no art. 20, § 3º da LOAS, caso a miserabilidade fosse configurada por outros meios probatórios, seria possível a concessão do benefício em tela<sup>255</sup>.

O objetivo da Reclamante — INSS — era cassar a decisão e afastar o pagamento de um salário mínimo por mês a um trabalhador rural, aduzindo ter havido uma afronta a uma decisão judicial proferida pela própria cúpula do Poder Judiciário brasileiro, isto é a ADIn. 1.232/DF<sup>256</sup>.

De acordo com o Reclamante, haveria uma afronta a supramencionada ação direta de inconstitucionalidade, pois fora concedido o benefício em apreço sem observar o limite fixado na lei infraconstitucional que o instituiu, isto é, o valor de 1/4 do salário mínimo por pessoa.

O Relator da Reclamação em tela, Ministro Gilmar Mendes, indeferiu a liminar de suspensão da decisão prolatada pela Turma Recursal, modificando posicionamento anterior que, por sua vez, tinha acolhido

<sup>254</sup> DIDIER JR.; CUNHA, 2016 *apud* FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

<sup>255</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 4.374/PE**. Relator: Min. Gilmar Mendes, DJe: 04/09/2013.

<sup>256</sup> SANTOS FILHO, Oswaldo de Souza; HORVATH JÚNIOR, Miguel. A assistência social, sua efetivação enquanto política pública, o impacto da ideologia, do pensamento sistêmico através do movimento denominado ativismo judicial e sua consequência para os destinatários da proteção social. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro – outubro, 2015.

pedidos iguais, por entender que havia necessidade de reapreciação do tema pelo Plenário<sup>257</sup>.

Um dos maiores debates em Plenário ocorreu em virtude do conhecimento da Reclamação ajuizada, pois fora arguido prejuízo da referida ação ante a interposição de dois Recursos Extraordinários (REs), quais sejam 580.963/PR e 567.985/MT julgados no dia anterior, entretanto, firmou-se o entendimento de que a Reclamação não fora prejudicada por estes dois recursos<sup>258</sup>.

Referida Reclamação foi julgada em consonância com os RE n. 580.963/PR e 567.985/MT, que declararam a inconstitucionalidade *incidenter tantum* do parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso, por entendê-lo discriminatório, ao privilegiar os idosos e ignorar os portadores de deficientes, que também são destinatários do BPC, bem como reconheceram a inconstitucionalidade do art. 20, § 3º da LOAS<sup>259</sup>.

O art. 34 do Estatuto do Idoso determina que:

Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-

mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas.

Parágrafo único. **O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a Loas.** (Grifo nosso)

A este respeito, manifestou-se o Relator, Ministro Gilmar Mendes, em Reclamação n. 4.374/PE:

Em todo caso, o legislador deve tratar a matéria de forma sistemática. Isso significa dizer que todos os benefícios da seguridade social (assistenciais e previdenciários) devem compor um sistema consistente e coerente. Com isso, podem-se evitar incongruências na concessão de benefícios, cuja consequência mais óbvia é o tratamento anti-isonômico entre os diversos beneficiários das políticas governamentais de assistência social. Apenas para citar um exemplo, refira-se ao Estatuto do Idoso, que em seu art. 34 dispõe que “o benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a Loas”. Não se vislumbra qualquer justificativa plausível para a discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos. Imagine-se a situação hipotética de dois casais, ambos pobres, sendo o primeiro composto por dois idosos e o segundo por um portador de deficiência e um idoso. Conforme a dicção literal do referido art. 34, quanto ao primeiro casal, ambos os idosos tem direito ao benefício assistencial de prestação continuada; entretanto, no segundo caso, o idoso casado com o deficiente não pode ser beneficiário do direito, se o seu parceiro portador de deficiência já recebe o benefício. Isso claramente revela a falta de coerência do sistema, tendo em vista que a própria Constituição elegeu os portadores de deficiência e os idosos, em igualdade de condições, como beneficiários desse direito assistencial<sup>260</sup>.

A declaração de inconstitucionalidade incidental do parágrafo único do art. 34 do

<sup>257</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 4.374/PE**. Relator: Min. Gilmar Mendes, DJe: 04/09/2013.

<sup>258</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 4.374/PE**. Relator: Min. Gilmar Mendes, DJe: 04/09/2013.

<sup>259</sup> BRASIL. **STF declara inconstitucional critério para concessão de benefício assistencial a idoso.**

Disponível:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalh e.asp?idConteudo=236354>>. Acesso em 02 junho 2017, às 14h00.

<sup>260</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 4.374/PE**. Relator: Min. Gilmar Mendes, DJe: 04/09/2013, p. 48-49.

Estatuto do Idoso deve-se, primeiramente, pelo tratamento anti-isonômico entre os idosos e portadores de deficiência, pois o dispositivo acima citado leva à conclusão que somente não se computa o BPC de idoso para fins de concessão de outro a um indivíduo também de idade avançada.

Isso faria com que, em uma família com dois idosos, ambos pudessem receber o referido benefício, entretanto, em uma família com um idoso e um deficiente ou dois deficientes, isso não aconteceria, de modo que não seria concedido um novo benefício se outro já recebesse.

Tal tratamento discriminatório é contrário aos ditames constitucionais, pois representa uma afronta à igualdade prevista no art. 5º, *caput*, da CF/88. Neste sentido, se ambos — idoso e portador de deficiência — são destinatários do benefício, não é justo privilegiar um em detrimento do outro.

Ademais, há um segundo motivo para declaração de inconstitucionalidade incidental do parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso, conforme vê-se logo abaixo:

Registre-se, ainda, que o benefício previdenciário de aposentadoria, ainda que no valor de um salário mínimo, recebido por um idoso também obstaculiza a percepção de benefício assistencial pelo idoso consorte, pois o valor da renda familiar per capita superaria  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo definido pela Lei 8.742/1993 como critério para aferir a hipossuficiência econômica, já que benefícios

previdenciários recebidos por idosos não são excluídos do cálculo da renda familiar<sup>261</sup>.

A segunda razão pela qual a Suprema Corte entendeu inconstitucional o referido dispositivo deve-se ao fato de que o BPC é concedido no valor de um salário mínimo, e, se para os idosos não se computa o benefício do outro de idade avançada para conceder novo, o mesmo deveria ser feito para os benefícios previdenciários que possuam o mesmo valor, ou seja, um salário mínimo.

Entretanto, é cediço que isto não ocorre, e, portanto, a percepção de benefício decorrente da Previdência Social, ainda que por um idoso, torna inviável a concessão do BPC para outro idoso ou deficiente. Portanto, entendeu o STF pela inconstitucionalidade incidental do referido parágrafo.

Além disso, como mencionado anteriormente, tanto a Reclamação n. 4.374/PE quanto os Res n. 580.963/PE e 567.985/MT, todos movidos pelo próprio INSS, reconheceram a inconstitucionalidade do art. 20, § 3º da LOAS. Entretanto, em sede do julgamento da reclamação, instaurou-se um intenso debate acerca da legitimidade da reclamação para rever decisão proferida em ADIn, que não admite rescisão.

---

<sup>261</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 580.963/PR**. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJe: 14/11/2013.

Neste sentido, manifestou-se o Ministro Gilmar Mendes:

Em primeiro lugar, parece óbvio que o STF, no exercício de sua competência geral para fiscalizar a compatibilidade formal e material de qualquer ato normativo com a Constituição, possa declarar a inconstitucionalidade, incidentalmente, de normas tidas como fundamento de decisão ou ato que é impugnado na reclamação. Isso decorre, portanto, da própria competência atribuída ao STF para exercer o denominado controle difuso da constitucionalidade das leis e dos atos normativos<sup>262</sup>.

Como explícito no trecho acima, trata-se de um controle de constitucionalidade em sua forma difusa, isto é, com incidência em caso concreto e que pode ser feita por qualquer órgão do Judiciário, inclusive, pela própria Corte Suprema. É certo que a arguição de inconstitucionalidade de uma determinada lei ou ato normativo em concreto geralmente atinge o Supremo Tribunal através de recursos extraordinários, entretanto, nada obsta que isto ocorra em sede de Reclamação.

Aliás, predomina no STF que a Corte não pode se eximir de julgar alegação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo relacionado ao julgamento da causa<sup>263</sup>. Assim, não poderia o Supremo abster-se de julgar determinada alegação de inconstitucionalidade quanto posta diante dele.

Além disso, o Relator vale-se de outros argumentos para sustentar a legitimidade de revisão, em sede de reclamação, de causa objeto de ação de controle de constitucionalidade concentrado, conforme expõe o excerto a seguir:

Em segundo lugar, é natural que o Tribunal, ao realizar o exercício – típico do julgamento de qualquer reclamação – de confronto e comparação entre ato impugnado (o *objeto* da reclamação) e a decisão ou súmula tida por violada (o *parâmetro* da reclamação), sinta necessidade de reavaliar o próprio parâmetro e redefinir seus contornos fundamentais. A jurisprudência do STF está repleta de casos em que o Tribunal, ao julgar a reclamação, definiu ou redefiniu os lindes de sua própria decisão apontada como o parâmetro da reclamação<sup>264</sup>.

Não é raro, portanto, que a Corte mude o entendimento exarado em uma decisão quando do julgamento de uma reclamação. Como exemplo disso, tem-se a decisão cautelar proferida em ADIn 3.395 MC/DF, que suspendeu qualquer interpretação do art. 114, I da CF/88 que levasse à inclusão, na competência da Justiça trabalhista a apreciação de lides entre o Poder Público e seus servidores, vinculados a eles por relação jurídico-administrativo ou estatutária<sup>265</sup>. Posteriormente, diversas reclamações foram ajuizadas com intuito de questionar o alcance desta decisão, de modo que o STF passou a definir a extensão desta para os casos de contratos temporários

<sup>262</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 4.374/PE**. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJe: 04/09/2013, p. 22.

<sup>263</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 20.505/DF**. Relator: Min. Néri da Silveira. DJ: 08/11/1991.

<sup>264</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 4.374/PE**. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJe: 04/09/2013, p. 22-23.

<sup>265</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn 3.395 MC/DF**. Relator: Min. Cezar Peluso. DJ: 10/11/2006.

celebrados pelo Poder Público, bem como para casos relacionados à cargos comissionados, tal como feito em Reclamação n. 4.904/SE<sup>266</sup>.

Ademais, assinala o Relator, em debate, que o mesmo ocorreu em relação a Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90), conforme explicita o excerto a seguir:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Mas quando se trata de declaração de constitucionalidade, e nós tivemos esse debate, aqui, em relação à Lei dos Crimes Hediondos, em que, inicialmente, declaramos a constitucionalidade, com votos vencidos – Ministro Marco Aurélio, nesse sentido -, e, depois – acho que dez anos passados, salvo engano -, viemos a declarar a inconstitucionalidade<sup>267</sup>.

É bem verdade que, em *Habeas Corpus* (HC) n. 82.959/SP<sup>268</sup>, foi declarada a inconstitucionalidade incidental do § 1º do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos, que impedia a progressão de regime no cumprimento de pena de delitos hediondos. Referida decisão tornou-se o precedente representativo da súmula vinculante n. 26. Ademais, ainda com relação à possibilidade de uma reclamação modificar entendimento exarado pela Corte em ação de controle de constitucionalidade, ressalta o Relator que no processo de comparação entre a decisão-parâmetro ou norma supostamente violada e o fato que supostamente violador,

invariavelmente tem-se reinterpretação da norma ou do paradigma, buscando definir seu conteúdo e alcance, tal como expressa o trecho abaixo:

É por meio da reclamação, portanto, que as decisões do Supremo Tribunal Federal permanecem abertas a esse constante processo hermenêutico de reinterpretação levado a cabo pelo próprio Tribunal. A reclamação, dessa forma, constitui o *locus* de apreciação, pela Corte Suprema, dos processos de *mutação constitucional e de inconstitucionalização de normas (des Prozess des Verfassungswidrigwerdens)*, que muitas vezes podem levar à redefinição do conteúdo e do alcance, e até mesmo à superação, total ou parcial, de uma antiga decisão<sup>269</sup>.

Isto significa que analisando uma reclamação, que visa preservar competência, autoridade de determinado Tribunal, assegurar a observância de súmulas e decisões vinculantes, pode o Tribunal, e, principalmente, o STF, chegar à conclusão diversa. Pode entender que, naquela situação específica ou nos casos em gerais, em virtude de uma mudança fática, política, social e econômica na sociedade, que não deva a decisão paradigma ou a norma prevalecer.

Aliás, é justamente com base nas mudanças de cunho socioeconômico e político que se fundamenta a revisão de entendimento da Corte brasileira na Reclamação n. 4.374/PE.

<sup>266</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl. 4.904/SE**. Relator: Min. Cármen Lúcia. DJ: 17/10/2008.

<sup>267</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 4.374/PE**. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJe: 04/09/2013, p. 53.

<sup>268</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 82.959/SP**. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ: 01/09/2006.

<sup>269</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 4.374/PE**. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJe: 04/09/2013, p. 25.

Em julgamento do RE n. 567.985/MT, o Relator Marco Aurélio assinalou:

Ao declarar a constitucionalidade do dispositivo da Lei nº 8.742/1993, o Tribunal o fez a partir de certo parâmetro, revelado pelo valor do salário mínimo em vigor à época do julgamento. Com o avanço da inflação e os reajustes do mínimo, é possível que outra situação fática se desenhe e que o novo quadro se apresente absolutamente discrepante dos objetivos constitucionais. O caso concreto fornece um exemplo vívido: uma família composta por um casal de idosos e uma criança deficiente. O critério escolhido pelo legislador para apurar a pobreza, embora objetivo, não dá concretude à Constituição<sup>270</sup>.

De fato, são inúmeras diferenças entre o Estado brasileiro de 1998, quando ocorreu o julgamento da ADIn. 1.232/DF e a República Federativa do Brasil de 2013. Em um lapso temporal de quinze anos, diversas mudanças ocorreram, principalmente no patamar político, social e econômico. Um dos exemplos mais marcantes desta mudança, além do salário mínimo, que aumentou para adequar-se à nova realidade dos cidadãos, tem-se a crise econômica de 2009, com repercussão mundial.

Ademais, destacou o Ministro Gilmar Mendes que em ADIn. 1.232/DF, o Ministro Sepúlveda Pertence já reconhecer a inconstitucionalidade por omissão de outras situações autorizadas da concessão do BPC, entretanto, como naquela época, não se aplicava, como hoje, o princípio da

fungibilidade, podendo conhecer uma inconstitucionalidade por omissão em uma ação que se alegava a inconstitucionalidade decorrente de uma ação, entendeu-se que a ADIn proposta não era meio adequado para tanto<sup>271</sup>.

Tal afirmação é correta, pois, da leitura do voto do referido Ministro, observa-se que ele destacou que: “[...] Haverá, aí, inconstitucionalidade por omissão de outras hipóteses? A meu ver, certamente sim, mas isso não encontrará remédio nesta ação direta<sup>272</sup>”.

Não bastasse, nestes quinze anos inúmeras legislações foram editadas. Dentre as leis elaboradas de 1998 a 2013, muitas delas preveem benefícios e programas sociais, cujos parâmetros revelam-se mais vantajosos para os indivíduos. As mais conhecidas são a lei n. 10.689/2003 e lei n. 10.836/2003, que instituíram, respectivamente, o Programa Nacional de Acesso a Alimentação e o Programa Bolsa Família, os quais foram criados, inicialmente, por medidas provisórias que posteriormente foram convertidas em leis. Assim sendo, percebe-se que o próprio legislador, com o decorrer dos anos, reconheceu ser necessário ampliar o

<sup>270</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 567.985/MT**. Relator: Min. Marco Aurélio. DJe: 03/10/2013, p. 17.

<sup>271</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 4.374/PE**. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJe: 04/09/2013.

<sup>272</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn 1.232/DF**. Relator: Min. Ilmar Galvão. DJ: 01/06/2001, p. 105.

parâmetro objetivo, de modo a tornar os benefícios e programas mais eficazes, consoante excerto abaixo:

Portanto, os programas de assistência social no Brasil utilizam, atualmente, o valor de ½ salário mínimo como referencial econômico para a concessão dos respectivos benefícios. Tal fato representa, em primeiro lugar, um indicador bastante razoável de que o critério de ¼ do salário mínimo utilizado pela LOAS está completamente defasado e mostra-se atualmente inadequado para aferir a miserabilidade das famílias que, de acordo com o art. 203, V, da Constituição, possuem o direito ao benefício assistencial. Em segundo lugar, constitui um fato revelador de que o próprio legislador vem reinterpretando o art. 203 da Constituição da República segundo parâmetros econômico-sociais distintos daqueles que serviram de base para a edição da LOAS no início da década de 1990. Esses são fatores que razoavelmente indicam que, ao longo dos vários anos desde a sua promulgação, o § 3º do art. 20 da LOAS passou por um *processo de inconstitucionalização*<sup>273</sup>.

Diz-se “processo de inconstitucionalização”, pois, no entendimento do Relator, até certo momento o critério fixado na LOAS era válido, constitucional, entretanto, em virtude de mudanças no cenário político e socioeconômico, o limite de 1/4 por pessoa da família revelou-se insuficiente para aferir a miserabilidade, tornando-se, gradualmente, inconstitucional, pois restringe a concessão do BPC de modo que muitos dos que dele necessitam, não o percebem por não se enquadrarem no *quantum* previsto em lei.

Neste sentido, não é ocioso assentar que o processo de inconstitucionalização ocorreu por mudanças fáticas — de cunho político, social e econômico —, e jurídicas, diante das novas legislações que fixaram parâmetros diferentes e mais vantajosos para benefícios e programas voltados para a sociedade.

Ademais, é certo que não poderia o STF, como guardião da Constituição, conforme lhe outorga a Magna Carta, em seu art. 102, *caput*, permanecer inerte diante da inconstitucionalização de determinado dispositivo, apenas para cumprir ditames formais, como, por exemplo, respeitar à regra de que decisões proferidas em ação de controle de constitucionalidade abstrato não admitem rescisão, pois estaria anuindo com normas incompatíveis com a Lei Maior e não cumpriria com seu dever constitucional. Aliás, diante de uma inconstitucionalização, é certo que se declare a inconstitucionalidade de determinado dispositivo, sob pena de massacrar ou de não dar a devida efetividade aos direitos fundamentais, e, por conseguinte, à dignidade humana.

A este respeito, pontuou:

Como é sabido, **a evolução interpretativa no âmbito do controle de constitucionalidade pode resultar na declaração de inconstitucionalidade de lei anteriormente declarada constitucional.** Analisando especificamente o problema da admissibilidade de uma nova aferição de

<sup>273</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 4.374/PE**. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJe: 04/09/2013, p. 45.

constitucionalidade de norma declarada constitucional pelo *Bundesverfassungsgericht*, Hans Brox a considera possível desde que satisfeitos alguns pressupostos. É o que anota na seguinte passagem de seu ensaio sobre o tema: “Se se declarou, na parte dispositiva da decisão, a constitucionalidade da norma, então se admite a instauração de um novo processo para aferição de sua constitucionalidade se o requerente, o tribunal suscitante (controle concreto) ou o recorrente (recurso constitucional = *Verfassungsbeschwerde*) demonstrar que se cuida de uma nova questão. Tem-se tal situação **se, após a publicação da decisão, se verificar uma mudança do conteúdo da Constituição ou da norma objeto do controle, de modo a permitir supor que outra poderá ser a conclusão do processo de subsunção. Uma mudança substancial das relações fáticas ou da concepção jurídica geral pode levar a essa alteração**<sup>274</sup> [...] (Grifo nosso)

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, entendeu que, em uma análise abstrata, o art. 20, § 3º da LOAS mostra-se compatível com os ditames constitucionais, entretanto, este dispositivo, aplicado no caso concreto, resulta em flagrante inconstitucionalidade, conforme manifestação abaixo:

Mostra-se patente que o artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, embora não seja, só por si, inconstitucional, gerou situação concreta de inconstitucionalidade. A incidência da regra traduz falha no dever, criado pela Carta, de plena e efetiva proteção dos direitos fundamentais, resultante da eficácia positiva de tais direitos, cuja concretização é condição essencial à construção de uma sociedade mais justa e, portanto, civilizada. Como se sabe, os direitos fundamentais tanto possuem uma faceta negativa, que consiste na proteção do indivíduo contra as arbitrariedades provenientes dos poderes públicos, quanto cria deveres de agir. Refiro-me à denominada dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que tem como um dos efeitos a imposição de deveres permanentes de efetividade, sob pena de censura judicial<sup>275</sup>. [...]

<sup>274</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 4.374/PE**. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJe: 04/09/2013, p. 25-26.

<sup>275</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 567.985/MT**. Relator: Min. Marco Aurélio. DJe: 03/10/2013, p. 17.

Tal entendimento coincide com o posicionamento já firmado pela doutrina. De modo geral, tem-se reconhecido que uma norma, que é sempre abstrata, pode, em determinados casos, não estar em consonância com o caso concreto, afinal, este encontra-se repleto de complexidades próprias que o torna único. A este respeito, tem-se a seguinte manifestação:

É possível cogitar de situações nas quais um enunciado normativo, válido em tese e na maior parte de suas incidências, ao ser confrontado com determinadas circunstâncias concretas, produz uma norma inconstitucional. Lembre-se que, em função da complexidade dos efeitos que pretendam produzir e/ou da multiplicidade de circunstâncias de fato sobre as quais incidem, também as regras podem justificar diferentes condutas que, por sua vez, vão dar conteúdo a normas diversas. Cada uma dessas normas opera em um ambiente fático próprio e poderá ser confrontada com um conjunto específico de outras incidências normativas, justificadas por enunciados diversos<sup>276</sup>.

Isto significa que em algumas situações, por óbvio o parâmetro se mostrará adequado e justo, entretanto, como cada situação possui suas próprias peculiaridades, não sendo idênticas, não é raro que o critério previsto na LOAS se revele injusto. Portanto, cabe ao aplicador do direito torná-lo adequado.

Nos REs n. 567.985/MT e 580.963/PR e na Reclamação n. 4.374/PE, entendeu-se pela prevalência dos direitos fundamentais e do

<sup>276</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 231-232.

princípio da dignidade da pessoa humana frente ao critério financeiro previsto art. 20, § 3º da LOAS. De acordo com a decisão proferida nestes recursos e nesta ação, entendeu a Corte que deve se aplicar o entendimento que mais coincida com os direitos inerente a todas as pessoas e assim dê maior concretização ao previsto no art. 203, V da CF. Tal decisão encontra-se no trecho abaixo:

Com base em alguns fundamentos, entendo ser possível assentar a prevalência da leitura constitucional impugnada pela recorrente sobre tais elementos sistêmicos. Como já relatado, a decisão veiculada na regra infralegal não se sobrepõe à estampada na Carta Federal. No confronto de visões, há de prevalecer aquela que melhor concretiza o princípio constitucional da dignidade humana – cuja aplicação é prioritária no ordenamento jurídico. Quanto às considerações concernentes à segurança jurídica e isonômica, também elas hão de ceder frente àquele princípio maior. Descabe comungar com enfoque que, a pretexto de assegurar as expectativas no tocante à aplicação do Direito, acaba por colocar seres humanos na mais completa situação de indignidade<sup>277</sup>.

Afinal, o princípio da dignidade da pessoa humana é a regra-matriz de todo o ordenamento jurídico, motivo pelo qual foi inserido no rol de objetivos da República Federativa do Brasil, conforme preconiza o art. 1, III da CF/88. Desprezar a dignidade importa em desprezar todos os direitos

fundamentais, pois estes estão relacionados a uma vida digna.

Deste modo, entende-se que de modo algum deva prevalecer uma decisão, ainda que não passível de rescisão, sobre o texto constitucional fundamental. Até mesmo porque trata-se de cláusula pétrea, protegida do poder de reforma até mesmo do legislador ordinário.

Por fim, urge salientar que, embora tivesse sido proposta a modulação dos efeitos da decisão, nos Res n. 567.985/MT<sup>278</sup> e 580.963/PR<sup>279</sup>, de modo que o § 3º do art. 20 da LOAS continuasse válido até 31 de dezembro de 2015, prazo em que o legislador ordinário deveria editar nova regulamentação sobre a matéria em questão, não foi alcançado o *quórum* de 2/3 para aprovação desta modulação.

Para muitos, o fato de não ter sido alcançado o *quórum* necessário para modulação gerou ainda mais insegurança jurídica, pois surgem dúvidas acerca da necessidade ou não do preenchimento do critério econômico para concessão do BPC<sup>280</sup>.

O ativismo judicial revela-se por meio do fato de que, ainda que tenha sido declarada

<sup>277</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 567.985/MT**. Relator: Min. Marco Aurélio. DJe: 03/10/2013, p. 20.

<sup>278</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 567.985/MT**. Relator: Min. Marco Aurélio. DJe: 03/10/2013.

<sup>279</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 580.963/PR**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Dj: 14/11/2013.

<sup>280</sup> SANTOS FILHO, Oswaldo de Souza; HORVATH JÚNIOR, Miguel. A assistência social, sua efetivação enquanto política pública, o impacto da ideologia, do pensamento sistêmico através do movimento denominado ativismo judicial e sua consequência para os destinatários da proteção social. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro – outubro, 2015.

a inconstitucionalidade incidental do art. 20, § 3º da LOAS, — diga-se de passagem, sem pronúncia de nulidade, o que caracteriza a mutação constitucional, e sem aplicação da modulação dos efeitos da decisão que concedesse prazo para o legislador ordinário editasse nova norma sobre o tema —, tal espécie de declaração de inconstitucionalidade não tem o condão de revogar a norma ou ato normativo discutido, bem como tem efeito *inter partes*, entretanto, apesar disso, muitos Tribunais têm utilizado a Reclamação n. 4.374/PE para conceder o BPC ainda que não suprido o requisito financeiro previsto em lei.

Entretanto, é necessário mencionar que em 06 de julho de 2015 foi editada a Lei n. 13.146/2015, que acrescentou o § 11 a Lei n. 8.742/90, segundo o qual “para concessão do benefício de que trata o *caput* deste artigo, poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme regulamento”. Tal fenômeno é conhecido como diálogo institucional, sendo bastante utilizado pela Corte Constitucional da África do Sul.

#### 4.3.2.1 Mutação constitucional e diálogo institucional na Reclama o n. 4.374/PE

Urge destacar, em primeiro lugar, que o STF, como guardião da Constitui o, por vezes adota um papel contramajoritário. Em determinadas situa es tal afirma o pode soar  bvvia, pois no julgamento de causas que versem sobre direitos fundamentais, que visam proteger, principalmente as minorias, que muitas vezes são discriminadas e têm seus direitos e garantias desrespeitados,   comum que se valha de um posicionamento contramajoritário.

Aliás, conforme mencionado anteriormente, as posturas ativistas são fruto do exercício de um papel contramajoritário. Tal situa o pode ser vista expressamente no julgamento dos REs n. 567.985/MT e 580.963/PR e Reclama o n. 4.734/PE, que relativizaram os limites impostos pelo ordenamento — mais especificamente pela LOAS — para conceder benefícios àqueles que, de acordo com disposi o literal do texto da lei, não teriam direito a ele.

Diz-se, portanto, que a Corte desempenha papel contramajoritário, quando invalida atos dos Poderes Executivos e Legislativos, que são eleitos como representantes do povo, e, portanto, da maioria, em nome da Constitui o, bem como representativo, quando atende os clamores sociais e

políticos que não foram atendidos pelos demais Poderes<sup>281</sup>.

Como exemplos destes posicionamentos podem ser citados os Mandados de Injunção (MI) n. 670/ES<sup>282</sup> e 712/PA<sup>283</sup>, que cuidaram da greve dos servidores públicos, pois, a norma constitucional contida no art. 37, VI é de eficácia limitada e não fora editada, pelo Congresso Nacional, norma infraconstitucional que lhe regulamentasse. Neste sentido, o STF determinou que fossem aplicadas aos servidores públicos as regras pertinentes à greve dos setores privados.

Ademais sobre os MIs acima citados, o Ministro Gilmar Mendes, em Reclamação n. 4.374/PE ressaltou que o Supremo Tribunal utilizou de sentenças aditivas, ao suprir a lacuna da lei<sup>284</sup>, técnica esta bastante utilizada pela Corte italiana, conforme mencionado anteriormente.

Portanto, verifica-se que o posicionamento contramajoritário do STF tem como fim concretizar valores e princípios fundamentais, proporcionar maior efetividade à Constituição, pois esta é uma

ordem jurídica aberta que se orienta pelos direitos fundamentais; consiste em assegurar direitos a minorias, contrariando, muitas vezes, a opinião pública<sup>285</sup>.

Outro exemplo desta postura contramajoritária é a decisão que reconheceu a união estável homoafetiva, que, até então, carecia de regulamentação e proteção por parte do legislativo, sendo alvo de inúmeros preconceitos por grande parte da sociedade<sup>286</sup>.

Entretanto, há argumentos de que a Corte não é, na maioria das vezes, contramajoritária. De acordo com estudos realizados até o ano de 2009, o STF é, na maioria das vezes, deferente às regras editadas pelo Congresso Nacional.

De 1988 a 2009, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade de normas federais em 86,68%. Isto porque, no período supramencionado, foram distribuídas no Supremo 4.574 ações, das quais 4.347 eram ADIns — correspondente a 95, 05% do total de ações —, 202 eram ADPFs — 4,42% — e 25 eram ADCs — 0, 55% —, tendo o STF julgado

---

<sup>281</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Roberto Alexy**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-alexey.pdf>>. Acesso em 04 junho 2017, às 11h50min.

<sup>282</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 670/ES**. Relator: Min. Maurício Corrêa. DJe: 30/10/2008.

<sup>283</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 712/PA**. Relator: Min. Eros Grau. DJe: 30/10/2008.

<sup>284</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 4.374/PE**. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJe: 04/09/2013.

<sup>285</sup> FARIA, José Eduardo. **O papel contramajoritário do STF**. Disponível em: <<http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,o-papel-contramajoritario-do-stf,10000065440>>. Acesso em 02 junho de 2017, às 14h35.

<sup>286</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal **ADI 4.277/DF**. Relator: Min. Ayres Brito. DJ: 14/10/2011.

definitivamente 69,19% destas, equivalente a 2.982 processos<sup>287</sup>.

O número relativamente baixo de ADPF deve-se ao fato de que esta ação somente foi regulamentada em 1999, e, até a edição da Emenda Constitucional 45/2004 que concedeu a ela os mesmos legitimados ativos que os da ADIn, constante no art. 103 da CF/88, possuía um rol de legitimados muito restrito<sup>288</sup>.

Das 4.574 ações propostas, apenas 857, isto é, 18,74% tinham por objeto normas federais, isto é, editadas pelo Congresso Nacional<sup>289</sup>, de modo que as restantes impugnavam leis ou atos normativos que não foram expedidos pelo Poder Legislativo da União, sendo de origem diversa.

Ademais, desconsiderando as ADCs que possuem número mínimo, em 2009, apenas 841 processos versavam sobre normas federais, destes, 503 foram julgados e o restante aguardava julgamento, entretanto, das ações já julgadas, 374, correspondente a

74,35%, não tiveram seu mérito analisado, seja por indeferimento liminar ou por outro motivo, de modo que o STF apenas apreciou o mérito em 1/4 dos processos de controle de constitucionalidade abstrato que versavam sobre leis federais<sup>290</sup>.

Por fim, observa-se que deste 1/4 — ou melhor, 25,65% — das ações, a maior parte delas foi julgada improcedente — 12,33% —, sendo o restante julgado procedente ou parcialmente procedente, de modo que, somando o percentual de ações cujo mérito não foi analisado com aquelas que restaram improcedentes, tem-se um total de 86,68% de ações, em que a Corte Constitucional confirmou a constitucionalidade de normas federais, o que revela que, na maior parte das vezes, o STF endossa o entendimento majoritário<sup>291</sup>.

Diante destes resultados, conclui-se que não apenas o STF não enfrenta uma “dificuldade contramajoritária”, ou seja, na maioria das vezes não se vale de uma

---

<sup>287</sup> POGREBINSCHI, 2011 *apud* VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e Estado de direito**: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição. 200 fls. Tese (Doutorado. Área de Direito Público). - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

<sup>288</sup> POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou Representação**: política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

<sup>289</sup> POGREBINSCHI, 2011 *apud* VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e Estado de direito**: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição. 200 fl. Tese

(Doutorado. Área de Direito Público). - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

<sup>290</sup> POGREBINSCHI, 2011 *apud* VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e Estado de direito**: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição. 200 fl. Tese (Doutorado. Área de Direito Público). - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

<sup>291</sup> POGREBINSCHI, 2011 *apud* VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e Estado de direito**: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição. 200 fl. Tese (Doutorado. Área de Direito Público). - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

postura contramajoritária, no que concerne às normas federais, como também não ocupa um suposto vazio na seara normativa deixado pelo Legislativo, pois, no período que compreende os anos de 1988 a 2009, enquanto o Supremo Tribunal julgava precedente, seja parcial ou total, uma ADIn ou ADPF, declarando inconstitucional determinada norma, existiam projetos de lei sobre o mesmo assunto em trâmite no Congresso Nacional<sup>292</sup>.

Ademais, é equivocada a afirmação de que o STF tem enfraquecido o Poder Legislativo ao sobrepor suas decisões ao posicionamento majoritário do Congresso Nacional, pois estima-se que, entre 1988 a 2009, sempre que a Corte julgou precedente uma ADIn ou ADPF contra norma federal, o Congresso Nacional respondera com cerca de 6,85 projetos de lei sob e o mesmo assunto que fora declarado inconstitucional, seja parcial ou totalmente<sup>293</sup>. A declaração de inconstitucionalidade, na verdade, acaba por impulsionar o Poder Legislativo a editar normas sobre determinadas matérias, incitando-o a legislar de forma mais adequada à época em que se encontra.

Neste sentido, é possível concluir que, se muitas das vezes o STF ratifica a vontade

majoritária do Congresso Nacional, as ocasiões em que age de forma ativista são, na verdade, minoria, pois, se ativismo judicial e posição contramajoritária estão intrinsecamente relacionados, e, se poucas vezes o Supremo Tribunal entende de forma diversa ao Poder Legislativo, ao menos em âmbito federal, ainda mais raras são as vezes que ultrapassa a esfera de competência do legislador.

Entretanto, há quem defenda que esta questão não é tão simples, afirmando que os dados supracitados demonstram apenas uma parte do dilema, conforme se vê no excerto abaixo:

O trabalho de Thamy é absolutamente relevante. Mas demonstra apenas pequena parcela do problema. Na verdade, ela não desmistifica os discursos sobre o ativismo e a judicialização. Apenas demonstra, por números, que, olhando os resultados dos julgamentos do STF, ele mais julga a favor do Parlamento e do Executivo do que contra. Mas esses números escondem os demais julgamentos do STF. Mais do que isso, colocam uma cortina de fumaça sobre o imenso contingente de julgamentos ativistas dos Tribunais da República, que vão desde o simples descumprimento de direitos fundamentais (ativismo às avessas, pois não?) até decisões descontroladas fornecendo xampu para calvos e decisões proibindo a caça com base no princípio da dignidade da pessoa humana<sup>294</sup>. [...]

Assim, percebe que há quem afirme que não se pode analisar a questão do papel majoritário do STF e o ativismo judicial de forma tão simplificada, pois trata-se de um

<sup>292</sup> PROGREGINSCHI, Thamy. **Judicialização ou Representação:** política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

<sup>293</sup> PROGREGINSCHI, Thamy. **Judicialização ou Representação:** política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

<sup>294</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e decisão jurídica.** 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 295.

caso demasiado complexo que não pode ser resumido apenas pelos números acima mencionados.

Lado outro, muitos entendem que, de fato, nos primeiros anos após a promulgação da Constituição, em um contexto pós-ditadura, a Corte adotou uma posição de passivismo judicial, ou melhor, de autorrestrição prudencial funcional<sup>295</sup>.

Neste contexto, insere-se a ADIn. 1.232/DF, cujo julgamento ocorreu pouco antes do início do século XXI, na qual, embora tenha sido apontada a possibilidade de existência de inconstitucionalidade, ainda que por omissão, a Corte optou por, naquele momento, adotar uma postura de autocontenção e deixar que a legislação infraconstitucional estabelecesse as regras de concessão do benefício, afirmando, ainda, que a ação manejada — direta de inconstitucionalidade — não era adequada para declarar-se a inconstitucionalidade por omissão, não fazendo opção pelo princípio da fungibilidade.

A postura inicialmente passiva da Corte, não apenas com relação ao benefício em tela, gerou inúmeras críticas, que

afirmavam que o STF era uma instituição retrógrada que não representava as pretensões do país<sup>296</sup>.

Entretanto, gradualmente a Corte foi se libertando das amarras e deixando sua postura passiva. Contudo, estima-se que a fase de intenso ativismo teve início com diversas decisões proferidas no século XXI, acerca de dois temas bastante polêmicos: a dinâmica dos processos políticos e questões morais e sociais<sup>297</sup>.

É neste segundo contexto que se destacam as decisões já mencionadas, acerca do aborto de anencéfalos não ser crime<sup>298</sup> e o reconhecimento da união estável homoafetiva<sup>299</sup>, pois versam justamente sobre dilemas morais e sociais intrinsecamente relacionados aos direitos fundamentais.

A este respeito, conclui-se que:

[...] E, no exercício desse *protagonismo institucional*, o Supremo tem respondido às questões cruciais, fundado, principalmente, no discurso dos direitos fundamentais e na ideia de democracia inclusiva, com interpretações criativas e expansivas de normas constitucionais, interferências nas escolhas políticas do Executivo e do Legislativo, preenchendo vácuos de institucionalização surgidos com a omissão e o déficit funcional desses poderes. Isso se chama ativismo judicial<sup>300</sup>.

<sup>295</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

<sup>296</sup> OLIVEIRA, 2004, *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

<sup>297</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

<sup>298</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ: 12/04/2012.

<sup>299</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal **ADI 4.277/DF**. Relator: Min. Ayres Brito. DJ: 14/10/2011.

<sup>300</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 257.

Portanto, percebe-se que, em um primeiro momento o STF preferiu pela autocontenção, sendo alvo de diversas críticas por não observar as demandas sociais e abster-se de interferir nas outras esferas do Poder, endossando a vontade majoritária. Entretanto, gradualmente a Corte viu a necessidade de uma maior interferência, isto é, da adoção de uma postura proativa para dar concretude aos clamores da sociedade, e, concomitantemente, contramajoritária.

É a esta postura que busca resguardar e responder os anseios da população que se denomina “protagonismo institucional”, pois o STF passa a interpretar de forma criativa e expansivamente a legislação, embarcando indivíduos e direitos que não foram originalmente contemplados no texto literal da norma, o que justamente ocorreu coma Reclamação n. 4.374/PE.

Isto posto, outro ponto a ser destacado, com relação à Reclamação n. 4.374/PE, bem como os REs n. 567.985/MT e 580.963/PR, é a mutação constitucional, eis que os instrumentos supracitados declararam a inconstitucionalidade incidental do art. 20, § 3º da LOAS, sem pronúncia de nulidade.

Neste sentido, convém explicar, de forma sintetizada, que mutação constitucional é a alteração informal da Constituição, isto é,

quando a Lei Maior é alterada por meio de mudança de interpretação, nos casos em que a jurisprudência estabelece um novo entendimento e concretização do dispositivo, embora seu enunciado permaneça inalterado<sup>301</sup>.

Assim, quando na Reclamação n. 4.374/PE e nos recursos extraordinários supracitados, declarou-se a inconstitucionalidade *incidenter tantum* do art. 20, § 3º da LOAS, entretanto, não houve pronúncia de nulidade do dispositivo, verifica-se que houve uma mudança de entendimento por parte do STF, que passou a defender que a miserabilidade pode ser comprovada de outras formas, pois o critério econômico fixado na LOAS encontrava-se demasiadamente defasado. Assim, diversos órgãos do Judiciário passaram a conceder o BPC com base em outros critérios que entendiam ser capazes de comprovar a miserabilidade do requerente, o que ficou conhecido como ativismo judicial, vez que o Poder Judiciário acabou por invadir competência reservada ao legislador quando admitiu novos parâmetros de aferição da pobreza.

Convém destacar, nesta senda, que:

A alteração informal da Constituição, produzida por meio da mutação constitucional via interpretação reveste-se de evidente relevância político-institucional, resultante da atividade concretizadoras

<sup>301</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira; RIOS, Roger Raupp. Mutações constitucionais e proibição de discriminação por motivo de sexo. In: MENDES,

Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (orgs.). **Mutações Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016.

das normas constitucionais pelos tribunais. Mais ainda, ela se mostra tanto mais importante quanto mais delicada, quando estão em jogo direitos fundamentais de grupos historicamente discriminados, por reclamar nova interpretação de determinado texto normativo que desafia preconceitos e estruturas sócio-políticas tradicionais e relevantes à mudança<sup>302</sup>.

Cotejando o trecho acima com o caso em tela, urge destacar que a mutação constitucional produzida em Reclamação n. 4.374/PE, funda-se em assegurar aos idosos e portadores de deficiência, seus direitos fundamentais. Afinal, o art. 203, V da CF/88 lhe assegura o BPC, e este benefício está intrinsecamente ligados a diversos direitos fundamentais, e, em especial, à dignidade humana, pois, é concedido àqueles que não têm condições de se manter ou de serem mantidos por suas próprias famílias.

Entretanto, por mais que se verifique a presença de mutação constitucional, diante da mudança de entendimento pela Suprema Corte, a decisão proferida em Reclamação n. 4.374/PE e nos Res n. 567.985/MT e 580.963/PR, é mais do que uma simples alteração informal pela via interpretativa de dispositivo constitucional, constituindo uma prática ativista, eis que o STF não

revogou a norma, por ter declarado sua inconstitucionalidade de forma incidental, entretanto, passou a aplicar uma nova regra, agora de acordo com seu entendimento. Outrossim, estendeu o benefício a outros indivíduos não contemplados no texto do § 3º do art. 20 da LOAS, quais sejam, aqueles que, embora se encontrem em situação de miserabilidade, não preenchem categoricamente o requisito econômico constante no dispositivo supracitado.

A este respeito, tem-se a seguinte manifestação:

Desse modo, identifica-se o ativismo judicial a partir de decisões emanadas por juízos monocráticos ou colegiados que “criam normas” deixando de interpretar e aplicar as já existentes. Ao habitual argumento de decidirem “casos difíceis”, juízes ativistas preterem a lei, inovando na ordem jurídica<sup>303</sup> [...]

Nesta relação ativismo-mutação, faz-se necessário o seguinte apontamento:

É certo que, no ambiente de decisão como o do direito de família, por vezes se mostra necessário e legítimo o uso da criatividade judicial para resolver casos considerados “difíceis”. Todavia, no Brasil, o manejo nem sempre adequado deste recurso hermenêutico vem cedendo lugar a um movimento ativista, que chegou ao ponto de reescrever o próprio conceito de família, pela via da mutação informal da CRFB/88<sup>304</sup> [...]

<sup>302</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira; RIOS, Roger Raupp. Mutação constitucional e proibição de discriminação por motivo de sexo. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (orgs.). **Mutações Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 11.

<sup>303</sup> CASALI, Andréa Rodrigues Rodrigues. A interpretação judicial criativa, o ativismo e as mutações informais da Constituição no direito

familiar brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (orgs.). **Mutações Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 36.

<sup>304</sup> CASALI, Andréa Rodrigues Rodrigues. A interpretação judicial criativa, o ativismo e as mutações informais da Constituição no direito familiar brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (orgs.). **Mutações Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 36.

Em que pese o excerto acima se refira aos direitos pertinentes às famílias, é cabível este argumento no caso em apreço, a fim de compreender a relação do ativismo judicial com a mutação constitucional. Neste sentido, é sabido que o ativismo judicial é quando o Judiciário ultrapassa a esfera de competência de outros Poderes, no caso, Legislativo, inovando no mundo jurídico ao criar “leis”, o que é função típica do legislador.

Como no caso citado no trecho acima, com relação ao direito de família, aqui — com relação a Reclamação n. 4.374/PE —, verifica-se a adoção de uma postura ativista, por meio de uma mutação constitucional, isto é, através de uma alteração informal, por meio da interpretação, de um dispositivo da Constituição, cujo enunciado permanece imaculado.

Assim sendo, através da mutação, perfez-se o ativismo judicial, vez que os demais órgãos do Judiciário, inclusive o Supremo Tribunal, começaram a adotar outros parâmetros que não o previsto no art. 20, § 3º da LOAS.

Entretanto, discussões acerca de insegurança jurídica ocasionada pelo ativismo judicial constante na Reclamação 4.374/PE à parte, urge ressaltar que, com a edição recente do Estatuto da Pessoa com

Deficiência, foi acrescentado ao art. 20 da LOAS o § 11.

Deste modo, percebe-se, que não há mais vazio legislativo acerca do assunto que foi objeto de intenso debate no Supremo Tribunal. Isto porque, o legislador ordinário, reconhecendo a omissão, editou norma que possibilitou a aferição da miserabilidade por outros critérios, relativizando o parâmetro fixado no § 3º do art. 20 da Lei n. 8.742/90.

Tal fenômeno, denominado diálogo institucional, pode ser sintetizado como a comunicação entre os três Poderes — Executivo, Legislativo e Judiciário — e decorre da harmonia entre eles, tal como é determinada pela Constituição em seu art. 2º.

A este respeito, tem-se a seguinte manifestação:

A ideia de diálogo institucional consiste na ideia de garantir-se efetivamente a harmonia entre os poderes, a qual consiste no exercício da atividade jurisdicional contramajoritária paralelamente à manifestação do Legislativo. É caracterizado pelos permanentes diálogos institucionais entre Judiciário e Parlamento, além da concepção de que independentemente de qual instituição tenha a última palavra, não há nada que impeça que a outra instituição responda<sup>305</sup>.

Trata-se, portanto, de dar oportunidade para outro Poder, que se encontra em uma situação mais vantajosa, que lhe permita

<sup>305</sup> RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; PINHEIRO, Analissa Barros. Diálogo institucional: o debate entre o STF e o Congresso Nacional sobre

interpretação da Constituição. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho, 2015.

aferir melhor as condições e circunstâncias da causa debatida, manifestar-se<sup>306</sup>.

Um dos exemplos desta comunicação institucional no Estado brasileiro, ocorreu em 2000, quando o STF, no julgamento do RE n. 197.807/RS, entendeu que as mães adotivas não possuíam direito à licença-maternidade de 120 dias asseguradas às gestantes no art. 7º, XVIII da CF/88. Tão logo foi proferida essa decisão, que se deu por unanimidade de votos, foram propostos diversos projetos de leis sobre a concessão de licença-maternidade às adotantes, e, em 2002, foi editada a Lei n. 10.421, que estendia à mãe adotiva o direito a licença e salário-maternidade, modificando o art. 392 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e acrescentando novos dispositivos ao consolidado e à Lei n. 8.213/91.

Este instituto do diálogo institucional é bastante utilizado na África do Sul, conforme já mencionado anteriormente, cuja Corte busca interagir com os demais Poderes com fim de encontrar melhores, mais viáveis e mais práticas soluções para casos relevantes.

Entretanto, o Estado mais conhecido por seu diálogo institucional é o Canadá, que, após a aprovação de sua Carta de Direitos, mostrou-se que recesso que o controle judicial de constitucionalidade promovesse a supremacia judicial, e, preocupado com a dificuldade contramajoritária, criou um modelo próprio que evitasse o monólogo judicial sobre questões constitucionais, como ocorria no sistema norteamericano e propiciasse um diálogo entre a Corte canadense e o Parlamento, surgindo, com isso, a possibilidade de o Legislativo superar a decisão proferida pelo Judiciário<sup>307</sup>.

Esta superação da decisão judicial pelo Legislativo dá-se por meio da reedição da lei declarada inconstitucional diante de certas seções da Carta de Direitos do Canadá que compreendem matérias relacionadas à direitos fundamentais, tornando esta lei revisora imune ao controle de constitucionalidade por cinco anos, prazo este que pode ser prorrogado<sup>308</sup>.

Insta mencionar, a este respeito, que, apesar de Estado brasileiro também adotar o diálogo institucional, por óbvio, o modelo

---

<sup>306</sup> HOGG; THORTON; WRIGHT, 2007, apud CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Doutrinas essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto, 2015.

<sup>307</sup> GARDBAUM, 2001 apud VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e Estado de direito**: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional

sobre a interpretação da Constituição. 200 fl. Tese (Doutorado. Área de Direito Público). - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

<sup>308</sup> VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e Estado de direito**: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição. 200 fl. Tese (Doutorado. Área de Direito Público). - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

brasileiro não é idêntico ao canadense, possuindo significativas diferenças.

Isto porque, ainda que a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n. 33 tenha sugerido a faculdade de o Congresso Nacional superar as decisões do STF, este projeto de emenda constitucional não foi aprovado, pois entendeu-se que seus efeitos seriam nefastos<sup>309</sup>. Assim, a diferença mais importante entre estes dois modelos é que, no Brasil não se admite a superação, pelo Legislativo, da decisão judicial emanada da Corte Constitucional.

No Brasil, ademais, não há um modelo expresso de diálogo institucional, entretanto, pode-se inferir do texto constitucional brasileiro, algumas situações que exigem a cooperação entre o Judiciário e o Legislativo<sup>310</sup>.

Um dos exemplos já fora mencionado anteriormente, ao tratar do controle de constitucionalidade. Trata-se do art. 52, X da CF/88, que prevê a hipótese de o Senado, discricionariamente, suspender, parcial ou totalmente, lei declarada, de forma definitiva, inconstitucional, pelo STF. Aqui, este órgão pertencente ao Congresso Nacional poderia — mas não é obrigado a isso — cooperar com a decisão judicial,

perfazendo, assim, uma comunicação entre os Poderes.

Entretanto, impera a necessidade de demonstrar o diálogo institucional no caso do critério econômico de 1/4 do salário mínimo por pessoa, fixado no art. 20, § 3º da LOAS, que foi declarado inconstitucional, de forma incidental, na Reclamação n. 4.374/PE e Recursos Extraordinários 567.985/MT e 580.963/PR. Em que pese não ter se alcançado o *quórum* necessário de 2/3 para a aplicação da modulação dos efeitos da decisão, de modo que o referido dispositivo permanecesse válido até 31 de dezembro de 2015, concedendo prazo para que o Congresso Nacional editasse nova norma regulamentando a questão, em 06 de julho de 2015 foi editado o Estatuto da Pessoa com Deficiência que acrescentou o § 11 ao rol do art. 20 da LOAS.

Referido parágrafo prevê a possibilidade de aferição da miserabilidade por outros fatores, representando, portanto, uma relativização do critério econômico previsto no § 3º do art. 20 da Lei n. 8.742/90.

Este acréscimo denota que o Congresso Nacional reconheceu a decisão judicial proferida na Reclamação n. 3.734/PE, bem

---

<sup>309</sup> RODRIGUES, Saulo Tarso; BONAVIDES, Paulo; MARTÍN, Nuria Belloso; SILVA, Alexandre Fernandes. **Teoria da decisão judicial e teoria da justiça: jusfilosofia e novos paradigmas constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2015.

<sup>310</sup> RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; PINHEIRO, Analissa Barros. Diálogo institucional: o debate entre o STF e o Congresso Nacional sobre interpretação da Constituição. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho, 2015.

como nos Recursos Extraordinários supracitados, e, em uma atitude colaborativa com o Judiciário, editou norma com fim de tornar o benefício mais abrangente, e, assim, proporcionar uma maior efetividade aos ditames constitucionais.

#### 4.3.2.2 A atuação do Poder Judiciário na busca pela concretização do Princípio da Dignidade Humana no benefício de prestação continuada

Diante de todo o exposto, é necessário analisar se o ativismo judicial decorrente da Reclamação n. 4.374/PE justifica-se pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que é, justamente, um dos argumentos mais utilizado pelos seus defensores.

A este respeito, tem-se a seguinte manifestação:

*Em terras brasilis* o ativismo judicial significa a **interpretação moderna do direito, em que os julgadores se mostram preocupados com a “dignidade humana” dos cidadãos desamparados ou vencidos em debates sobre a normatização de políticas públicas, majoritariamente consensualizadas.** A invasão de competência do Poder Legislativo, por parte do Judiciário, não é vista pela sociedade como usurpação, tampouco como lesão ao princípio da separação dos Poderes da

República, mas como meio de afastar os males que acometem as famílias brasileiras<sup>311</sup>. (Grifo nosso)

Em que pese o trecho acima se refira às famílias brasileiras, sabe-se que o ativismo judicial não é somente exercido com relação ao direito de família. Exemplo disso é justamente a reclamação supracitada.

Conforme mencionado do excerto acima, o ativismo judicial é, portanto, uma interpretação criativa exercida pelos juízes com fins de proporcionar uma vida mais digna, dando maior efetividade aos dispositivos constitucionais. Este movimento judicial vem para alcançar os indivíduos que se encontram desamparados pela sociedade, e, muitas das vezes pelos próprios Poderes Públicos.

Insta salientar, todavia, que o ativismo judicial somente se perfaz com um conjunto de decisões proferidas por órgãos jurisdicionais que se contrapõem aos dispositivos legais e, até mesmo, a precedentes jurisprudenciais para criarem novas regras, deixando de aplicar aquelas já existentes na ordem jurídica<sup>312</sup>. Portanto, não há que se falar em ativismo judicial quando houver apenas uma decisão neste sentido.

<sup>311</sup> CASALI, Andréa Rodrigues Rodrigues. A interpretação judicial criativa, o ativismo e as mutações informais da Constituição no direito familiar brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (orgs.). **Mutações Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 29.

<sup>312</sup> SODRÉ, 2012 *apud* CASALI, Andréa Rodrigues Rodrigues. A interpretação judicial criativa, o ativismo e as mutações informais da Constituição no direito familiar brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (orgs.). **Mutações Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016.

Além disso, ainda que hajam argumentos de que a Corte Constitucional não é, na maioria das vezes, ativista, eis que na maior parte das decisões de controle de constitucionalidade acaba por endossar a vontade majoritária emanada pelo Legislativo, ao menos no que cerne às normas federais, é cediço que muitos afirmam que este fenômeno é ilegítimo e que afronta a teoria da tripartição do poder. Sobre a alegação de que o ativismo judicial fere a separação dos poderes, conforme mencionado anteriormente, há muito já se entendeu que não se faz mais necessária uma rígida separação dos poderes, pois esta torná-los-ia nocivos e arbitrários<sup>313</sup>, justamente o que se pretendia evitar com sua sistematização e idealização por Montesquieu. O que se tem, atualmente, é uma forma de independência orgânica e harmonia entre os Poderes, de modo que, embora sejam independentes, são harmônicos e, portanto, devem ser equilibrados<sup>314</sup>, de maneira que nenhum poder sempre se sobressaia, revelando-se arbitrário e acarretando injustiças ao povo. Ademais, em que pese a tese defendida por Montesquieu tenha adotada, por grande parte dos Estados modernos, foi feita de

forma mais branda, pois a história e a realidade das sociedades permitiram que houvesse, entre os Poderes, uma maior interpenetração, de modo que cada um dos Poderes possui funções típicas e atípicas e o desempenho destas últimas não significa violar a disciplina tripartite, pois trata-se de uma competência assegurada pela própria Constituição<sup>315</sup>.

Na atualidade, predomina a ideia de colaboração entre os poderes, de equilíbrio entre as funções estatais, com fim de alcançar os objetivos do Estado, consagrados no art. 3º da CF/88. Deste modo, o ativismo judicial não abole a tripartição do poder, tal como é vedado por cláusula pétrea — art. 60, § 4º, III da CF/88 —, na realidade, representa apenas um poder exercendo sua função para atingir os fins previstos na própria Constituição.

Em outras palavras, o STF, como guardião da Carta Magna, tem o dever de resguardar os direitos e garantias ali previstos, que, por sua vez, também constituem cláusula pétrea — art. 60, § 4º, IV da CF/88. Aliás, ao Judiciário, incumbe declarar o Direito, o que significa que deve defender a Constituição, inclusive contra leis que foram editadas em desrespeito àquela,

<sup>313</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>314</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

<sup>315</sup> LENZA, 2008 *apud* PELLEGRINI, Janine Maria; TURATTI, Luciana. As deliberações do STF relacionadas a definições de direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro-dezembro, 2014.

promovendo sempre o respeito a Carta Política do Estado, portanto, reconhece-se ao Judiciário brasileiro atual, uma função de controlar os demais poderes tendo como parâmetro máximo a própria Lei Maior<sup>316</sup>.

Lado outro, cumpre ressaltar que esta divisão em funções é meramente didática, porque o Estado é uno. O que se pretende ao tripartir o Poder é justamente criar um sistema de freios e contrapesos de modo a evitar a arbitrariedade e o abuso, tal como ocorria nas épocas absolutistas.

Nesta senda, tem-se a seguinte manifestação:

Com efeito, estas esferas de Poder são independentes entre si, mas sua independência está sempre limitada e condicionada à compatibilidade com os objetivos do Estado e com os direitos contemplados pelo constituinte. Sendo assim, diante da omissão dos Poderes Legislativo e Executivo na realização das políticas públicas necessárias para a efetivação dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário, como expressão do Estado, deverá decidir de modo a promover os objetivos do Estado e efetivar os direitos fundamentais constitucionalmente protegidos<sup>317</sup>.

Portanto, o Estado não é um fim em si mesmo, mas existe para promover o Bem Comum, para atingir os objetivos consagrados na Lei Maior. Deste modo, não deve a teoria da separação de poderes ser dotada de maior importância que os direitos fundamentais ou que a consecução dos

objetivos da República Federativa do Brasil.

A este respeito, manifesta-se:

Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5.º, § 1.º, de nossa Lei Fundamental, **pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbe a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível**, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição<sup>318</sup>. (Grifo nosso)

Assim, percebe-se que além de as normas constitucionais serem todas dotadas de eficácia, inclusive os direitos fundamentais, que possuem, presumidamente, aplicabilidade imediata, estas regras vinculam todos os Poderes — Executivo, Legislativo e Judiciário —, sem exceção, de modo que todos devem zelar pelo seu respeito e não devem deixar de observá-los. Destarte, é errôneo afirmar que, sendo o STF guardião da Constituição somente a ele incumbe a observância desta. Pelo contrário: apesar de ser incumbido da defesa da Lei Fundamental, todos os outros Poderes devem atuar em consonância com os ditames constitucionais. Afinal, todos

<sup>316</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>317</sup> ARANHA FILHO, Adalberto José Queiróz Telles de Camargo; ARANHA, Marina Domingues de Castro Camargo. A legitimidade constitucional do ativismo judicial. **Revista de Direito**

**Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro – março, 2014.

<sup>318</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 285.

estão vinculados pelos dispositivos constantes, e, sendo o Estado uno, todos eles existem com o fim de concretizar os objetivos previstos no art. 3º da CF/88 e alcançar o Bem Comum.

Ademais, se é o Estado uno e se as normas constitucionais vinculam a todos os Poderes, um deles a desrespeitando ou permanecendo inerte quando deveria agir para concretizá-las, deve o outro suprir a sua omissão. Nestes termos, assinala o trecho abaixo:

Em outras palavras, se a inércia dos Poderes eleitos é reprovável por frustrar direitos constitucionais que lhes cabia viabilizar, e se cabe ao Poder Judiciário, e em especial ao STF, protegê-los e efetivá-los, é sua missão, como forma de expressão do Estado, encontrar soluções que privilegiem a Constituição e os direitos que nela se fundam, de modo que as decisões judiciais voltadas à concretização de valores preconizados na Constituição não podem ser consideradas uma usurpação de competências, ainda que proferidas na esfera de atuação pertencente, a princípio, aos Poderes Executivo e Legislativo<sup>319</sup>.

Assim sendo, na hipótese de um dos Poderes eleitos, seja Executivo ou Legislativo, frustrar direito fundamental, cabe ao outro Poder, no caso ao Judiciário, a quem incumbe a guarda e proteção da Constituição, como extensão do Estado, que, é uno, viabilizá-lo, contornando a ação violadora do direito ou a omissão que

ocasiona a sua concretização de forma devida.

Afinal, não poderia o Judiciário usar como argumento a teoria da separação dos poderes e uma suposta usurpação de competência para abster-se de cessar uma situação que fere direitos e garantias fundamentais, e, por conseguinte, viola o princípio da dignidade da pessoa humana. Por isso é que se afirma que esta disciplina tripartite não deve prevalecer em detrimento da dignidade.

O que se percebe, muita das vezes, é que muitos utilizam a separação dos poderes como um argumento desfavorável ao ativismo, sem antes analisar as circunstâncias e peculiaridades da situação, ocorre que esta teoria não deve ser utilizada sempre que se pretende refutar uma postura ativista, como um curinga<sup>320</sup>.

No caso da Reclamação n. 4.374/PE e da postura ativista dos juízes que, mesmo existindo uma lei que estabelecesse um parâmetro, a qual não foi revogada em razão de ter sido reconhecida a inconstitucionalidade de forma incidental, optaram por valer-se de outros critérios para aferição da miserabilidade do requerente do

<sup>319</sup> BRANCO, 2011 *apud* ARANHA FILHO, Adalberto José Queiróz Telles de Camargo; ARANHA, Marina Domingues de Castro Camargo. A legitimidade constitucional do ativismo judicial. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro – março, 2014, p. 7.

<sup>320</sup> BRANCO, 2011 *apud* ARANHA FILHO, Adalberto José Queiróz Telles de Camargo; ARANHA, Marina Domingues de Castro Camargo. A legitimidade constitucional do ativismo judicial. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro – março, 2014.

BPC, verifica-se que o ativismo judicial encontra justificativa plausível no princípio da dignidade da pessoa humana.

Trata-se de um clássico caso que demonstra que os direitos fundamentais não podem ser oprimidos pela teoria da separação dos poderes. A dignidade da pessoa humana não deve ser relativizada apenas para cumprir o que se denomina disciplina tripartite — que, conforme já mencionado, não é absoluta.

Assim, ainda que o legislador estabeleça critérios objetivos para criar direitos, restringir a concessão destes direitos apenas a estes critérios, sem analisar a situação financeira caso a caso, seria o mesmo que condenar a morte o necessitado<sup>321</sup>.

Isto porque, de acordo com a literalidade do texto do art. 20, § 3º da LOAS, somente tem direito ao BPC aquele cuja renda *per capita* familiar seja inferior a 1/4 do salário mínimo. Ocorre que, há casos em que uma determinada pessoa não se enquadra neste parâmetro financeiro, por ter renda familiar superior ao limite fixado em lei, entretanto suas condições fáticas denotam que não possui condições de sustentar-se ou ser sustentada por sua família, seja em razão de doença, deficiência, seja em virtude de seus gastos com remédios, por exemplo.

Como exemplo disso, tem-se o caso discutido em RE n. 567.985/MT, que se encontra parcialmente transcrito abaixo:

Com isso, calcula-se a renda de R\$ 133,00 (cento e trinta e três reais) por pessoa. O salário mínimo no ano de 2006 esteve fixado em R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais) pela Lei nº 11.321, de 7 de julho de 2006. Para que fosse possível alcançar o benefício, a renda por cabeça deveria equivaler a R\$ 116,00 (cento e dezesseis reais). Em suma: por R\$ 17,00 (dezessete reais) mensais, mediante aplicação estrita da regra legal, afirma-se que a requerente — ora recorrida — não tem jus ao benefício<sup>322</sup>.

Analisando este trecho, percebe-se a renda *per capita* familiar do requerente em comento ultrapassava R\$ 17,00 de 1/4 do salário mínimo, motivo pelo qual não preenchia o requisito econômico fixado em lei. A negativa do BPC em razão meros R\$ 17,00 superiores ao limite legal poderia condenar o requerente à morte, o que não condiz, de modo algum com os ditames constitucionais. Verifica-se, portanto, o valor que em pouco superava o limite legal não deveria ser considerado obstáculo para a concessão do benefício em tela, vez que a interpretação excessivamente restritiva fere diversos direitos fundamentais, principalmente o da isonomia, e, por conseguinte, o princípio da dignidade da pessoa humana.

O art. 203, V da CF/88 assegura expressamente “[...] um salário mínimo de

<sup>321</sup> IBRAHIM, 2008, *apud* CARVALHO, Marco César de; VIEIRA, Joice Geremias. O impacto social da renda per capita na concessão do benefício de prestação continuada. **Revista de Direito do**

**Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro - dezembro, 2011.

<sup>322</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 567.985/MT**. Relator: Min. Marco Aurélio. DJe: 03/10/2013, p. 16.

benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.

Tal dispositivo estabelece uma regra universalista de Seguridade Social, de acordo com a qual a proteção pública deve ser universal<sup>323</sup>. Em outras palavras, a Lei Maior garantiu o benefício assistencial a quem dele necessitar e delegou a lei infraconstitucional sua regulamentação como forma de proporcionar-lhe maior e melhor efetividade. Entretanto, a LOAS, editada em 1993, revelou-se insuficiente, ao menos no cenário atual.

A este respeito, manifestou-se Gilmar Mendes, na Reclamação n. 4.374/PE:

A violação, pelo legislador, dessa proibição de proteção insuficiente decorrente do direito fundamental gera um estado de omissão inconstitucional submetido ao controle do Supremo Tribunal Federal. Isso ocorre não exatamente em razão da ausência de legislação, ou tendo em vista eventual mora do legislador em regulamentar determinada norma constitucional, mas quando o legislador atua de forma insuficiente, isto é, edita uma lei que cumpre apenas de forma parcial o comando constitucional<sup>324</sup>.

Portanto, percebe-se uma omissão que gera uma inconstitucionalidade, na medida que não alcança todos os necessitados deste benefício. A lei, embora exista, revela-se

insuficiente para efetivar o direito previsto constitucionalmente, e, assim, proporcionar a todos que necessitem do BPC uma vida digna.

Esta inconstitucionalidade por omissão de outras situações autorizadas do recebimento deste benefício, aliás, foi reconhecida na própria ADIn. 1.232/DF, pelo Ministro Sepúlveda Pertence.

Ademais, conforme mencionado anteriormente, houve mudanças fáticas e jurídicas que tornaram este limite legal demasiadamente defasado, de modo que não corresponde à realidade fática. Aceitá-lo e aplicá-lo cegamente apenas porque o legislador assim dispôs contrariaria as regras constitucionais.

Assim, a própria Constituição autoriza a cúpula do Poder Judiciário a invalidar atos dos demais Poderes quando entender por sua inconstitucionalidade. O ativismo judicial resultante da Reclamação n. 4.374/PE, na realidade, trata de uma manifestação em defesa da dignidade inerente a todos os seres humanos, e, portanto, não deve ser oprimido por alegações de infração à teoria da tripartição do poder ou por regras processualísticas.

Trata-se, ainda, do exercício do princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado

<sup>323</sup> VARGAS, Alberto Rodrigo Patino. Revisitando o princípio da legalidade sob o paradigma principiológico constitucional previdenciário. In: SERAU JR, Marco Aurélio; FOLMANN, Melissa

(org.) **Previdência Social**: em busca da Justiça Social. São Paulo: LTr, 2015.

<sup>324</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 4.374/PE**. Relator: Min. Gilmar Mendes, DJE 04.9.2013.

no art. 5º, XXXV da CF/88, veda que se exclua da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito, razão pela qual o Poder Judiciário, em especial, o STF, é responsável por dirimir lides em que alega a afronta a determinado direito.

Outrossim, urge destacar que:

[...] a restrição à concessão do BPC, com base única ou exclusivamente no não enquadramento da renda familiar neste limite impede que a assistência social cumpra seu verdadeiro papel, bem como impede a consecução dos próprios objetivos da República Federativa do Brasil, dentre eles o da erradicação da pobreza, consagrados no art. 3.º da CF/1988<sup>325</sup>.

Em outras palavras, restringir a concessão do BPC apenas aqueles que categoricamente cumpram o limite legal, impede a consecução dos fins da República Federativa do Brasil, principalmente no que tange à erradicação da pobreza, pois, diversas pessoas continuarão em estado de profunda miserabilidade e não possuirão auxílio do Estado, que entende que, apesar de todas as circunstâncias fáticas, o simples fato de perceber uma renda maior que a determinada em lei, não o torna miserável e, portanto, faz com que não necessite do benefício assistencial.

Convém destacar ainda, que em reunião de Comissão da Ordem Social da Assembleia Constituinte da Constituição de 1988, considerada cidadã por incorporar em seu

texto diversos direitos sociais, Ulysses Guimarães manifestou-se:

[...] Não basta afirmar que a saúde é direito de todos e que é dever do Estado prodigalizá-la; é indispensável que o texto não se torne letra morta, mas possua vigor coercitivo à vigência plena. Ao invés de figurar de retórica, cumpra-se em toda a sua extensão, a norma. Igualmente, a universalidade da seguridade social deve ser buscada, com determinação, de forma que nenhum cidadão fique ao desamparo da lei, reduzindo-se sistematicamente males sociais como a mendicância e a marginalização na velhice<sup>326</sup>.

Assim, analisando o trecho acima, que se refere ao discurso proferido por Ulysses Guimarães, percebe-se que o Constituinte Originário identificou o direito à seguridade como um direito social, e, mais do que isso, exigiu que foi exercido, observado e não se tornasse apenas palavras na Constituição. Exigiu que se amparasse os necessitados, amenizando os impactos dos infortúnios da vida.

O que se observa, portanto, é a necessidade da adoção e aplicação da equidade, instituto bastante defendido por Aristóteles, conforme excerto abaixo:

A necessidade da aplicação da equidade decorre do fato de que as leis prescrevem conteúdos de modo genérico, indistintamente, dirigindo-se a todos, sem diferenciar, portanto, possíveis nuances e variações concretas, fáticas, fenomênicas, de modo que surgem casos para os quais, **se aplicada a lei (nómos) em sua generalidade (kathólou), estar-se-á a causar uma injustiça por meio do próprio justo legal.** Aqui a lei não é simplesmente segurança, razão sem paixão, governo da coisa pública... a lei é injustiça. É exatamente com intuito

<sup>325</sup> CARVALHO, Marco César de; VIEIRA, Joice Geremias. O impacto social da renda per capita na concessão do benefício de prestação continuada. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro - dezembro, 2011, p. 47.

<sup>326</sup> BRASIL. **Anais da Assembleia Constituinte de 1987**: Comissão da Ordem Social. Disponível em: <[http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup84\\_anc26jun1987.pdf#page=102](http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup84_anc26jun1987.pdf#page=102)>. Acesso em: 11 junho 2017, às 13h54, p. 103.

de superar os problemas decorrentes da impossibilidade de haver uma legislação minimamente detalhista e futurista é que existe o equo. Se a lei é, neste ponto e para estes fins, falha, isso não se deve nem ao conteúdo da lei em si, nem ao legislador; não se trata de um erro legislativo, mas sim de um problema oriundo da própria peculiar conformação das coisas como são praticamente. **Cada caso é um caso e demanda uma atenção especial e específica, absolutamente focalizada sobre seus traços e suas características, de modo que nenhuma legislação poder-se-ia aplicar a esta dimensão dos fatos**<sup>327</sup>. (Grifo nosso)

A lei, como se sabe, é abstrata. Seus efeitos são postos no ordenamento jurídico, mas somente são visualizados e sentidos quando a norma é aplicada em um caso concreto. Por óbvio, o legislador não possui capacidade de prever e antecipar todas as situações, com todas suas peculiaridades e complexidades, portanto, prescreve uma norma genérica. Esta norma, por ser geral, abstrata, muitas das vezes deve ser adaptada às circunstâncias do caso, sob pena de revelar-se injusta, ainda que sua intenção tenha sido alcançar a justiça.

No caso em apreço, ainda que a lei tenha previsto um rendimento máximo para concessão do benefício assistencial, nem sempre é justo obedecer estritamente a lei. O aplicador e intérprete do direito deve sopesar as particularidades de cada caso, de modo a não condenar o requerente à morte, ao desamparo e/ou a uma vida indigna. Lado outro, por óbvio, não deve privilegiá-

lo em demasia e ficar cego às circunstâncias que evidenciem a má-fé, ainda que a boa-fé, em nosso ordenamento jurídico, seja presumida.

Outrossim, deve-se ter sempre em mente que, conforme assinalou Montesquieu<sup>328</sup>, a lei deve sempre guardar correspondência com a sociedade para qual foi criada, sob pena de ineficácia.

Assim, talvez, à época que tenha sido criada, o critério econômico posto na LOAS tenha se mostrado eficaz e compatível com os valores e princípios vigentes em sociedade, embora seja pouco provável, considerando que poucos anos após a sua edição foi proposta a ADIn 1.232/DF contestando este requisito. Entretanto, é de fundamental importância compreender que, independentemente de ter se mostrado compatível com a realidade social nos anos passados, não o é, agora, revelando-se demasiadamente defasado para garantir a consecução dos direitos fundamentais, e, sobretudo, da dignidade da pessoa humana. Em igual sentido, manifestou-se Cármen Lúcia, em julgamento da Reclamação 3.805/SP, que fora indeferida liminarmente:

[...] Afirmo: e a miséria constatada pelo juiz é incompatível com a dignidade da pessoa humana, princípio garantido no art. 1º, inc. III, da Constituição da República; e a política definida a ignorar a miserabilidade de brasileiros é

<sup>327</sup> ARISTÓTELES, 1154, 1137 b, 8-11 *apud* BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 116.

<sup>328</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

incompatível com os princípios postos no art. 3º e seus incisos da Constituição; e a negativa do Poder Judiciário em reconhecer, no caso concreto, a situação comprovada e as alternativas que a Constituição oferece para não deixar morrer à mingua algum brasileiro é incompatível com a garantia da jurisdição, a todos assegurada como direito fundamental (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República)<sup>329</sup> [...].

Portanto, não importa por qual meio constatou-se a miséria, seja através do enquadramento no critério fixado em LOAS ou por outros fatores, o que importa realmente é que, evidenciada a miséria e preenchidos os demais requisitos, faz-se necessária a concessão do BPC, pois assim estar-se-á em consonância com os ditames constitucionais.

Destarte, é certo que não se pode concluir precipitadamente pela validade e legitimidade de toda e qualquer prática ativista. Entretanto, sabe-se que o ativismo válido e legítimo é aquele que visa a proteção e a defesa dos direitos e garantias fundamentais<sup>330</sup>.

Deste modo, percebe-se que a postura ativista adotada pela Corte Constitucional em Reclamação n. 4.374/PE justifica-se pelo princípio da dignidade da pessoa humana. A veracidade desta afirmação pode ser atestada pelo fato de que o próprio legislador ordinário, reconhecendo a omissão da lei, acrescentou o § 11 ao art. 20 da LOAS, permitindo que se aferisse a

miserabilidade por outros fatores, de modo a concretizar os objetivos da Assistência Social e da própria República Federativa do Brasil.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, resta demonstrado que a Seguridade Social ainda guarda a mesma finalidade de proteção dos indivíduos das adversidades da vida, entretanto, no ordenamento jurídico atual, divide-se em três espécies, que, assim como o gênero, são direitos sociais, de caráter fundamental, intrinsecamente relacionados ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos objetivos previstos na Constituição de 1988. Dentre suas espécies, destaca-se a Assistência Social, política social de caráter não contributivo que visa prestar auxílio aos necessitados de forma gratuita, regulamentada pela Lei Orgânica de Assistência Social. Neste sistema, encontra-se incluído o benefício de prestação continuada, previsto na legislação supracitada, que consiste no pagamento de um salário mínimo mensal aos idosos e portadores de deficiência que não tenham recursos de prover sua própria subsistência

<sup>329</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 3.805/SP**. Relator: Min. Cármen Lúcia. DJ: 18/10/2006, s.p.

<sup>330</sup> Notícia fornecida por Sérgio Augusto Lima na XVI Jornada Acadêmica de Direito do ILES/ULBRA, em Itumbiara, Goiás, em outubro de 2016.

ou de tê-la provida por sua família, cujo requisito econômico tem sido alvo de intenso debate na seara judicial.

Lado outro, tem-se evidenciado que a teoria da tripartição do poder surgiu como uma forma de limitação dos poderes do monarca absolutista, com função de freios e contrapesos, entretanto, desde que fora idealizada e sistematizada, transformou-se, assumindo um caráter mais brando, de modo que não se tem a separação absoluta entre os Poderes para que não haja arbitrariedade por parte deles. Desta maneira, tem-se que no ordenamento jurídico brasileiro atual, os Poderes embora independentes, devem ser harmônicos entre si. Assim, o Poder Judiciário, de acordo com os ditames constitucionais, possui a guarda da Constituição e tem o dever de exercer o controle de constitucionalidade difuso e concentrado, modo pelo qual controla a atividade do Poder Legislativo.

Por fim, concluiu-se que o ativismo judicial se trata de uma postura proativa do Judiciário, que age geralmente em uma retração dos demais Poderes, para, na maioria das vezes, dar maior efetividade aos direitos fundamentais. Este fenômeno é uma realidade não apenas na República Federativa do Brasil, mas em diversos Estados, dos quais se destacam a Alemanha, Itália, Colômbia e África do Sul.

Ademais, o ativismo judicial resultante da Reclamação n. 4.374/PE teve como fim adequar o benefício assistencial à realidade fática e jurídica brasileira atual, pois o parâmetro econômico fixado pela lei revelou-se defasado em demasia e insuficiente para concretizar os direitos inerentes a todos. Não deve se prevalecer a alegação de afronta a tripartição do poder, pois não se tem, atualmente, uma separação absoluta entre os poderes, adotando-se, no ordenamento jurídico, uma relação de independência e harmonia. Além disso, por relacionar-se a dignidade humana, verifica-se que o ativismo judicial, neste caso, é válido e legítimo, na medida em que é necessário para proporcionar uma maior efetividade aos objetivos do Estado.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fernando Gomes. **Considerações iniciais acerca do controle judicial concernente a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88: uma análise crítica da atuação do STJ.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ARANHA FILHO, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo; ARANHA, Marina Domingues de Castro Camargo. A legitimidade Constitucional do Ativismo Judicial. P. 307-325. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro-março, 2014.

ARAÚJO, Juliana Sampaio de. Os desafios da decisão judicial na concretização do direito à saúde. **Revista dos Tribunais**. P. 111-127. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro, 2016.

ARAUJO, Luis Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira; RIOS, Roger Raupp. Mutações constitucionais e proibição de discriminação por motivo de sexo. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (orgs.). **Mutações Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BALERA, Wagner. Previdência e Assistência Social. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de**

um novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Roberto Alexy**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-alexey.pdf>>. Acesso em 04 jun. 2017, às 11h50min.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 29 mai. 2017, às 14h23.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>. Acesso em 18 ago. 2016, às 20h21.

BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. **As tendências do Direito Público: no limar de um novo milênio**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BASTOS, Juliana Cardoso Ribeiro. Panorama e concretização constitucional da assistência social. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. P. 211-239. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril - julho, 2011.

BERTÃO, Rafael Calheiros. Os precedentes no novo código de processo civil: a valorização da stare decisis e o modelo de Corte Suprema brasileiro. P.

347-385. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, março, 2016.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BITTENCOURT, Ila Barbosa; VEIGA, Ricardo Macellaro. Olhar atual da cláusula fundamental da dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. N. 90, p. 189-199. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro-março, 2015.

BOCCATO, Esdras. As deficiências do Poder Legislativo como fator de impulsão do ativismo judicial no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. N. 90, p. 63-76. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro-março, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. **Anais da Assembleia Constituinte de 1987**: Comissão da Ordem Social. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup84anc26jun1987.pdf#page=102>>. Acesso em: 11 jun. 2017, às 13h54.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF. Disponível: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2017, às 14h50.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF. Disponível

em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2016, às 15h21.

BRASIL. Lei n. 8.038 de 28 de maio de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8038.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm)>. Acesso em 12 jun. 2017, às 14h44.

BRASIL. Lei n. 8.072 de 25 de julho de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em 12 jun. 2017, às 14h45.

BRASIL. Lei n. 8.213 de 2 de julho de 1991. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2017, às 14h47.

BRASIL. Lei nº 8.742 de 7 de dezembro de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8742compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2016, às 15h15.

BRASIL. Lei n. 9.533 de 10 de dezembro de 1997. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9533.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9533.htm)>. Acesso em 12 jun. 2017, às 14h37.

BRASIL. Lei n. 9.868 de 10 de novembro de 1999. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/)

L9868.htm>. Acesso em; 12 jun. 2017, às 14h01.

BRASIL. Lei n. 9.882 de 3 de dezembro de 1999. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2017, às 13h58m.

BRASIL. Lei n. 10.219 de 11 de abril de 2001. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10219.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10219.htm)>. Acesso em 12 jun. 2017, às 14h43.

BRASIL. Lei n. 10.421 de 15 de abril de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10421.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10421.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2017, às 14h39.

BRASIL. Lei n. 10.741 de 1 de outubro de 2003. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10741.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2017, às 14h06.

BRASIL. Lei n. 10.836 de 9 de janeiro de 2004. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_at o2004-2006/2004/lei/110.836.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_at o2004-2006/2004/lei/110.836.htm)>. Acesso em 12 jun. 2017, às 14h42.

BRASIL. Lei n. 11.417 de 19 de dezembro de 2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_at o2004-2006/2006/lei/11417.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_at o2004-2006/2006/lei/11417.htm)>. Acesso em 12 jun. 2017, às 14h05.

BRASIL. Lei n. 12.470 de 31 de agosto de 2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_at o2011-2014/2011/lei/112470.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_at o2011-2014/2011/lei/112470.htm)>. Acesso em 12 jun. 2017, às 14h35.

BRASIL. Lei n. 13.146 de 6 de julho de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_at o2015-2018/2015/lei/113146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_at o2015-2018/2015/lei/113146.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2017, às 14h09.

BRASIL. **STF declara inconstitucional critério para concessão de benefício assistencial a idoso.** Disponível: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236354>>. Acesso em 02 jun. 2017, às 14h00.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal **ADI 4.277/DF**. Relator: Min. Ayres Brito. DJ: 14/10/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI MC nº 221/DF**. Relator: Min. Moreira Alves. DJe: 29/03/1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn 1.232/DF**. Relator: Min. Ilmar Galvão. DJ: 01/06/2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn 3.395 MC/DF**. Relator: Min. Cezar Peluso. DJ: 10/11/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ: 12/04/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF MC nº 347/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Dj. 01/06/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**. Relator: Min. Teori Zavascki. DJE: 17/05/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 82.959/SP**. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ: 01/09/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 670/ES**. Relator: Min. Maurício Corrêa. DJe: 30/10/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 712/PA**. Relator: Min. Eros Grau. DJe: 30/10/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 20.505/DF**. Relator: Min. Néri da Silveira. DJ: 08/11/1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 24.667 AgR**. Relator: Min. Carlos Velloso. DJ: 23/04/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 2.617 AgR/MG**. Relator: Min. Cezar Peluso. DJ: 25/06/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 336/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. DJe: 15/03/1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 3.805/SP**. Relator: Min. Cármen Lúcia. DJ: 18/10/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 4.374/PE**. Relator: Min. Gilmar Mendes, DJe: 04/09/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 4.904/SE**. Relator: Min. Cármen Lúcia. DJ: 17/10/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 567.985/MT**. Relator: Min. Marco Aurélio. DJe: 03/10/2013, p. 17

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 580.963/PR**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Dj: 14/11/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF declara inconstitucional critério para concessão de benefício assistencial a idoso**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236354>>. Acesso em 19 mar 2013, às 16h16.

BRASIL. Turma Recursal de São Paulo (6ª Turma). **Recurso Inominado n. 16 00685305820144036301**. Relator: Hebert Cornélio Pieter de Bruyn Júnior. DJe: 26/06/2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. As sentenças manipulativas aditivas: os casos das cortes constitucionais da Itália, da África do Sul e do STF. **Revista de Processo**. P. 403-427. São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto, 2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANÁRIO, Pedro. **Corte constitucional não é "superinstância recursal"**,

**comenta ministra alemã.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-16/corte-constitucional-nao-superinstancia-ministra-alema>>. Acesso em 16 abril 2017, às 11h11.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CARVALHO, Marco César de. O impacto social da renda per capita na concessão do benefício de prestação continuada. **Revista de Direito do Trabalho**. P. 389-426. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro-dezembro, 2011.

CASALI, Andréa Rodrigues Rodrigues. A interpretação judicial criativa, o ativismo e as mutações informais da Constituição no direito familiar brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (orgs.). **Mutações Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016.

CERQUEIRA NETO, José Nunes de. **O Discurso de Supremacia Judicial e a Resposta do Constitucionalismo Popular**. Disponível em: <<http://www.fd.unb.br/pt/o-discurso-de-supremacia-judicial-e-a-resposta-do-constitucionalismo-popular>>. Acesso em 19 mar 2016, 17h01.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Doutrinas essenciais de Direito Constitucional**. P. 395-421. São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto, 2015.

COLÔMBIA. **Constitución Política de Colombia**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/ini>

>/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2017, às 14h52.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A objetivação do processo e o ativismo judicial no contexto do pós-positivismo. **Revista de Processo**. P. 321-338. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro, 2016.

DOVAL, Adriana Navas Mayer. A proteção social do Estado e as políticas públicas assistenciais. **Revista de Direito do Trabalho**. P. 193-219. São Paulo: Revista dos Tribunais, novembro, 2015.

FARIA, José Eduardo. **O papel contramajoritário do STF**. Disponível em: <<http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,o-papel-contramajoritario-do-stf,10000065440>>. Acesso em 02 jun. de 2017, às 14h35

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

GONÇALVES, Francysco Pablo Feitosa. Os princípios gerais da administração pública e o Neoconstitucionalismo: até onde a adesão à doutrina alienígena é válida. **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo**. P. 831-851. São Paulo: Revista dos Tribunais, novembro, 2012.

GONÇALVES, Mariarosa Costa. Seguridade social. **Revista de Direito do Trabalho**. P. 325-333. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho – setembro, 2010.

GOUVEIA, Mila; ROCHA, Roberval. **Principais Julgamentos STF e STJ**:

**Versão Resumida para Concursos.**  
Salvador: JusPODIVM, 2015.

HARADA, Kyioshi. Intervenção federal nos Estados para pôr termo a grave comprometimento da ordem pública. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. P. 325-338. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio, 2011.

IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

ITO, Marina. **Risco de Politização: "Judicialização é fato, ativismo é atitude"**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista>. Acesso em 10 mai. 2017, às 9h00.

LEAL, Saul Tourinho. **África do Sul Connection n 37**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Africa/103,MI226142,21048-Africa+do+Sul+Connection+n+37>>. Acesso em 22 abril 2017, às 14h32.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo judicial: a experiência brasileira e sul africana contra a AIDs**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jun-16/ativismo-judicial-experiencias-brasileira-sul-africana-aids?pagina=4>>. Acesso em 22 abril 2017, às 14h30.

LINHARES, Emanuel Andrade. Crise entre os poderes desbalanceados nos Brasil: supremacia parlamentar em conflito com supremacia judicial. **Crise Econômica e Soluções Jurídicas**. N. 110. Revista dos Tribunais: março, 2016.

MACÊDO, Lucas Buri de. Reclamação constitucional e precedentes obrigatórios. **Revista de Processo**. p. 413-434. São Paulo: Revista dos Tribunais, dezembro, 2014.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. Direitos Fundamentais. IN: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coord.) **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Fundamentos de Direito da Seguridade Social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MAUÉS, Antônio Gomes Moreira; LEITÃO, Anelice F. Belém. Dimensões da judicialização da política no Brasil: as ADIns dos partidos políticos. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). **Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva. Neoconstitucionalismo e ativismo judicial - limites e possibilidades da jurisdição constitucional. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. P. 1479-1530. São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto, 2015.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo teórico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. Direito fundamental à saúde. IN: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, v.2.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. A justiça social em Aristóteles, Kant e Rawls. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. P. 203-232. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro – março, 2004.

PANUTTO, Peter. Fiscalização de constitucionalidade: modelos e evolução. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. P. 249-270. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro – março, 2014.

PELLEGRINI, Janine Maria; TURATTI, Luciana. As deliberações do STF relacionadas a definições de direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. P. 133-156. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro-dezembro, 2014.

PROBST, Paulo Vitor da Silva. A objetivação do Recurso Extraordinário. **Revista de Processo**. P. 67-105. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho, 2011.

PROGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou Representação**: política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

QUEIROZ, José Guilherme Carneiro. A interpretação constitucional como adaptação história do conteúdo normativo da Constituição, frente as cláusulas pétreas. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. P. 182-196. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro, 2005.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; PINHEIRO, Analissa Barros. Diálogo institucional: o debate entre o STF e o Congresso Nacional sobre interpretação da Constituição. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. P. 205-243. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho, 2015.

RODRIGUES, Saulo Tarso; BONAVIDES, Paulo; MARTÍN, Nuria Belloso; SILVA, Alexandre Fernandes. **Teoria da decisão judicial e teoria da justiça**: jusfilosofia e

novos paradigmas constitucionais. Curitiba: Juruá, 2015.

SANTOS FILHO, Oswaldo de Souza; HORVATH JÚNIOR, Miguel. A Assistência Social, sua efetivação enquanto política pública, o impacto de ideologia, do pensamento sistêmico através do movimento denominado ativismo judicial e sua consequência para os destinatários da proteção social. **Revista de Direito do Trabalho**. P 351-378. São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro-outubro, 2015.

SANTOS, Mirian Andrade. O princípio da dignidade humana e a seguridade social. **Revista de Direito do Trabalho**. P. 153-165. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro - dezembro, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. **As sentenças aditivas na jurisdição constitucional**. Disponível em: <[http://www.esmp.sp.gov.br/revista\\_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/77/41](http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/77/41)>. Acesso em 11 jun. 2017, às 21h37

SPLICIDO, Christiane. **A assistência social e o ativismo judicial na perspectiva da dignidade humana**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/assist%C3%Aancia-social-e-o-ativismo-judicial-na-perspectiva-da-dignidade-humana>>. Acesso em: 19 mar. 2016, às 17h23.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e decisão jurídica**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em 18 ago 2016, às 07h57.

STRECK, Lênio Luiz. **O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>>. Acesso em: 18 ago 2016, às 07h58.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

TEIXEIRA, Denilson Victor Machado. **Manual de Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Imperium, 2009.

VARGAS, Alberto Rodrigo Patino. Revisitando o princípio da legalidade sob o paradigma principiológicos constitucional

previdenciário. In: SERAU JR, Marco Aurélio; FOLMANN, Melissa (org.) **Previdência Social: em busca da Justiça Social.** São Paulo: LTr, 2015.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e Estado de direito:** o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição. 200 fls. Tese (Doutorado. Área de Direito Público). - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.