

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO JUSTIÇA ADMINISTRATIVA  
MESTRADO PROFISSIONAL JUSTIÇA ADMINISTRATIVA  
UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE

ERIK CALAZANS CARVALHO

ATIVISMO JUDICIAL:  
PARÂMETROS PARA ANÁLISE DA RENDA FAMILIAR NO ÂMBITO DO  
BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA



NITERÓI – RJ

2016



ERIK CALAZANS CARVALHO

ATIVISMO JUDICIAL:

PARÂMETROS PARA ANÁLISE DA RENDA FAMILIAR NO ÂMBITO DO  
BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

Trata-se de dissertação relativa à conclusão de Curso de Mestrado Profissional em Justiça Administrativa, na linha de pesquisa Justiça Administrativa e Fortalecimento do Estado de Direito, subárea Justiça Administrativa e Estado de Direito. Curso ministrado pelo Programa de Pós-Graduação Justiça Administrativa, pertencente ao Núcleo de Ciências do Poder Judiciário, vinculado à Universidade Federal Fluminense.

Orientador: Professor Dr. Ricardo Perlingeiro<sup>1</sup>

NITERÓI – RJ

2016

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho (1998); Pós-doutor em Ciências Sociais Aplicadas pelo *Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung Speyer, FÖV*, Alemanha (2007).

**Universidade Federal Fluminense  
Superintendência de Documentação  
Biblioteca da Faculdade de Direito**

C331 Carvalho, Erik Calazans  
Ativismo judicial: parâmetros para análise da renda familiar  
no âmbito do benefício de prestação continuada / Erik Calazans  
Carvalho – Niterói, 2016.  
161 p.

Dissertação (Mestrado em Justiça Administrativa – Programa  
de Pós-Graduação em Justiça Administrativa) – Universidade  
Federal Fluminense, 2016.

1. Justiça administrativa. 2. Direitos fundamentais. 3.  
Ativismo judicial. 4. Direitos sociais. 5. Direito à assistência  
social. 6. Separação dos poderes.

I. Universidade Federal Fluminense. Faculdade de Direito,  
Instituição Responsável. II. Título.

CDD 340

ERIK CALAZANS CARVALHO

ATIVISMO JUDICIAL:

PARÂMETROS PARA ANÁLISE DA RENDA FAMILIAR NO ÂMBITO DO  
BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

Trata-se de dissertação relativa à conclusão de Curso de Mestrado Profissional em Justiça Administrativa, na linha de pesquisa Justiça Administrativa e Fortalecimento do Estado de Direito, subárea Justiça Administrativa e Estado de Direito. Curso ministrado pelo Programa de Pós-Graduação Justiça Administrativa, pertencente ao Núcleo de Ciências do Poder Judiciário, vinculado à Universidade Federal Fluminense.

Aprovado em 25 de janeiro de 2016.

Banca examinadora:

**Professor Dr. Edson Alvisi Neves<sup>2</sup>**

**Professor Dr. Fábio de Souza Silva<sup>3</sup>**

**Professor Dr. Gilvan Luiz Hansen<sup>4</sup>**

---

<sup>2</sup> Doutor em História Social pela Universidade Federal Fluminense (2007).

<sup>3</sup> Doutor em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (2014); Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2015).

<sup>4</sup> Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2004).

Esta dissertação é fruto de árduo trabalho e renúncia pessoal, bem como do carinho de minha esposa Camila Andrade e apoio de meu amigo Kümmer Williams, aos quais a dedico.

## AGRADECIMENTOS

- Aos meus pais, pelo amor incondicional;
- A minha esposa Camila Andrade, pela compreensão e companheirismo;
- Ao amigo e advogado Kümmer Williams, pela sugestão do tema de pesquisa e conselhos infinitos;
- Ao magistrado Carlos Alexandre Benjamim, pela indicação do curso de mestrado, incentivo e orientações valiosas da prática jurisdicional;
- Ao meu orientador Professor Ricardo Perlingeiro, pelo conhecimento transferido e pelo comprometimento na condução do curso;
- Ao Professor Gilvan Luiz Hansen, pela dedicação além da esperada;
- Ao Professor Edson Alvisi Neves, pela valiosa orientação em banca de qualificação desta dissertação;
- Ao Professor Fábio de Souza Silva, pelo empenho na avaliação da obra;
- A todos os professores do curso de mestrado, pelo profissionalismo e notório saber;
- Ao magistrado Eduardo Fernandes, pela colaboração recíproca no desenvolvimento dos trabalhos acadêmicos e preciosas opiniões;
- Aos meus colegas discentes, pela cooperação mútua e pelos momentos de descontração;
- À servidora do NUPEJ/UFF Leoná Rodrigues da Silva, pelo comprometimento e carisma únicos.
- E a todos que colaboraram de alguma forma na realização deste trabalho.

Mas o verdadeiro problema do Direito Constitucional de nossa época está, ao nosso ver, em como judicializar o Estado social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais, a fim de fazê-los efetivos (BONAVIDES, 2004, p. 373).



## RESUMO

O propósito desta dissertação consiste em apontar parâmetros que embasem a postura judicial frente a julgamentos de questões que envolvam a implantação de direitos fundamentais e, em especial, de direitos assistenciais. Para tanto, ativismo e autocontenção judiciais servirão de norte para distinguir uma maior ou menor interferência do Poder Judiciário em temas outrora exclusivamente precípuos e intocáveis aos demais poderes constituídos. Buscar-se-á, em corte pontual, relacionar ativismo e autocontenção judiciais à apreciação do questionamento da renda familiar *per capita* máxima para fruição do benefício de prestação continuada (previsto na Lei nº 8.742 de 1993), bem como, paralelamente, serão esmiuçados o conteúdo e os efeitos das pertinentes decisões de nossa Suprema Corte. Constatada uma crise de legitimidade, ponderar-se-á de que modo o magistrado deve se posicionar na moderna concepção da teoria da separação entre os poderes, sempre utilizando como diretriz o inafastável imperativo constitucional da máxima efetividade dos direitos fundamentais. Não menos relevante, será observado o contexto do Estado social em que vivemos, com a elevada consideração de temas como a dignidade da pessoa humana; o mínimo existencial; a jurisdição constitucional; e a justiça distributiva, todos a partir da ótica da existência de uma democracia substancial a ser garantida inclusive pelo Poder Judiciário.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial; Autocontenção judicial; Direitos Fundamentais; Assistência social; Separação dos poderes.

## ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to point out parameters that support the judicial front stance to issues of judgments involving the implementation of fundamental rights and in particular of assistance rights. To this end, activism and self-restraint judicial will serve north to distinguish a greater or lesser interference of the Judiciary in areas once exclusively priority and untouchable of the other powers that be. Search shall be, on points cut, relate activism and self-restraint judicial considered the question of the maximum average family income for enjoyment of the continued provision of benefits (provided by Law nº 8,742 of 1,993) and, in parallel, they will be scrutinized content and the effects of relevant decisions of our Supreme Court. Observed a crisis of legitimacy, it will be weighted so that the magistrate should be positioned in the modern conception of the theory of separation of powers, always using as a guideline the constitutional imperative unremovable the maximum effectiveness of fundamental rights. Not least, it looks at the context of the welfare State we live in, with high consideration of issues such as the dignity of human person; the existential minimum; the constitutional jurisdiction; and distributive justice, all from the perspective of the existence of a substantial democracy to be guaranteed even by the Judiciary.

**Keywords:** Judicial Activism; Judicial self-restraint; Fundamental Rights; Social assistance; Separation of powers.

## SUMÁRIO

<b>Ficha catalográfica</b> .....	2
<b>Banca examinadora</b> .....	3
<b>Dedicatória e Agradecimentos</b> .....	4
<b>Epígrafe</b> .....	6
<b>Resumo</b> .....	7
<b>Abstract</b> .....	8
<b>Sumário</b> .....	9
<b>Introdução</b> .....	11
<b>1. A crise de legitimidade do Poder Judiciário</b> .....	15
a. Custo do Benefício de Prestação Continuada: quem é legitimado para deliberar despesas sociais?.....	17
b. Evolução das decisões do Supremo Tribunal Federal: renda familiar no Benefício de Prestação Continuada.....	20
c. Justiça distributiva ou justiça comutativa para os benefícios assistenciais?...23	
<b>2. Limites e parâmetros do ativismo judicial</b> .....	27
a. Discricionariedade, máxima da proporcionalidade e direitos fundamentais....31	
b. Limites inerentes ao exercício da jurisdição.....	37
c. Parâmetros favoráveis à prática do ativismo judicial.....	40
d. Parâmetros favoráveis à prática da autocontenção judicial.....	44
e. Justiça distributiva e o ativismo judicial.....	49
f. Diálogo institucional.....	51
<b>3. Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e à pessoa com deficiência e o papel do magistrado</b> .....	53
a. Preço ou Dignidade?.....	53
b. Princípios da assistência social.....	58
c. Características do benefício de prestação continuada e o requisito da renda familiar <i>per capita</i> .....	61
d. Crítica à atuação do Supremo Tribunal Federal: ativismo ou autocontenção na assistência social?.....	65

<b>4. Estado social, direitos fundamentais e o papel do magistrado.....</b>	<b>69</b>
4.1 A Constituição do Estado Social.....	75
a. Sistema constitucional e Constituição.....	75
b. Princípios constitucionais e vinculação judicial.....	78
c. Controle judicial de constitucionalidade.....	84
4.2 Direitos fundamentais.....	87
a. Aspectos gerais, Estado social e teoria dimensional.....	87
b. Conteúdo essencial e restrições.....	90
c. Direitos subjetivos, relação jurídica e classificação.....	93
d. Perspectiva objetiva.....	99
e. Direitos fundamentais sociais e prestações materiais.....	101
4.3 Temas determinantes do alcance dos direitos fundamentais sociais.....	110
a. Dignidade da pessoa humana.....	110
b. Mínimo existencial.....	114
c. Reserva do possível.....	118
<b>5. Jurisdição, ativismo judicial e os direitos fundamentais.....</b>	<b>125</b>
5.1 Jurisdição.....	125
a. Criatividade normativa no exercício da jurisdição.....	128
b. Jurisdição constitucional.....	131
5.2 Ativismo judicial.....	134
a. Ativismo judicial <i>versus</i> autocontenção judicial.....	136
b. Ativismo judicial e a diferença da judicialização da política.....	139
c. Separação harmônica dos poderes, sistema de freios e contrapesos e o ativismo judicial.....	142
d. Normas constitucionais de princípio programático, direitos sociais a prestações materiais e o papel contramajoritário da magistratura.....	147
<b>Conclusão.....</b>	<b>151</b>
<b>Referências bibliográficas.....</b>	<b>155</b>

## INTRODUÇÃO

Visando à melhor compreensão do tema, observa-se que esta dissertação segue o método *indutivo*<sup>5</sup> de pesquisa, dando ênfase pela exposição, nesta ordem: da *problematização* do assunto (capítulo 1); da *opinião* do autor (capítulos 2 e 3); e da *conceituação doutrinária* (capítulos 4 e 5) das principais questões relativas ao ativismo judicial e aos direitos fundamentais sociais. Pretende-se, dessa forma, priorizar a captação do assunto pelo leitor, haja vista o caráter técnico do texto e seu direcionamento a olhares mais familiarizados com os conceitos básicos do Direito. Contudo, para os leitores mais iniciantes na teoria dos direitos fundamentais (ou para aqueles que simplesmente tenham preferência por modo de explanação diverso), aconselha-se a leitura *dedutiva* do escrito, seguindo-se a sequência *conceituação doutrinária – problematização – opinião* (capítulos 4, 5, 1, 2 e 3, nesta série).

No entanto, como talvez possa ter sido sugerido no parágrafo anterior, esta obra não segue um padrão rígido e inflexível de exposição da matéria, mas sim tece comentários e exhibe conceituações em todos os capítulos, divergindo pontualmente à metodologia proposta.

O título da dissertação já deduz do que se trata a pesquisa, ou seja, busca-se indicar parâmetros que auxiliem a magistratura no julgamento do enorme contencioso administrativo decorrente do questionamento da renda familiar máxima para fruição do benefício de prestação continuada (previsto na Lei nº 8.742 de 1993). Assim, não vamos entrar em outros aspectos do benefício assistencial, tais como: a idade mínima; a deficiência que gera impedimentos de longo prazo; ou uma comparação mais profunda com outros benefícios. Entretanto, temas como: o ativismo judicial; a jurisdição constitucional; e os direitos fundamentais receberão uma atenção especial. Observa-se, por fim, a necessária referência aos direitos sociais como um todo e à correta adequação funcional, nesta seara, do Poder Judiciário.

Desde o princípio, alertamos o leitor que não visamos propor alteração de nossa Constituição ou do formato de Estado social que a mesma implantou, mas

---

<sup>5</sup> Caracteriza o processo pelo qual o pesquisador, por meio de um levantamento de dados particulares suficientemente constatados, chega a determinadas conclusões gerais, ou seja, parte-se do específico para o geral. Contrapõe-se, assim, ao método dedutivo, no qual se parte de uma situação geral e genérica para uma particular.

pretendemos, de outro modo, exclusivamente trabalhar com a Constituição que temos e com os poderes que a mesma atribuiu ao Poder Judiciário (mesmo ciente das deficiências de legitimidade, as quais, no meu ver, podem ser estendidas a todos os poderes constituídos). No mais, é importante ter em vista que os temas tratados nesta dissertação não são sujeitos a definições completamente objetivas, precisas e exaurientes, muito em razão do caráter principiológico dos mesmos, mas também pelo respeito as diferentes correntes doutrinárias que utilizamos. A título de exemplo, a observação de BARROSO (2012, *Aqui, lá e em...*, p. 129) a respeito da dignidade da pessoa humana bem denota a dificuldade de reduzir a amplitude de alguns conceitos. Vejamos:

Contudo, em termos práticos, a dignidade, como conceito jurídico, frequentemente funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta os seus próprios valores. Não é por acaso, assim, que a dignidade, pelo mundo afora, tem sido invocado pelos dois lados em disputa [...].

Delineando a discussão, o primeiro capítulo pretende expor a problematização que levou a idealização da dissertação. A recente ascendência do Poder Judiciário, principalmente em questões outrora geridas apenas pelos Poderes Legislativo e Executivo, tem provocado desconforto institucional e, quiçá, da sociedade em geral. Argumenta-se a existência de uma crise de legitimidade (tanto democrática, quanto pela possível quebra do princípio da separação dos poderes) para os atos do primeiro, quando presente certa dose política na decisão. Em sequência, analisa-se o custo pecuniário do benefício assistencial em comento, tendo como parâmetro as sequências de Leis Orçamentárias Anuais, bem como outros fatores que afetam o estudo da legitimidade dos atos judiciais. Percebe-se que a conta social é bilionária e que esta se choca com a lógica orçamentária, a qual tem que lidar com necessidades ilimitadas que se subordinam à limitada pecúnia, ou seja, ao dar prioridade a determinado programa assistencial, elimina-se a possibilidade da ampliação de cobertura de outro (ou mera cobertura inicial), voltando-se novamente para a questão da definição de quem compete tais decisões. No mais, relata-se a evolução das decisões do Supremo Tribunal Federal, com foco no debatido processo de inconstitucionalização do requisito legal para verificação de renda familiar *per capita* para concessão do benefício de prestação continuada. Ao fim, pondera-se acerca da justiça distributiva e da justiça comutativa no âmbito da assistência social estatal, apontando-se a tendência desta para os ditames da justiça distributiva.

Iniciando a opinião do autor, o segundo capítulo busca indicar limites e sugerir parâmetros para o uso do ativismo e da autocontenção judiciais. Desde o início, afasta-se a ideia maniqueísta de que apenas uma postura é compatível com a atuação do Poder Judiciário, buscando-se apontar quando uma ou outra é mais favorável à efetivação dos direitos fundamentais, à democracia e à adequada conformação constitucional. Deduz-se, inclusive, que tal escolha não é limitada apenas por duas opções extremadas, mas sim escalonadas em graus múltiplos de maior ou menor densidade na interferência nas competências outrora destinadas apenas aos poderes destacadamente políticos. No mais, discorre-se sobre a discricionariedade e a máxima da proporcionalidade, sob a ótica de Alexy, apontando-lhes os conceitos e modos de utilização (seja pelo Legislativo, seja pelo Judiciário), visando à proteção de direitos fundamentais, mesmo que pela via da restrição pontual. Em continuidade, pondera-se a relação entre a justiça distributiva e o ativismo judicial, pendendo o autor pela maior autocontenção do Poder Judiciário nas pretensões relacionadas aos direitos sociais (não subjetivados ou não abrangidos pela dignidade da pessoa ou pelo mínimo existencial), quando tal postura não tiver a tendência de uma distribuição equitativa e universal de direitos. Por fim, é apontado o diálogo institucional entre os poderes como o próximo passo para conferir maior legitimidade às decisões de poder, eliminando a possibilidade de uma última palavra conferida de forma absoluta a quaisquer daqueles.

O terceiro capítulo, prosseguindo com o foco opinativo, trata do benefício assistencial de prestação continuada, direito fundamental assistencial de cunho constitucional. Inicialmente, e sob a ótica de Kant, indaga-se acerca de sua natureza jurídica, se preço ou dignidade, para em seguida discorrer quanto aos mais relevantes princípios jurídicos atinentes à assistência social, quais sejam: subsidiariedade, solidariedade e universalidade (excluindo a apreciação do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual ganha destaque em outras passagens da obra). As demais características do benefício são desenvolvidas, com ênfase ao requisito legal da renda familiar *per capita* não superior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo. Por fim, criticamos as incoerentes decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito da renda familiar referida, opinando quanto à conduta mais recomendada ao seu papel de guardião constitucional e protetor dos direitos fundamentais, sob a ótica do ativismo ou da autocontenção judiciais e da assistência social estatal considerada em conjunto.

Dando entrada a conceituação doutrinária base, o quarto capítulo trata da formação e evolução do Estado social e dos direitos fundamentais, ambos com foco na atuação da magistratura. O sistema constitucional e os princípios constitucionais chaves são postos como os parâmetros de maior destaque da performance judicial, bem como autorizativos do controle judicial de constitucionalidade. Em continuidade, sintetiza-se a teoria dos direitos fundamentais, sob a ótica principalmente de ALEXY (2015, p. 575), o qual compreende que “[...] os direitos fundamentais independentemente de sua formulação mais ou menos precisa, têm a natureza de princípios e são mandamentos de otimização”, dando ênfase à dicotomia das perspectivas subjetiva e objetiva dos referidos e expondo com destaque os direitos fundamentais sociais. Por último, analisa-se a importância e a natureza jurídica da dignidade da pessoa humana, do mínimo existencial e da reserva do possível.

O quinto capítulo, ainda conceitual, vislumbra especificamente o estudo da jurisdição e do ativismo judicial, frisando a intersecção destes com outros relevantes temas, como: a criatividade normativa judicial; a jurisdição constitucional; a judicialização da política; e os direitos fundamentais. No mais, serão diferenciados o ativismo judicial da autocontenção da magistratura, bem como exposta a evolução da teoria da separação entre os poderes ao seu atual caráter harmônico, interdependente e baseado em um sistema de freios e contrapesos. Por derradeiro, as controversas normas constitucionais de princípio programático serão prudentemente associadas aos direitos sociais a prestações materiais e ao papel contramajoritário do Poder Judiciário, com o fito de maximizar a este a função efetivadora dos direitos fundamentais.

Enfim, partindo-se da convicção de que “a interpretação judicial não é fruto exclusivo da vontade do juiz” (APPIO, 2008. p. 25), o escopo maior deste estudo consiste na indicação aberta de parâmetros favoráveis à prática do ativismo ou da autocontenção judiciais, também em menores doses apontando limites intransponíveis à magistratura, pendendo o contexto de pesquisa para o campo do direito fundamental da assistência social e, especificamente, ao requisito legal da renda familiar *per capita* para concessão de benefício de prestação continuada, este tão controvertido no âmbito da jurisdição administrativa.



## 1. A CRISE DE LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

A Constituição de 1988 possibilitou à jurisdição constitucional a participação na tutela dos direitos fundamentais, promovendo, com isso, uma crise política no arranjo institucional de nossa novel democracia. Como consequência, em não raras vezes, houve a ascensão do Poder Judiciário a protagonista de decisões de cunho político, com decorrentes questionamentos quanto a sua legitimidade democrática.

É a soberania popular, sem dúvidas, que legitima o exercício do poder e a própria existência do Estado. Da mesma forma,

[...] não é possível admitir que a legitimidade da jurisdição constitucional no Brasil esteja plenamente resolvida pela circunstância [...] de o legislador constituinte ter conferido a competência do exame da constitucionalidade das leis e dos atos normativos ao STF [...] (MARIANO, 2010, p. 13).

Percebe-se que nossa Constituição falha ao permitir a definição de seu conteúdo por um órgão inteiramente desprovido de responsividade popular, onde seus membros possuem mandatos vitalícios e em frequentes oportunidades apenas representam a política que lá os inseriram. Deste modo, pode-se afirmar que “*a previsão constitucional confere, à jurisdição exercida pelo STF, somente uma validade jurídica, o que é insuscetível, porém, de conferir-lhe plena legitimidade, já que esta não se atinge pela mera legalidade ou positividade*” (MARIANO, 2010, p. 156).

Vê-se, inclusive, que o caráter valorativo do Direito sobrepôs-se à mera positividade como equivalente da moralidade, superando, assim, a visão positivista a qual reduzia os conceitos de valor para mera validade e de legitimidade para mera legalidade.

Direito e moral possuem uma conexão genética, mas isso não resulta na ideia de que o direito já contenha em si a moralidade, ou seja, de que é possível inferir os qualificativos de “justo” ou “legítimo” pela mera positividade, o que significaria impedir, por óbvio, a crítica ético-política do direito e cancelar a autolegitimação dos procedimentos (MARIANO, 2010, p. 7).

Entretanto, a abrangência desta obra não atingirá a manifesta necessidade de reforma política e institucional dos órgãos de poder, pois a falta de representatividade popular não se resume ao Poder Judiciário, tratando-se mais de uma consequência de nossa frágil democracia de país em desenvolvimento do que necessariamente pela

alegação equivocada de supremacia judicial. Afinal, “*a meu parecer, em termos de legitimidade e democracia, jamais há de prosperar, em países periféricos, Estado de Direito sem Estado Social*” (BONAVIDES, 2008, p. 89) e o Estado social, por sua vez, não pode ser alcançado sem a participação ativa da magistratura.

Deste modo, não vislumbramos um Poder Judiciário autocontido somente em virtude de queixas de falta de legitimidade extensíveis, via de regra e dentro de outros parâmetros, a todos os poderes *insuficientemente* constituídos. Por outro lado, o ativismo judicial não é sinônimo de interferência indevida nos círculos políticos democráticos, bem como não é pautado por argumentos decisionistas, subjetivos, supraconstitucionais ou absolutos. “*O desafio é, assim, restabelecer a separação de poderes e não afastar propriamente a legitimidade e a titularidade do Judiciário na tarefa de concretização dos princípios e direitos fundamentais*” (MARIANO, 2010, p. 221), pois “*muito embora não se possa (nem se deseje) eliminar o subjetivismo nas decisões judiciais, a busca por meios de racionalizar a vontade dos juízes passa pelas teorias da interpretação constitucional*” (APPIO, 2008, p. 22-23).

Contrariando os críticos de sua legitimidade, o Poder Judiciário não toma para si as tarefas legislativas ou executivas de concretização dos direitos fundamentais, mas apenas abandona o papel estático outrora tão comum e embaraçoso de suas funções. Abusos, inércias, insuficiências e omissões não mais podem ser fundamentadas em prerrogativas de poder exclusivo, haja vista que a todos os poderes foi conferida a defesa da Constituição, tanto dentro de suas funções típicas, quanto eventualmente em suas funções atípicas (porém substancialmente constitucionais). O Estado Democrático de Direito não se confunde apenas com a democracia representativa, redundando este reducionismo no ofuscamento dos direitos das minorias<sup>6</sup>, do pluralismo e dos direitos fundamentais em geral.

A legitimação democrática dos membros do Poder Judiciário, apesar de deficiente, também é decorrente da vontade da Assembleia Nacional Constituinte, sendo sob a ótica da Constituição vigente (uma Constituição democrática e fortemente amparada em ditames de Estado social) que analisaremos a aptidão judicial para fazer valer os direitos fundamentais e em especial os direitos assistenciais.

---

<sup>6</sup> Por minoria, segundo APPIO (2008, p. 200), entende-se as classes de pessoas que “[...] não têm acesso à mesma representação política que os demais cidadãos, ou, ainda, que sofrem histórica e crônica discriminação por conta de características essenciais a sua personalidade que demarquem a sua singularidade no meio social”.

### **a. CUSTO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA: QUEM É LEGITIMADO PARA DELIBERAR DESPESAS SOCIAIS?**

Em um mundo onde os valores (mesmo que relevantes, inerentes ou inafastáveis à personalidade humana) não raramente apenas conseguem ser efetivados pela força do capital, ganha importância a análise do custo pecuniário do benefício assistencial em comento, bem como dos atores políticos que deliberam a respectiva despesa pública.

É necessário situar, em um primeiro momento, o alcance orçamentário da assistência social estatal. À vista da legislação orçamentária de 2015<sup>7</sup>, apesar da maior notoriedade e apelo político, não é o benefício assistencial decorrente do Bolsa Família (Lei nº 10.836 de 2004) que maior dispense aos cobres públicos (com R\$ 27,1 bilhões), mas sim o benefício de prestação continuada aos idosos e às pessoas com deficiência<sup>8</sup> (com R\$ 41,5 bilhões, dos quais R\$ 22,68 bilhões são destinados aos primeiros e R\$ 18,83 bilhões aos segundos). Observa-se que o orçamento total da assistência social da União (destinado ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome) corresponde a R\$ 75,5 bilhões (com a inclusão das mais diversas formas de proteção ao cidadão hipossuficiente) e que, por consequência, quase 55% deste orçamento é voltado para a satisfação constitucional do benefício de prestação continuada.

Em comparação com o ano de 2014<sup>9</sup>, percebe-se que o aumento da despesa foi significativo. O orçamento total para a assistência social foi de R\$ 68,6 bilhões, enquanto que os pagamentos dos benefícios de prestação continuada corresponderam a R\$ 36,3 bilhões (dos quais R\$ 19,86 bilhões foram destinados às pessoas com deficiência e R\$ 16,43 bilhões aos idosos), o que representou menos de

---

<sup>7</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. LOA 2015 - Projeto de Lei nº 13 de 2014-CN, p. 3 e 4. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/mista/orca/orcamento/or2015/rel\\_setor/setor10/012\\_RelSetor\\_10\\_A\\_SF.PDF](http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/mista/orca/orcamento/or2015/rel_setor/setor10/012_RelSetor_10_A_SF.PDF)>. Acesso em 11 out. 2015.

<sup>8</sup> Em verdade, o maior benefício assistencial do Brasil é claramente a “aposentadoria rural”, a qual consumiu R\$ 65 bilhões no ano de 2014 e não prevê contribuição significativa dos seus beneficiários (o que caracteriza um sistema previdenciário), exigindo-se apenas o próprio trabalho rural (ressalva-se que há contribuição previdenciária sobre a produção rural, a qual é de valor ínfimo para padrões previdenciários voltados ao equilíbrio financeiro e atuarial) (NERY, 2014, p. 3).

<sup>9</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. LOA 2014 - Projeto de Lei nº 09 de 2013-CN, p. 3 e 4. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/mista/orca/orcamento/or2014/rel\\_setor/setor10/012\\_RelSetor\\_10\\_A\\_SF.PDF](http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/mista/orca/orcamento/or2014/rel_setor/setor10/012_RelSetor_10_A_SF.PDF)>. Acesso em 11 out. 2015.

53% do montante. O programa de Bolsa Família, por sua vez, consumiu R\$ 24,6 bilhões.

Quanto ao número de beneficiários da prestação assistencial continuada, estes representavam: 3,86 milhões ao final de 2011; 4,01 milhões ao final de 2012; 4,18 milhões ao final de 2013<sup>10</sup>; 4,31 milhões ao final de 2014<sup>11</sup> e, a depender da projeção de gastos para 2015 (bem como por se tratar de um benefício de valor determinado), pode-se afirmar que se aproxima dos 4,4 milhões de beneficiários, número, porém, bastante inferior aos 13,8 milhões de favorecidos atualmente pelo Bolsa Família<sup>12</sup>.

Deve-se registrar, em tom preocupante, que tais despesas ainda são restringidas pela relativamente baixa judicialização das questões sociais pelos brasileiros, pois apesar do Supremo Tribunal Federal validar a elasticidade do critério da miserabilidade para fins de concessão de benefício de prestação continuada (para  $\frac{1}{2}$  salário mínimo *per capita*, sem a exclusão de outros meios de comprovação<sup>13</sup>), a concessão judicial dos benefícios de prestação continuada gira em torno de apenas 6% do total de benefícios concedidos<sup>14</sup>.

Soma-se a tal afirmativa uma alarmante pesquisa do IPEA<sup>15</sup>, a qual aponta que uma simples elevação objetiva (e legislativa) do critério de miserabilidade de  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo *per capita* por grupo familiar, para  $\frac{1}{2}$  salário mínimo (ainda sem levar em conta a possibilidade de comprovação por outros meios), implicaria, ao final do ano de 2011, um variação de 3,8 milhões para 7,8 milhões de benefícios de prestação continuada concedidos pela via administrativa, ou seja, um incremento de 105% de beneficiários novos, não sendo difícil visualizar a bilionária conta social ainda hoje pendente apenas de maior conscientização popular dos direitos sociais adquiridos pela via da judicialização.

---

<sup>10</sup>Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/dados-abertos/aeps-2013-anuario-estatistico-da-previdencia-social-2013/aeps-2013-secao-i-beneficios/aeps-2013-secao-i-beneficios-subsecao-c/aeps-2013-secao-i-beneficios-subsecao-c-tabelas/>>, especificamente na planilha C1 <[http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2014/10/C\\_01.xls](http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2014/10/C_01.xls)>. Acesso em 21 set. 2015.

<sup>11</sup> INSS em números: Boletim Estatístico Gerencial, dezembro de 2014, p. 29.

<sup>12</sup> Disponível em: <<http://mds.gov.br/area-de-imprensa/noticias/2015/setembro/numero-de-beneficiarios-do-bolsa-familia-tem-se-mantido-estavel>>. Acesso em 11 out. 2015.

<sup>13</sup> Nos termos do Recurso Extraordinário 567.985/MT, melhor analisado adiante.

<sup>14</sup> Vide SILVA, N., 2012, p. 556.

<sup>15</sup> Projeções de quantitativo de beneficiários potenciais do BPC na população brasileira conforme estudos do IPEA/2010. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Reclamação Constitucional 4.374/PE, 2013, p. 40. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>>. Acesso em 21 set. 2015.

À vista desses dados, a sociedade discute a qual poder constituído caberia a fixação de critérios (políticos e principiológicos) tendentes a efetivar os ambiciosos fins de nossa Constituição assistencial. Obviamente, o critério mais adequado para a concessão de direitos assistenciais não parece ser o econômico, mas sim os relacionados aos princípios da dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial, entretanto, nos direitos sociais, estes princípios possuem uma dimensão comunitária mais visível do que em outros direitos fundamentais, não sendo viável a convalidação de práticas judiciais que, ao invés de implementar justiça distributiva e consequente igualdade material, criem privilégios que, mesmo presentes nas camadas mais carentes da sociedade, não deixam de ser odiosos.

Torna-se imperativo repensar o papel da magistratura, pois, do contrário, além da não contribuição para a diminuição da desigualdade, pode a mesma vir a constituir mais uma forma de aprofundamento da exclusão social. Por fim, resta-nos a ponderação da existência ou não de capacidade funcional ao Poder Judiciário para a efetivação de direitos sociais de forma *erga omnes*, dentro de uma análise macro (econômica e política) e determinante a todos os poderes constituídos e à sociedade, em um aspecto ativista e incrementador do Estado social, atividade a qual pode ser pensada pela jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal.

## b. EVOLUÇÃO DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: RENDA FAMILIAR NO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

O Supremo Tribunal Federal, mediante o exercício da jurisdição constitucional, teve atuação determinante na fixação do alcance da densidade normativa do artigo 20, §3º, da Lei nº 8.742 de 1993, o qual prevê:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65<sup>16</sup> (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011).

[...]

§ 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.

Por este dispositivo, regulou-se o artigo 203, inciso V, da CRFB de 1988, o qual dispõe:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

[...]

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

A fixação de critério objetivo para a aferição da miserabilidade dos grupos familiares (que possuam ao menos um idoso ou uma pessoa com deficiência) gerou uma sobrecarga judicial de impugnações à constitucionalidade do dispositivo legal, redundando (inicialmente de forma mais relevante) na proposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, do ano de 1995, pelo Procurador-Geral da República. Em seu processamento, foi indeferida medida cautelar, haja vista que “[...] o legislador ordinário, bem ou mal, mas cumprindo o dever de editar a lei, estabeleceu um parâmetro, que teve a virtude de dar eficácia à norma constitucional”<sup>17</sup>. A referida ação foi julgada improcedente (no ano de 1998), por maioria, reconhecendo a corte

<sup>16</sup> Inicialmente, a previsão legal era de 70 anos.

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.232-1/DF, 1998, p. 97. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451>>. Acesso em 21 set. 2015.

suprema a constitucionalidade da norma impugnada. Como votos vencidos, descartou-se a tese de afirmação de constitucionalidade, porém com aplicação da técnica de interpretação conforme, reconhecendo o caráter absoluto do meio de comprovação estabelecido por lei ( $\frac{1}{4}$  do salário mínimo de renda *per capita* familiar), porém admitindo *outros meios de comprovação*.

Na ocasião daquela decisão, percebeu-se que o STF foi deferente ao mandamento legislativo, autocontendo sua possível intervenção na esfera tradicional de outro poder na regulação de direitos sociais presentes na Constituição.

Mais recentemente, no julgamento do Recurso Extraordinário 567.985/MT, apresentado pelo Instituto Nacional do Seguro Social, já no ano de 2013, o STF ponderou reiteradas decisões judiciais (inclusive próprias decisões monocráticas) em sentido contrário a anterior decisão na ADI 1.232-1/DF, bem como constatou um processo de inconstitucionalização dos critérios presentes na Lei nº 8.742 de 1993, em razão da edição de leis com critérios mais elásticos quanto a concessão de outros benefícios assistenciais. O objeto do recurso foi acórdão de Turma Recursal que compreendeu que “o critério objetivo de miserabilidade previsto no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 restou modificado para  $\frac{1}{2}$  salário mínimo, por força das Leis nº 9.533/97 e nº 10.689/2003”<sup>18</sup>, sendo esta a questão constitucional com repercussão geral reconhecida (benefício assistencial de prestação continuada e a renda *per capita* familiar inferior a  $\frac{1}{2}$  salário mínimo).

Em decisão final, por maioria, o tribunal negou provimento ao recurso extraordinário e declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade da norma legal em comento, sem declaração de nulidade ou redução de texto, admitindo a utilização do critério mais elástico de  $\frac{1}{2}$  salário mínimo *per capita*, bem como não apontando vedações a procura de outros meios de comprovação da miserabilidade para fins assistenciais. Vencidas três linhas diversas, as quais visavam: prover o recurso, mantendo a constitucionalidade da legislação; não prover o recurso, mas sem declarar a inconstitucionalidade; e não prover o recurso, mas modular os efeitos da decisão para que a norma tivesse validade até 31/12/2015, com a declaração de inconstitucionalidade.

---

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 567.985/MT, 2013, p. 2. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>>. Acesso em 21 set. 2015.

Apesar de alguma forma autocontida (haja vista que não se utilizou da técnica de abstrativização dos efeitos de decisão do STF em controle difuso de constitucionalidade, não se conferindo efeitos *erga omnes* ao julgado), a decisão influenciou o comportamento da magistratura nacional, ao validar interpretações ampliativas no campo dos direitos sociais. Em termos práticos, não mais vigora de forma absoluta o critério objetivo de aferição da miserabilidade para fins assistenciais ao idoso e à pessoa com deficiência, a julgar pelo maciço uso judicial de outros critérios para a sua comprovação.

Atualmente, pode-se afirmar que à administração pública (a qual se limita à aplicação da legislação válida e vigente) apenas cabe a análise e a concessão de benefícios assistenciais (previstos na Lei nº 8.742 de 1993) àqueles grupos familiares que possuam renda *per capita* de até  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo. Já à magistratura, além da função corretiva da competência administrativa indevidamente exercida, compete a análise e a concessão de benefícios assistenciais às famílias com renda *per capita* além do limite legal.

Tal situação, obviamente, pôs em discussão a participação do Poder Judiciário na efetivação do Estado social e a correta conformação funcional de suas decisões. Críticas quanto ao ativismo judicial têm crescido e o risco de esvaziamento da legitimidade democrática da magistratura é debatido. Enfim, esta obra é disposta neste sentido, visando apontar os parâmetros para a adequada atuação da magistratura no contexto do Estado social, respeitando a exigência inafastável da máxima efetivação dos direitos fundamentais.



### c. JUSTIÇA DISTRIBUTIVA OU JUSTIÇA COMUTATIVA PARA OS BENEFÍCIOS ASSISTENCIAIS?

A sociedade brasileira enfrenta dois grandes desafios, quais sejam: encontrar a medida exata do assistencialismo estatal; bem como apontar meios de distribuição equitativa do limitado orçamento social. Esta dissertação foca no estudo da segunda vertente, mais especificamente na participação judicial legítima para a implementação equânime de benefícios assistenciais.

Necessário, de início, conceituar o termo *justiça distributiva*. Em original acepção, ARISTÓTELES<sup>19</sup> a compreendeu como “[...] a que intervém na distribuição das honras, ou das riquezas, ou de outras vantagens que se repartem entre os membros da comunidade política”. Contudo, atualmente o vocábulo não apresenta a mesma concepção, sendo o significado da justiça distributiva aristotélica de “[...] distribuição de dignidades políticas de acordo com o mérito de cada um [...]” (MORAIS, 2009, p. 12) substituído pelo “[...] sentido de distribuição de bens, levando-se em consideração o fundamento de necessidade, a prestação positiva estatal” (idem).

No seu sentido original, aristotélico, a “justiça distributiva” se referia aos princípios segundo os quais as pessoas merecedoras teriam a garantia de ser recompensadas de acordo com seus méritos, sobretudo no que diz respeito a seu *status* político (FLEISCHACKER, 2006, p. 4-5).

[...] o conceito aristotélico de justiça distributiva [...] alterou-se durante a evolução do pensamento jurídico, chegando até os dias atuais uma concepção que traz em si o aspecto de uma justiça conferida pelo Estado aos mais necessitados, a própria distribuição da justiça social. A justiça distributiva deve assim, conferir igualdade de oportunidades aos cidadãos, diminuindo as desigualdades sociais existentes em nossa sociedade (MORAIS, 2009, p. 12).

Em seu sentido moderno (firmada pela teoria de Rawls<sup>20</sup>), a justiça distributiva “[...] exige que o Estado garanta a cada um de seus cidadãos um certo nível de bem-estar material [...]” (FLEISCHACKER, 2006, orelha do livro) e o invoca “[...] para garantir que a propriedade seja distribuída por toda a sociedade de modo que todas as pessoas possam se suprir com um certo nível de recursos materiais” (idem, p. 8).

<sup>19</sup> apud HELENA, 2008, p. 338. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Justiça distributiva: social, política e fiscal**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Renovar, nº 1, 1995, p. 99.

<sup>20</sup> RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Massachusetts: Harvard University Press, 1971.

Vê-se que “[...] levou muito tempo até que alguém sugerisse que alguma distribuição de bens é devida a todos os seres humanos, em virtude apenas de serem humanos” (FLEISCHACKER, 2006, p. 12), sendo hoje imperioso o reconhecimento de que todas as pessoas são inerentemente dignas (independentemente de mérito pessoal) para gozar de direitos fundamentais em seu aspecto distributivo. O Estado em que vivemos é social (e democrático de direito), não admitindo exclusões desproporcionais, sendo que o conceito de justiça distributiva se tornou mais amplo do que o inicialmente proposto por Aristóteles, apoiando-se, contemporaneamente, na minimização da desigualdade social, mediante a consideração dos preceitos da dignidade da pessoa; da liberdade; da necessidade; e da universalidade, aspirando obter a igualdade proporcional dos cidadãos.

Para RAWLS (2003, p. 59-60), existem dois princípios básicos de justiça que qualificam esta como distributiva, quais sejam:

(a) cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e

(b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio de diferença).

O conceituado autor aceita a existência de desigualdades<sup>21</sup>, desde que, sob certas condições racionais, as oportunidades sociais mostrem-se acessíveis a todos, bem como sejam vantajosas principalmente para os menos favorecidos da sociedade. Esta, por sua vez, seria “[...] um empreendimento cooperativo para benefício mútuo” (RAWLS<sup>22</sup>), sendo que o benefício social das desigualdades decorreria da união de esforços, a qual eleva o usufruto geral do produto do empenho social.

O princípio da diferença diz respeito à distribuição dos bens na sociedade e é composto por três elementos. Preliminarmente, é preciso esclarecer que Rawls entende perfeitamente possível a desigualdade econômico-social entre indivíduos. Nada obstante, em primeiro lugar, a distribuição da desigualdade no âmbito da sociedade deverá maximizar o bem-estar dos menos favorecidos. Vale dizer: aumento da desigualdade só se justifica se

<sup>21</sup> O conceito proposto por Rawls tem prevalecido até os dias atuais, inclusive influenciando outras ciências, como em: PIKETTI, Thomas. **O capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 36: “a desigualdade não é necessariamente um mal em si: a questão central é decidir se ela se justifica e se há razões concretas para que ela exista”.

<sup>22</sup> RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 4 *apud* FLEISCHACKER, 2006, p. 162.

redundar em uma maior expectativa de benefício para o sujeito representativo mais pobre. [...] Pelo segundo elemento se exige que as posições e funções na sociedade cuja ocupação por uns e não por outros gera a desigualdade, têm de estar abertas a todos indistintamente (BARCELLOS<sup>23</sup>).

O problema da justiça distributiva na justiça como equidade é sempre este: como ordenar as instituições da estrutura básica num esquema unificado de instituições para que um sistema de cooperação social equitativo, eficiente e produtivo possa se manter no transcurso do tempo, de uma geração para a outra (RAWLS, 2003, p. 70)?

Em sentido diverso, a justiça comutativa ou corretiva é fundada em lógica de Direito Privado, seja prevenindo danos, seja compensando lesões ou restabelecendo o *status quo ante*, pretendendo, para tanto, alcançar a igualdade absoluta das partes. “A justiça corretiva é a justiça própria das relações de coordenação, sendo a justiça que tem lugar entre pessoas com iguais direitos [...]” (RADBRUCH<sup>24</sup>), “[...] ou seja, tem a justiça corretiva aplicabilidade entre indivíduos com paridade de direitos [...]” (MORAIS, 2009, p. 42), visando restabelecer o equilíbrio das relações privadas.

Surge assim o questionamento, deve a assistência social estatal fundar-se nos ditames da justiça distributiva ou da justiça comutativa? À vista da conceituação acima, bem como dos princípios básicos da assistência social<sup>25</sup>, claramente a resposta pende para a justiça distributiva. É justamente o que se espera da assistência social estatal, que, a partir da análise da necessidade, distribua prestações positivas de forma equitativa e universal.

Por fim, a problematização da questão da justiça distributiva na seara assistencial intercede com a atuação judicial, a qual necessita observar os parâmetros daquela para que deduza um exercício legítimo de poder, pois, caso o magistrado:

[...] assegure o exercício de um direito fundamental individual, através de uma prestação estatal positiva ainda não implementada e que vise atender a toda a população, estará afrontando o princípio da isonomia entre os cidadãos. [...] A decisão judicial deve servir como instrumento de proteção da isonomia entre os cidadãos e não como fator de desequilíbrio das prestações sociais [...] (APPIO, 2012, p. 173).

---

<sup>23</sup> BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 147-148 *apud* PINHEIRO, 2013, p. 102.

<sup>24</sup> RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 6ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997, p. 89 *apud* MORAIS, 2009, p. 42.

<sup>25</sup> *Vide* páginas 58-60.



## 2. LIMITES E PARÂMETROS DO ATIVISMO JUDICIAL

Desde a queda do Estado absolutista, o poder estatal não é mais exercido de forma concentrada e ilimitada por uma pessoa ou órgão, cabendo tal encargo a poderes constitucionalmente estabelecidos, dentre eles o Poder Judiciário. Contudo, mesmo após a dissolução dos Estados absolutistas e a sistematização da teoria da separação dos poderes, o Poder Judiciário comumente esteve em situação institucional inferior aos demais e, não raras vezes, subordinado. Tal circunstância obteve apoio doutrinário com as obras precursoras de John Locke e Montesquieu<sup>26</sup>, bem como subsídio fático com o surgimento de diversos impérios e ditaduras.

Entretanto, nos dias atuais, o Poder Judiciário vem se posicionando em situação institucional paritária com os demais poderes, numa visão de Estado que substituiu a subordinação entre aqueles (camuflada pelo rótulo da independência), pela noção de autonomia e interdependência. A este contexto soma-se a crescente demanda popular por efetivação dos direitos e garantias fundamentais, a qual eclodiu na formação do Estado social e no rompimento da rígida separação entre os poderes, tornando-os todos solidariamente responsáveis pela efetivação da Constituição.

O poder estatal é uno, sendo apenas seu exercício dividido entre os três poderes constituídos. O princípio da separação entre os poderes é diretriz constitucional pétrea, sendo atenuado pelo sistema de freios e contrapesos, o que possibilita a existência de poderes autônomos, harmônicos e interdependentes. Da mesma forma que o exercício as funções legislativas e executivas são constitucionalmente limitadas e não exclusivas dos poderes que a exercem precipuamente, a função jurisdicional também possui limites e exclusões impostos constitucionalmente ao Poder Judiciário, o que, sobremaneira, justifica a postura do ativismo judicial constitucional. Este, por conseguinte, tornou-se algo legitimado, presente e crescente em nossa república, entretanto, diversos são os limites e parâmetros para o seu exercício, como os limites inerentes do exercício da jurisdição; os parâmetros favoráveis a sua prática; e os parâmetros desfavoráveis a sua prática. Enfim, as limitações ao exercício do ativismo judicial apenas expõem a ausência de

---

<sup>26</sup> Vide páginas 70-71 e 141-142.

supremacia de qualquer dos poderes constituídos sobre os demais, afastando o infundado receio político de prevalência de uma *ditadura do judiciário*.

Relevante a exposição de que o ativismo e a autocontenção judiciais não compõem uma relação maniqueísta, não sendo razoável (antes de adentrar no exame do caso concreto) definir um ou outro como favorável ou não a democracia, em outras palavras, “[...] não é possível afirmar, de antemão, que uma atitude ativista seja sempre a atitude correta ou incorreta diante de todos os casos jurídicos possíveis, especialmente em casos difíceis” (VIEIRA, 2009, p. 48). Tal escolha não é limitada apenas por duas opções extremadas, mas sim escalonadas em graus múltiplos de maior ou menor densidade de interferência nas competências outrora destinadas apenas aos poderes precipuamente políticos. Percebe-se que,

em diversas situações, a proteção judicial dos direitos fundamentais das minorias demandará que o Judiciário adote uma postura de contenção e deferência em favor dos demais ramos do governo [...]. Repito, não existe uma relação necessária entre conservadorismo judicial e autocontenção (APPIO, 2008, p. 310).

Visando embasar a alternativa judicial, é importante ter em mente valiosa lição de DWORKIN (2001, p. 101): “*minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política - decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral [...]*”. Para DWORKIN (idem, p. VIII e X), “*a análise jurídica, nesse sentido amplo, é [...] mais embasada em princípios que a prática política*”, e por consequência “[...] o julgamento é, caracteristicamente, uma questão antes de princípio que de política”. Assim, à magistratura compete garantir precipuamente a aplicação dos princípios constitucionais, principalmente no que é atinente à efetivação dos direitos fundamentais, configurando-se a Constituição no cardeal limite à atuação judicial, ressaltando-se que, “[...] naturalmente, as decisões que os juízes tomam devem ser políticas em algum sentido” (idem, p. 3), sendo correto afirmar que “[...] os juízes baseiam e devem basear seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político, mas não em argumentos de procedimento político” (idem, p. 6). Em consequência, em seu ponto máximo de autocontenção, deparando-se o Poder Judiciário com uma típica e privativa função legislativa ou executiva, apesar de ainda legitimado ao exercício da jurisdição, cabe ao mesmo uma atitude autocontida, prestando deferência aos atos dos demais poderes, sob pena de apropriação indevida

de poder, pois “os juízes não devem tomar suas decisões baseando-se em fundamentos políticos” (idem, p. 4). Ao mesmo tempo em que atribui competência ao Poder Judiciário, a própria Constituição torna-se o limite de atuação do magistrado e a liberdade de interpretação conferida a este não pode extrapolar os limites dos direitos e valores reconhecidos por aquela.

[...] não significa que nesse cenário de livre interpretação o magistrado esteja autorizado a decidir exclusivamente de acordo com a sua consciência, certo que as decisões judiciais devem ser tomadas em estrita observância dos princípios constitucionais que conferem ao ordenamento, sob pena de serem ilegítimas ao afrontarem o sistema representativo sobre o qual se assenta a democracia (MIARELLI; LIMA, 2012, p. 9-10).

Superada está a visão de que a democracia apenas se materializa pela vontade da maioria, em uma dimensão meramente formal, pois, cumulativamente, a democracia tem aberto espaço para uma dimensão substancial voltada para a proteção dos direitos fundamentais, principalmente daqueles cidadãos indevidamente representados politicamente ou que sofrem discriminação injustificada. DWORKIN (2001, p. 31) assevera que a atuação judicial observa “[...] quanto os cidadãos individualmente perdem de poder político sempre que uma questão sobre direitos individuais é tirada do legislativo e entregue aos tribunais. Alguns perdem mais que outros apenas porque têm mais a perder”. Certas questões políticas são insensíveis à eleição, sendo estes litígios melhor solucionados por argumentos jurídicos de princípios, pois “[...] os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes para decidir questões sobre direitos” (idem, p. 27).

A regra da maioria foi instituída como um mecanismo lógico de solução os conflitos políticos, compatível com sociedades bastante homogêneas, egressas da Idade Média, para as quais a proteção das minorias ainda não havia se mostrado relevante. Nas sociedades contemporâneas, a regra da maioria pode servir como um instrumento de opressão que, pouco a pouco, acaba por suplantar os princípios fundamentais de tolerância que caracterizam as comunidades democráticas e plurais. Bem por isso, buscam-se novos conceitos de democracia (APPIO, 2008, p. 37).

Observa-se que a legitimidade do magistrado não tem relação com a vontade popular, mas “[...] se assenta em seu preparo técnico-jurídico para o exercício da jurisdição” (BECATTINI, 2013, p. 18), submetendo-se às leis emanadas dessa vontade e à Constituição, “contudo, mais do que apenas à sujeição às leis do Parlamento, a magistratura retira sua legitimidade da percepção social de sua

*independência diante dos demais poderes e da transparência de suas decisões”* (idem). Portanto, a interferência do Poder Judiciário mostrar-se como uma salvaguarda institucional, com o fito de resguardar os direitos fundamentais dos cidadãos, manifestando-se perfeitamente legítima e democrática. Nada obstante, deve respeitar certos parâmetros definidores de sua competência, pois “[...] *ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por esta razão*” (DWORKIN<sup>27</sup>).

---

<sup>27</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 492 *apud* BECATTINI, 2013, p. 94-95.



## a. DISCRICIONARIEDADE, MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Alexy compreende a Constituição a partir de um modelo material-procedimental. Sua construção teórica foca, dentre outros aspectos, na análise da discricionariedade e na aplicação da máxima da proporcionalidade.

Para o autor (2015, p. 580), em síntese e isoladamente, uma Constituição puramente procedimental “[...] não contém nenhum dever ou proibição substancial que restrinja a competência do legislador”, inexistindo “[...] moldura substancial”, sendo que “[...] as competências do legislador são substancialmente ilimitadas”.

Se chamarmos de “discricionariedade” a classe de decisões que são possíveis a um legislador, então, a afirmação de que não há nenhuma moldura substancial é equivalente à afirmação de que a discricionariedade do legislador é substancialmente ilimitada.

O modelo puramente procedimental é incompatível com a vinculação jurídica do legislador aos direitos fundamentais, pois esse modelo é definido pela negação de toda e qualquer vinculação jurídica substancial (ALEXY, 2015, p. 580-581).

Ainda em síntese e isoladamente, quanto ao modelo de uma Constituição puramente substancial, esta:

“[...] contém deveres ou proibições para toda e qualquer decisão legislativa imaginável. [...] Sob essa constituição não há nenhuma regulação legislativa que seja de decisão livre do legislador. Diante disso, toda e qualquer discricionariedade é eliminada” (ALEXY, 2015, p. 581).

Finalmente, pelo modelo material-procedimental de Constituição, tem-se uma moldura substancial a qual determina o que é obrigatório ou proibido ao legislador, porém, no interior desta moldura, há uma área de conformação política que informa o que é facultado ao mesmo, “*nesse sentido, a discricionariedade do legislador é definida por aquilo que é facultado*” (ALEXY, 2015, p. 582). Por esta proposição (consequência direta da própria teoria dos princípios de Alexy), “*aquilo que a Constituição obriga é constitucionalmente necessário; o que ela proíbe, constitucionalmente impossível; e o que ela faculta não é constitucionalmente nem necessário, nem impossível, mas meramente possível*” (idem, p. 583), fixando, assim, o conceito de discricionariedade.

Na primeira constatação, ao legislador era tudo facultado, e isso corresponde ao modelo puramente procedimental de constituição. Na segunda constatação, nada era a ele facultado, e isso é a expressão de um modelo puramente material de constituição. A terceira constatação consiste na existência de coisas facultadas e coisas não-facultadas, ou seja, obrigatórias ou proibidas. Isso corresponde ao modelo material-procedimental (ALEXY, 2015, p. 582).

Salienta-se que a teoria de Alexy dá preferência a uma Constituição material-procedimental, bem como converge com os ensinamentos de RAWLS (2003, p. 205), o qual afirma que uma democracia pode ser do tipo procedimental ou do tipo constitucional. Pela primeira, “[...] *não há limite constitucional à legislação e aquilo que uma maioria (ou outra pluralidade) decidir é lei [...]*” (típica Constituição procedimental na visão de Alexy). Já pela segunda, “*existe de fato uma constituição (não necessariamente escrita) com uma carta de direitos que especifica essas liberdades e é interpretada pelos tribunais como limite constitucional à legislação*” (típica Constituição material-procedimental também na visão de Alexy). RAWLS (idem, p. 210) conclui que “*é maior a probabilidade de que um regime constitucional realize esses princípios e os ideais de razão pública livre e de democracia deliberativa*”, referindo-se aos princípios de justiça e equidade, convergindo, conseqüentemente, com a tese de Alexy.

Deste modo, levando-se em conta apenas a análise da rigidez constitucional da divisão de competências entre os poderes, podemos compreender a discricionariedade como a área de facultada conformação política que respeita limites constitucionais intransponíveis. ALEXY (2015, p. 584-611) entende que, estruturalmente, a discricionariedade pode ser dividida em três partes, quais sejam: discricionariedade para definir objetivos; para escolher meios; e para sopesar.

Na primeira proposição, eventualmente pode o legislador possuir discricionariedade para definir objetivos, caso o “[...] *direito contiver uma autonomia de intervenção que ou deixe em aberto as razões para a intervenção ou, embora mencione essas razões, apenas permita, mas não obrigue, a intervenção se essas razões estiverem presentes*” (ALEXY, 2015, p. 585). Na segunda hipótese, a discricionariedade para escolher de meios atua “[...] *quando normas de direitos fundamentais não apenas proíbem intervenções, como também exigem ações positivas [...]*”, sendo que, nestas situações, o dever estatal pode ser alcançado por diversos meios, cabendo ao legislador primordialmente a sua escolha. Por fim (e mais

aberta a influência judicial), a última conjectura visualiza uma discricionariedade para sopesar, almejando a otimização dos princípios pelo uso da máxima da proporcionalidade.

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Uma das teses centrais da “Teoria dos Direitos Fundamentais” é a de que essa definição implica a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais – as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito –, e que a recíproca também é válida, ou seja, que da máxima da proporcionalidade decorre logicamente o caráter principiológico dos direitos fundamentais. Essa equivalência significa que as três máximas parciais da máxima da proporcionalidade definem aquilo que deve ser compreendido por “otimização” na teoria dos princípios (ALEXY, 2015, p. 588).

A discricionariedade para sopesar não é técnica arbitrária, não conduzindo ao subjetivismo ou decisionismo judicial e a uma conseqüente indeterminação do conteúdo dos princípios. Para tanto, a racionalização da técnica de sopesamento é fornecida pela formulação da seguinte regra (primeira lei de sopesamento): “*quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro*” (ALEXY, 2015, p. 167). Já o conceito da máxima da proporcionalidade segue a lógica da *eficiência de Pareto*<sup>28</sup>, na qual “[...] *uma posição pode ser melhorada sem que uma outra seja piorada*” (idem, p. 589).

A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito [...], empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma *restrição às restrições* (SILVA, V., 2002, p. 24).

Esmiuçando o conceito, temos que a máxima parcial da adequação determina a eliminação das hipóteses não compatíveis com o fim pretendido, averiguando se um meio é apto ou capaz (adequado) de promover o resultado pretendido.

Essa máxima tem, na verdade, a natureza de um critério negativo. Ela elimina meios não adequados. Um tal critério negativo não determina tudo, mas exclui algumas coisas. Nesse sentido, ele ajusta-se à ideia de uma ordem-moldura. Como elemento de uma ordem como essa, ele exclui algumas

<sup>28</sup> Vilfredo Pareto, italiano e economista, para o qual: “*uma situação econômica é ótima, se não for possível melhorar a situação, ou, mais genericamente, a utilidade de um agente sem degradar a situação ou utilidade de qualquer outro agente econômico*”. In: FRANÇA, Phillip Gil. **Breves considerações sobre a adequada gestão pública: busca-se a ótima ou a eficiência**. Revista Judiciária do Paraná, ano VII, nº 5, 2013, p. 188.

coisas – a saber: aquilo que não é adequado – sem, com isso, determinar tudo (ALEXY, 2015, p. 590).

Importante salientar que as máximas parciais da proporcionalidade devem ser ponderadas na ordem proposta, qual seja: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, o exame da necessidade só é cogente quando a ponderação da discricionariedade não tiver sido resolvida com a análise da adequação e, conseqüentemente, a avaliação da proporcionalidade em sentido estrito só é imperativo se o problema não tiver sido solucionado com os anteriores exames.

Pela máxima parcial da necessidade, exige-se que “[...] *dentre dois meios aproximadamente adequados, seja escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso*” (ALEXY, 2015, p. 590). Nesta, não se elimina meios, mas se determina o emprego de um meio que intervenha em menor intensidade. Contudo,

[...] se o legislador quiser perseguir o objetivo escolhido, ele pode adotar apenas o meio mais suave, ou um meio igualmente suave ou um meio ainda mais suave. Isso não é nenhuma otimização em direção a algum ponto máximo, mas apenas a vedação de sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais.

Enfim, diversamente da apreciação de adequação, no qual se faz uma crítica absoluta e eliminatória dos meios, no julgamento da necessidade realiza-se uma análise comparativa entre as medidas adequadas, vedando-se apenas aquelas desnecessárias ao gozo dos direitos fundamentais.

Por último, a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito possui identidade com a primeira lei de sopesamento de Alexy. Assim, encontrados os meios adequados e necessários, exige-se “[...] *um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva*” (SILVA, V., 2002, p. 40).

A lei do sopesamento mostra que ele pode ser dividido em três passos. No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio (ALEXY, 2015, p. 594).

Neste momento, foca-se na apreciação da relação de equilíbrio entre o ônus imposto e o benefício originado. O resultado obtido deve ser proporcional à interferência estatal restritiva, com necessária correspondência entre meio e fim. No mais, tal juízo não deve conduzir fundamentalmente a extremos, assim:

Para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, não é necessário que ela implique a não-realização de um direito fundamental. Também não é necessário que a medida atinja o chamado núcleo essencial de algum direito fundamental. Para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. É possível, por exemplo, que essa restrição seja pequena, bem distante de implicar a não-realização de algum direito ou de atingir o seu núcleo essencial. Se a importância da realização do direito fundamental, no qual a limitação se baseia, não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional (SILVA, V., 2002, p. 41).

Entretanto, a aplicação da máxima da proporcionalidade no tocante à discricionariedade não se esgota em seu aspecto estrutural, pois “[...] *quando é incerta a cognição daquilo que é obrigatório, proibido ou facultado em virtude dos direitos fundamentais*” (ALEXY, 2015, p. 612) surge a discricionariedade epistêmica. Assim, a dificuldade cognitiva de se reconhecer a ordem-moldura e o seu interior inflige à concomitante (em relação ao aspecto estrutural) ponderação da discricionariedade em seu aspecto epistêmico, sendo certo que, pela segunda lei de sopesamento de ALEXY (2015, p. 617-618): “*quanto mais pesada (ou intensa) for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia*”.

Conforme o exposto, respeitando-se a discricionariedade (estrutural e epistêmica), bem como o modelo material-procedimental de Constituição e a democracia constitucional, é possível garantir o gozo de direito fundamental tanto no âmbito legislativo, quanto no âmbito judicial. Sua restrição, de outro modo, tem em vista que “[...] *quanto mais um princípio é restringido, mais ele fica resistente*” (ALEXY, 2015, p. 300) e que “*a força das razões contrapostas tem que crescer de forma sobreproporcional*” (idem) para validade dessa restrição.

Restrições que respeitem a máxima da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo essencial nem mesmo se, no caso concreto, nada restar do direito fundamental. A garantia do conteúdo essencial é reduzida à máxima da proporcionalidade.

[...] uma teoria absoluta do conteúdo essencial não pode afirmar que razões mais importantes não prevalecem, mas apenas que não existem razões mais importantes (ALEXY, 2015, p. 297-298 e 300).

Reconhece-se ao Poder Legislativo o poder de conformação no exercício da discricionariedade, vedando-lhe os excessos de poder e automaticamente impondo-o um dever de legislar. Ao Poder Judiciário, de outro modo, compete o controle dos atos dos poderes públicos que não respeitam a máxima da proporcionalidade, fazendo valer a ordem-moldura de nossa Constituição, em razão do desrespeito ao poder discricionário constitucionalmente atribuído.

Toda essa formulação, segundo ALEXY (2015, p. 446), tem por base uma *ideia-guia* orientadora da teoria dos princípios aplicada aos direitos fundamentais, qual seja: “[...] *direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples*”. Em consequência,

Todos os direitos fundamentais da Constituição alemã restringem a competência do legislador, e muitas vezes eles o fazem de forma incômoda para o próprio legislador; às vezes até mesmo sua competência orçamentária é atingida pelos direitos fundamentais, como direitos com claros efeitos financeiros (ALEXY, 2015, p. 513).

Vê-se, assim, que o magistrado é legitimado para garantir a efetivação dos direitos fundamentais, não de uma forma arbitrária, absoluta, subjetiva ou decisionista, mas sim pela intervenção constitucional na esfera de atribuição apenas precipuamente atribuída aos demais poderes, sempre respeitando razões principiológicas (e não políticas) mais propícias à judicatura.

## b. LIMITES INERENTES AO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO

Dentre as principais limitações ao ativismo judicial inerentes ao exercício da jurisdição, podemos citar: **a Constituição; a não intervenção no núcleo essencial da função precípua de cada poder; o caso concreto (princípio da inércia); o juiz natural; a imparcialidade; a coisa julgada; e o processo.**

A Constituição (sistema constitucional) é o principal parâmetro para o exercício da jurisdição, sendo ela quem condensa a vontade do povo, criando e organizando o Estado, dividindo e limitando o exercício do Poder de modo democrático. Por consequência, qualquer decisão judicial deve ter por base e fundamento o conteúdo do sistema constitucional, jamais extrapolando o sentido teleológico do mesmo. A evocação de valores materialmente não contidos pode, inclusive, dá razão às críticas que preveem o ativismo judicial como exercício de vontade política.

O desdobramento e as consequências do ativismo judicial [...] suscita a preocupação com os limites objetivos do processo hermenêutico. Esta preocupação está voltada para conter os riscos de a interpretação extrapolar a desejável congruência normativa de uma Constituição, como expressão axiológica do mérito do “governo das leis” e das inconveniências do “governo dos homens”, inclusive o dos magistrados (RAMOS, 2015, p. 12).

No Brasil, compete ao Poder Judiciário a quase totalidade do exercício da jurisdição, o que, em decorrência, denota a não atribuição precípua do mesmo para as funções executivas e legislativas. Apesar de clara a ausência de exclusividade no desempenho das funções legislativas, executivas e jurisdicionais, consideradas isoladamente, por um único órgão-poder, cada um destes deve obediência ao núcleo essencial do princípio da separação dos poderes, exercendo as atividades que possuam a prevalência da função estatal que lhe compete, bem como não intervindo indevidamente nas funções dos demais. Exemplificando, não se configura uma atitude de ativismo judicial a fixação da remuneração dos servidores públicos do executivo<sup>29</sup>, haja vista que esta tarefa corresponde ao núcleo essencial da competência constitucional dos poderes legislativo (fixação da remuneração) e executivo (para a

---

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 339: “*não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia*”. BRASIL. Constituição da República de 1988, artigo 37: “*X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso [...]*”.

iniciativa de lei), configurando a atuação interventiva do Poder Judiciário como um ato de arbitrariedade, desequilibrando a harmonia entre os poderes.

O núcleo ou conteúdo essencial do princípio da separação dos poderes, em observância a preservação da proibição do “monismo de poder” consiste naquela parcela de atribuição - função - destinada a um determinado Poder que caso lhe seja retirada implica no esvaziamento material de suas funções (CANOTILHO<sup>30</sup>). Nesse contexto, o conteúdo essencial da separação de poderes se apresenta como um limite à atuação judicial, porque somente poderia se imiscuir até o momento em que não esvaziasse a competência dos demais poderes [...]” (MENDES, G., 2012, p. 117-118).

O exercício da jurisdição somente pode ser iniciado pela parte ou interessado (não agindo o juiz inicialmente de ofício) e nos termos do objeto (caso concreto) submetido, o que denota a inércia da magistratura e garante (somada a outras características) a imparcialidade do Poder Judiciário. Assim, o julgador que extrapola o objeto do processo excede sua função, devendo o magistrado do Estado social não perder de vista que não é responsável pela elaboração da pauta das discussões políticas.

É preciso perceber que a jurisdição sempre atua em uma *situação concreta*, um determinado problema que é levado à apreciação do órgão jurisdicional. A atuação jurisdicional é sempre *tópica*. O raciocínio do órgão jurisdicional é sempre *problemático*: ele é chamado a resolver um *problema concreto*.

Mesmo nos processos objetivos de controle de constitucionalidade, há uma situação concreta, embora não relacionada a qualquer direito individual, submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal, em que se discute a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de algum específico ato normativo (DIDIER JÚNIOR, 2013, p. 113-114).

Esses são os dois extremos a que está subordinada a magistratura. De um lado, a Constituição e do outro o caso concreto submetido à apreciação, compondo a “[...] *zona ou área da criatividade jurisdicional*” (DIDIER JÚNIOR, 2013, p. 113).

O magistrado a atuar no caso concreto será sempre o juiz natural, com competência previamente definida por normas gerais, abstratas e impessoais, como decorrência da garantia do devido processo legal. Não menos importante, a imparcialidade da jurisdição deve estar presente, inicialmente pela substitutividade da vontade das partes e especificamente pela condição pessoal do julgador.

---

<sup>30</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 552 *apud* MENDES, G., 2012, p. 117.



No mais, como atribuição exclusiva, a jurisdição possui a aptidão para fazer coisa julgada material, ou seja, tornar suas decisões inadmissíveis de reanálise e, portanto, definitivas. Contudo, também como um limite, a definitividade de suas decisões pode ser oposta inclusive ao Poder Judiciário.

Por fim, a atividade judicial apenas pode ser exercida pelo processo, sendo este o meio técnico que o magistrado possui para exercer o poder normativo-criativo que lhe foi atribuído, bem como para a execução de seus atos.

Enfim, apenas pelas limitações inatas à jurisdição, percebe-se que o ativismo judicial está longe de configurar a magistratura como invasiva das demais funções estatais, pendendo, muito mais, para a salvaguarda da efetivação das mesmas, dentro do contexto do Estado social.

### c. PARÂMETROS FAVORÁVEIS À PRÁTICA DO ATIVISMO JUDICIAL

Diversas são as condições favoráveis à prática do ativismo judicial, constituindo as principais<sup>31</sup>: **a proteção aos direitos fundamentais; o limite dos limites dos direitos fundamentais; a dignidade da pessoa humana; o mínimo existencial; a jurisdição constitucional; o controle de constitucionalidade; a judicialização da política; o caráter contramajoritário do Poder Judiciário; e o princípio da proibição de retrocesso social.**

Não há dúvidas de que vivemos a *era dos direitos fundamentais*. Desde o final do século XVIII, o Estado moderno tem deixado de lado a satisfação da vontade de um soberano, passando pela satisfação do mercado liberal, para sua acomodação atual voltada para a efetivação dos direitos fundamentais de todos os cidadãos. Não diferente tem sido com o Poder Judiciário, pois o magistrado, de praticamente inexistente no Estado feudal, de *longa manus* do monarca no Estado absolutista, de mero repetidor de leis no Estado liberal, torna-se o garantidor final da efetivação dos direitos fundamentais no Estado social.

Nossa Constituição, inclusive, prevê *status* diferenciado para os direitos fundamentais, pois os estipulam como cláusula pétrea e, portanto, imutáveis pelas vias ordinárias de emendas. No mais, há previsão distintiva no artigo 5º, §1º, no sentido de uma juridicidade reforçada, ao determinar a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

[...] a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais. Além disso, há que dar razão aos que ressaltam o caráter dirigente e vinculante desta norma, no sentido de que esta, além do objetivo de “assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, (...) investe os poderes públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos” (PIOVESAN<sup>32</sup>).

[...] a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF gera, a toda evidência, uma limitação das possibilidades de intervenção restritiva do legislador no âmbito de proteção dos direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 317).

---

<sup>31</sup> Salienta-se que outros fatores podem ser favoráveis ao ativismo judicial, porém discorrerei apenas quanto àqueles mais referidos na doutrina e que apresentem maior favorecimento ao uso do ativismo.

<sup>32</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas**. São Paulo: RT, 1995, p. 92 *apud* SARLET, 2012, p. 241.

Além da possibilidade da configuração de direitos subjetivos, os direitos fundamentais irradiam sua eficácia de forma objetiva (inclusive na esfera privada), protegendo interesses legítimos, bem como definindo diretrizes para a interpretação da legislação. Por consequência, “*uma desconsideração desta eficácia irradiante, por outro lado, significa ofensa aos direitos fundamentais, passível de dedução em Juízo [...]*” (SARLET, 2012, p. 326).

Como área propensa à intervenção judicial, as limitações aos direitos fundamentais constituem possibilidade decorrente da otimização dos princípios constitucionais, por via da máxima da proporcionalidade, porém possuem barreiras intransponíveis, as quais são nomeadas de *limite dos limites*, preservando-se o conteúdo essencial daqueles. Os próprios direitos fundamentais são, na visão de ALEXY (2015, p. 296), “[...] *restrições à sua própria restrição e restringibilidade*”, pois também a “[...] *sua restrição e sua restringibilidade têm limites*”. A tese do limite dos limites apoia-se na teoria dos princípios de Alexy<sup>33</sup>, a qual, sumariamente, aponta que um princípio é uma posição *prima facie*, a qual pode ser posteriormente restringida por outras posições colidentes e contraditórias, de maior peso, gerando, só assim, mandamentos definitivos.

[...] se pressupõe, nos termos da teoria dos princípios, que aquilo que é restringido não são posições definitivas, mas posições *prima facie*. [...] No modelo de princípios, portanto, é correto falar em restrição a direitos fundamentais (ALEXY, 2015, p. 280).

O limite dos limites manifesta-se, principalmente, nos sopesamentos que envolvam a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Estes não estão na esfera de disponibilidade do legislador constituído, configurando-se parte da própria ordem-moldura<sup>34</sup> e autênticos direitos subjetivos originários da Constituição, os quais devem ser resguardados pela jurisdição constitucional através do controle de constitucionalidade. Portanto, “*o ativismo também estará justificado nos casos de proteção do núcleo dos direitos fundamentais constitucionais*” (APPIO, 2008, p. 193).

Talvez seja mais coerente afirmar que tanto os direitos subjetivos derivados da Constituição (garantidos em lei), como os direitos fundamentais vinculados à dignidade da pessoa humana ou ao mínimo existencial (garantidos pela Constituição),

---

<sup>33</sup> Vide páginas 77-78.

<sup>34</sup> Vide páginas 30-31.

não estejam submetidos a análise judicial do *quantum* de interferência necessária nas atribuições atípicas dos demais poderes (ou seja, ativismo ou autocontenção judicial não seriam afetos a este assunto), haja vista que, se presente alguma das três situações, não caberia qualquer discussão quanto as suas garantias de efetivação judicial. Consequentemente, pode-se afirmar que a possibilidade de um magistrado ser mais ativista ou mais autocontido tem relação direta com os interesses legítimos consubstanciados na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, presentes, em maior medida, nas normas que conferem direitos originários da Constituição, porém sem densidade normativa suficiente para a formação de um direito subjetivo como um mandamento definitivo.

Apesar de polêmica, a jurisdição constitucional é a principal forma de atuação ativista do Poder Judiciário, como decorrência direta do fenômeno da judicialização da política, sendo o controle de constitucionalidade o meio do seu exercício. Contudo, apesar das críticas, patente é sua legitimação pela Carta Maior, não se configurando como arbítrio, indevido uso do poder ou atendado às instâncias democráticas.

É a democracia, aliás, que se rendeu a um novo aspecto de caráter substancial, ascendendo o Poder Judiciário a defensor final dos direitos fundamentais e, por consequência e não exaustivo de suas funções, a ator contramajoritário do interesse das minorias eventualmente oprimidas pela vontade da maioria legislativa constituída (lembrando que nossa Constituição é claramente voltada a promover a igualdade material e a dignidade da pessoa, não havendo espaço de conformação política a qualquer dos poderes públicos para agirem em contradição a estes mandamentos). Assevera-se, a democracia formal (apesar de jamais superada), decorrente da vontade da maioria política pontual, agora (por determinação Constitucional e não mero capricho judicial) presta reverência aos direitos fundamentais. Na visão de Dworkin, políticas e princípios são formas distintas de normas jurídicas, cabendo a indicação do alcance dos últimos não mais exclusivamente à política majoritária, pois, para o autor<sup>35</sup>, “[...] o princípio democrático demanda uma efetiva proteção judicial das minorias, a partir de um direito de tratamento com igual consideração e respeito”.

Por fim, o princípio da proibição de retrocesso social também é favorável à prática do ativismo judicial, haja vista possuir por escopo o impedimento da supressão

---

<sup>35</sup> DWORKIN, Ronald. **A virtude Soberana**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 256 *apud* APPIO, 2008, p. 21.

ou da redução de direitos fundamentais sociais, levando-se em conta os níveis já alcançados e garantidos aos cidadãos. Tem por base “[...] a ideia de que um autêntico Estado de Direito é sempre também – pelo menos em princípio e ‘num certo sentido’ – um Estado da segurança jurídica [...]” (SARLET, 2008, p. 4). Constitui, basicamente, mais um limite dos limites às restrições aos direitos fundamentais.

Pode-se concluir que é vasta a possibilidade da atuação judicial na concreção dos direitos fundamentais, porém, ao cumprir as exigências dos parâmetros favoráveis à prática do ativismo judicial, não está o magistrado (apenas sob este enfoque) desrespeitando a Constituição, mas a efetivando. Afinal,

O fato de competir aos Poderes Executivo e Legislativo o exercício da determinação e alocação das receitas necessárias para os benefícios não inibe a atuação do Poder Judiciário em favor da proteção e efetivação dos direitos sociais (MARQUES, 2009, p. 97).

#### **d. PARÂMETROS FAVORÁVEIS À PRÁTICA DA AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL**

Diversas são as condições favoráveis à prática da autocontenção judicial, constituindo as principais<sup>36</sup>: **a presunção relativa de constitucionalidade; a regra da reserva de lei; as normas de princípio programático; a reserva do possível; a discricionariedade; o princípio da adequação funcional dos poderes; os princípios de justiça distributiva; e a possibilidade de diálogo institucional.**

O princípio da presunção relativa de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público emana do princípio da separação dos poderes, determinando ao Poder Judiciário reverência ao papel dos demais poderes e, por consequência, expondo uma autolimitação natural da atividade judiciária. Assim, somente à vista de inconstitucionalidades incontestáveis, deve o Poder Judiciário afastar o trabalho legislativo ou os atos da administração. Tal presunção é reforçada pelo controle de constitucionalidade preventivo exercido pelos Poderes Legislativo e Executivo (seja pelo labor das Comissões de Constituição e Justiça, seja pela ponderação executiva de veto ou sanção jurídica das leis). O princípio em comento tem função pragmática, implica na imperatividade dos atos normativos e tende a favorecer à autocontenção judicial, haja vista que a maior participação do magistrado na formação dos atos normativos provoca a quebra dessa presunção, o que, via de regra, não deve ocorrer. Enfim, “[...] *embora se haja reservado ao Judiciário o papel de intérprete qualificado das leis, os Poderes se situam em plano de recíproca igualdade, e os atos de cada um deles nascem com presunção de validade*” (BARROSO, 1999, p. 177).

A liberdade de conformação da Constituição é atribuída com primazia ao Legislativo e ao Executivo, o que faz com que a declaração de inconstitucionalidade deva ser o último recurso do qual o juiz deve lançar mão. Havendo mais de uma interpretação possível, deve-se optar por aquela que seja compatível com a Constituição (*interpretação conforme a Constituição*) (NOVELINO, 2013, p. 174).

A regra da reserva de lei, por sua vez, também é limitadora da ação judicial e está relacionada à eficácia das normas constitucionais, delimitando a densidade

---

<sup>36</sup> Salienta-se que outros fatores podem ser favoráveis à autocontenção judicial, porém discorrerei apenas quanto àqueles mais referidos na doutrina e que apresentem maior favorecimento ao uso da autocontenção.

normativa destas. Presente a exigência de norma regulamentadora da Constituição, a eficácia desta poderá ser restrita pela lei superveniente (sem excluir outras formas de restrições aos direitos fundamentais<sup>37</sup>) ou, de modo inverso, poderá ser alargada.

Presente a reserva de lei para moldar a eficácia de uma norma constitucional, deve o Poder Judiciário, preferencialmente, respeitar o espaço de conformação legislativa resguardado pela Carta Maior, entretanto, ao Legislativo não cabe o abrigo absoluto desta tarefa, a qual se constitui em um verdadeiro dever de legislar. Sendo assim, omissões ou insuficiências legislativas; não reconhecimento de direitos subjetivos; desproporcionalidades; desrespeitos pela dignidade da pessoa humana ou pelo mínimo existencial; e demais atos que configurem arbítrio devem ser resguardados pela jurisdição.

A reserva de lei é tema bem afeto às normas constitucionais de princípio programático, as quais, apesar de sua imperatividade, não possuem a densa eficácia propensa às demais espécies normativas. Todavia, é possível a concessão de direitos subjetivos originários da Constituição a partir das normas de princípio programático, cabendo, porém, maior cautela ao magistrado (recomendando-se uma atuação autocontida, em análise preliminar), haja vista que precipuamente tal competência é atribuída ao Poder Legislativo. Por outro lado, determinada a medida legal executora da norma de princípio programático, patente o direito subjetivo do cidadão e, portanto, plenamente justificável a benesse legal eventualmente negada.

Em sequência, vislumbra-se a reserva do possível como uma margem de manobra para conformação política do Poder Legislativo, configurando parcela da área discricionária de atuação deste, no interior da ordem-moldura de uma Constituição material-procedimental. Ressalvados os direitos subjetivos (originários ou não da Constituição) e a proteção da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, compete ao Legislativo efetuar as escolhas trágicas decorrentes do enfrentamento da escassez de recursos com as necessidades ilimitadas da sociedade. Nesta seara, respeitadas as exceções acima, incumbe ao Poder Judiciário prestar reverência às escolhas políticas.

A autocontenção judicial, assim, é a regra quando envolvida a reserva do possível, haja vista que esta não é ligada aos princípios constitucionais, mas sim atua

---

<sup>37</sup> Vide páginas 89-91.

no espaço político da quantificação dos direitos sociais de baixa densidade normativa. Por outro lado, não há liberdade de conformação legislativa (e, portanto, não há reserva do possível) relativa aos direitos fundamentais que constituam direitos subjetivos, vinculantes e definitivos<sup>38</sup>.

É importante deixar claro que nos referimos à reserva do possível traçado nos moldes do Tribunal Federal Constitucional alemão, quando em 1972:

[...] na decisão denominada *numerus clausus*, que versava sobre o direito a vagas em universidades públicas, aquela Corte, entendeu que os direitos fundamentais a prestações positivas que resultam diretamente da Constituição devem ser limitados aos casos em que o indivíduo possa racionalmente exigí-los da sociedade (PERLINGEIRO, 2013, *É a reserva...*, p. 168-169).

Rejeitamos, deste modo, a corrente brasileira<sup>39</sup> do princípio em comento, a qual destoou da análise política da reserva do possível e da extensão distributiva, universal e majoritária de direitos sociais superiores ao mínimo existencial, não ligados à dignidade da pessoa ou não garantidos como direito subjetivo, para uma ponderação a não prestação de direitos subjetivos com base na ausência momentânea de recursos públicos, o que, por sua vez, é uma clara “[...] *ofensa ao princípio do Estado de Direito*” (PERLINGEIRO, 2013, *É a reserva...*, p. 185).

A discricionariedade, outro parâmetro favorável à autocontenção, é uma área de facultada conformação política que respeita limites constitucionais intransponíveis. Dentro do conceito de ordem-moldura de uma Constituição material-procedimental, pode-se dizer que “*aquilo que a Constituição obriga é constitucionalmente necessário; o que ela proíbe, constitucionalmente impossível; e o que ela faculta não é constitucionalmente nem necessário, nem impossível, mas meramente possível*” (ALEXY, 2015, p. 583), sendo esta faculdade o conteúdo da discricionariedade. Assim, respeitados os parâmetros constitucionais, a dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial e os direitos subjetivos, não há espaço para a atuação judicial interventiva das atividades legislativas e executivas, nessas situações, a autocontenção judicial é medida que condiz com o princípio da separação dos poderes, devendo a magistratura prestar reverência a discricionariedade

---

<sup>38</sup> Vide lição de Alexy, estabelecendo critérios-base para a fixação da estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais, páginas 118-120.

<sup>39</sup> Defendida por Ingo Sarlet.



constitucional dos demais poderes. Para a verificação do correto uso da discricionariedade, frise-se, imperiosa é a utilização da máxima da proporcionalidade, ponderando-se pelo emprego de meios adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito entre o ônus imposto e o benefício originado. Pela máxima da proporcionalidade, sobretudo, permite-se o controle judicial da discricionariedade.

No mais, o Poder Judiciário é um ator social que apenas opera nos casos concretos, mesmo nas hipóteses de controle concentrado e abstrato. Cabe à atividade jurisdicional somente atuar na solução de situações concretas, mesmo que não vinculadas a direitos individuais, o que a distingue das demais funções estatais. Tais afirmações denotam que a adequação funcional do Poder Judiciário é propensa à realização da chamada microjustiça, ao invés da macrojustiça, cujo gerenciamento é mais afeto aos demais poderes. Assim, consoante o princípio da adequação funcional dos poderes, duas ideias merecem ser exploradas, quais sejam: a de capacidades institucionais e a de efeitos sistêmicos.

Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico. Formalmente, os membros do Poder Judiciário sempre conservarão a sua competência para o pronunciamento definitivo. Mas em situações como as descritas, normalmente deverão eles prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade (BARROSO, 2012, *Judicialização...*, p. 30).

A incapacidade técnica, política e estrutural do Poder Judiciário é motivação suficiente para a autocontenção do mesmo, precavendo “[...] o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados” (BARROSO, 2012, *Judicialização...*, p. 30), recomendando-se cautela e deferência judicial nesses casos.

O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastrosas (BARROSO, 2012, *Judicialização...*, p. 30).

Enfim, à vista da possibilidade de desencadear extensas distorções no sistema de políticas públicas totalmente avaliado, percebe-se que “[...] o Judiciário quase

*sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui*” (BARROSO, 2012, *Judicialização...*, p. 30).

Em questões relacionadas à justiça distributiva, por sua vez, a inadequação funcional do Poder Judiciário é uma tendência que se sobrepõe. A justiça distributiva, como melhor ponderado no próximo tópico, demanda uma divisão equitativa dos bens e prestações materiais disponíveis em uma sociedade, mediante uma análise da necessidade individual do ser humano (considerado inerentemente digno) e possibilitando a universalidade desse usufruto com fins de concretização da igualdade proporcional. Vê-se, assim, que uma postura proativa da magistratura, apesar de possível e válida, é limitada pela exigência dessas condições e tendente ao surgimento de privilégios.

Por fim, a possibilidade de diálogo institucional favorece à autocontenção judicial (também melhor debatido em tópico subsequente), na medida em que evita uma postura adversarial entre a jurisdição constitucional e o parlamento, ao permitir a interação deliberativa resultante do que melhor se oferece tanto pela política, quanto pelos princípios; e a interdependência harmônica entre os poderes. Resguarda-se, deste modo, a intervenção definitiva da magistratura como *ultima ratio* para a efetivação dos direitos fundamentais.

À vista do exposto, afirma-se que o princípio da separação dos poderes também pode ser concretizado pela autocontenção judicial e que, nos direitos sociais, seu uso apresenta parâmetros mais favoráveis do que o emprego do ativismo judicial, pois,

[...] a separação de poderes traduz-se numa consideração técnico-operacional. O Legislativo e principalmente o Executivo acham-se aparelhados de órgãos técnicos capazes de assessorá-los na solução de problemas mais complexos, em especial daqueles campos que geram implicações macropolíticas, afetando diversos campos de atuação do poder público. O Poder judiciário, por sua vez, não dispõe de iguais subsídios; a análise que faz do caso concreto tende a perder de vista possíveis implicações fáticas e políticas da sentença, razão pela qual os problemas de maior complexidade – incluindo a implementação de direitos prestacionais – devem ser reservados ao administrador público. Aos empecilhos normativo-estruturais, financeiros e políticos listados acima são somados os obstáculos processuais (GOUVÊA<sup>40</sup>).

---

<sup>40</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 22-23 *apud* BARROSO, 2008, p. 30.

## e. JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E O ATIVISMO JUDICIAL

Conforme anteriormente explanado, “as discussões sobre justiça distributiva tendem a se concentrar na quantidade de recursos que se deve garantir e no grau em que essa interferência estatal é necessária para que esses recursos sejam distribuídos” (FLEISCHACKER, 2006, p. 8). Contudo, apesar da nítida relação entre ambos os aspectos, focamos no estudo da amplitude da intervenção estatal distributiva, especificamente a de cunho judicial.

O Professor Ricardo Perlingeiro (em aulas ministradas no PPGJA<sup>41</sup>), comumente leciona que o Direito Público brasileiro vive uma crise ao habitualmente sustentar suas decisões no brocardo “o direito não socorre aos que dormem”<sup>42</sup>, este típica regra de Direito Privado. Igualmente censurável, a estrutura do Poder Judiciário e as decisões da Suprema Corte parecem conduzir ao mesmo raciocínio, qual seja, de uma justiça voltada a compensações individuais de danos ou mero reequilíbrio das lesões particulares sofridas pela conduta estatal, restando esquecida a necessária procedimentalidade decorrente do usufruto universal e equitativo dos direitos sociais. Vê-se, via de regra, que as decisões do Supremo Tribunal Federal não deferem efeitos *erga omnes* e, com base em sua fundamentação, deixam em aberto enormes espaços para a atuação subjetiva da jurisdição exercida pelas instâncias iniciais, estas mais voltadas a concreção de microjustiça.

No Brasil, é cediço que a tradição jurídica constitucional durante muito tempo esteve alicerçada sob um acesso formal à justiça, por intermédio do acesso ao Poder Judiciário por si só, sem se considerar os resultados sociais e distributivos do acesso à justiça, desconsiderando a necessidade e a condição de ter o Poder Judiciário uma função social de relevância no Estado Democrático (MORAIS, 2009, p. 88).

A ausência de universalidade na concessão de benefícios sociais (e assistenciais, por consequência), ao invés de produzir precipuamente justiça social, produz essencialmente privilégios, na medida que o orçamento social deixa de ser dividido em razão de análises macroeconômicas e voltadas para a efetivação da macrojustiça, para ser pontualmente repartido por análises individualistas voltadas

---

<sup>41</sup> Programa de Pós-Graduação Justiça Administrativa, vinculado à Universidade Federal Fluminense.

<sup>42</sup> Decorrente do brocardo latino “*Dormientibus non succurrit jus*”.

para a garantia apenas da microjustiça. Enfim, “[...] o acesso à justiça, apesar de estar numa fase de desenvolvimento, publicização no Brasil, ainda é deficiente. A justiça, considerada um direito universal de todos, na realidade se transforma num privilégio de poucos [...]” (MORAES, 2009, p.117).

O dilema da escolha dos melhores mecanismos de alocação dos recursos públicos pelos Poderes constituídos vincula-se à justiça distributiva e ao permanente conflito subjacente à vida em sociedade, em que os recursos escassos são diuturnamente requisitados para fazer frente às inesgotáveis necessidades individuais e coletivas. A busca da composição racional desse conflito mostra-se imanente ao Estado democrático de direito, no qual inúmeros são os agentes intervenientes no processo alocativo e incomensuráveis as exigências sociais (HELENA, 2008, p. 337).

Dentro dessa lógica, os “*princípios distributivos devem ficar afetos à legislação infraconstitucional*” (HELENA, 2008, p. 340), sendo os direitos assistenciais, portanto, mais afetos a ponderações legislativas majoritárias, em razão da maior capacidade (adequação) institucional do referido Poder. Nesse aspecto, a atuação proativa do Poder Judiciário, exercendo função política ampla, redundará numa crise institucional fundada na ausência de debate democrático da repartição do limitado orçamento social. Entretanto, determinados direitos que decorrem diretamente da Constituição (como a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial) ou que já foram subjetivados pelo próprio Legislativo, vinculam-se, neste corte, a uma inviabilidade quase absoluta de retração social por políticas legislativas e ao dever judicial de tutela.

Mesmo os direitos fundamentais sociais mínimos têm, especialmente quando são muitos que deles necessitam, enormes efeitos financeiros. Mas isso, isoladamente considerado, não justifica uma conclusão contrária à sua existência. A força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto. Direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras (ALEXY, 2015, p. 512-513).

Assim sendo, a participação do Judiciário deve conter medidas universais que evitem sua ação social pelos ditames da justiça comutativa e que implantem de fato direitos sociais a todos aqueles que os façam *jus*, pois “*uma teoria de concepção de justiça é um conjunto que nos permite escolher entre os arranjos sociais que determinam a divisão dos benefícios produzidos por uma sociedade e subscrever um consenso com relação aos quinhões distributivos apropriados*” (RAWLS<sup>43</sup>).

---

<sup>43</sup> RAWLS, John. *Distributive Justice*. 1967. In: FREEMAN, Samuel. *John Rawls: Collected Papers*. Cambridge/MA: Harvard University Press, 1999, p. 130. Disponível parcialmente em:

## f. DIÁLOGO INSTITUCIONAL

A possibilidade (e necessidade) de diálogo institucional entre os poderes constituídos vem se mostrando como o próximo passo para a incrementação do ideal de democracia pretendido pelos Estados Democráticos de Direito. Ao invés de uma postura adversarial entre a jurisdição constitucional e o parlamento, com a atribuição da última palavra a apenas um deles, busca-se mesclar as virtudes da revisão judicial com as da supremacia do parlamento, visando uma interação deliberativa.

A questão é saber se neste contexto de intenso debate, é ainda sustentável a ideia-força de que deferir ao Judiciário a “última palavra” se constitui atributo indispensável de uma ordem constitucional comprometida com a jusfundamentalidade de direitos inerentes à dignidade da pessoa; ou se existem arranjos institucionais alternativos, onde esse mesmo desiderato se possa alcançar, sem os riscos atinentes ao *gouvernement des juges* (SILVA, C.; MOURA; BERMAN; VIEIRA; TAVARES; VALLE, 2012, p. 22).

Não é correta a afirmação de que o Poder Judiciário detém a última palavra na definição do alcance da Constituição, pois o princípio da separação entre os poderes não mais atribui absoluta competência a nenhum deles, ao contrário, é a interdependência harmônica que caracteriza o exercício do poder atribuído. A teoria do diálogo institucional, por consequência, parte do pressuposto de que “[...] *nenhum dos sujeitos constitucionais de poder revela-se, por si só, apto a solucionar os grandes dissensos quanto a direitos*” (SILVA, C.; MOURA; BERMAN; VIEIRA; TAVARES; VALLE, 2012, p. 32).

Assim, as noções de *supremacia* e *última palavra* devem ser substituídas pelas expressões de *cooperação* e *diálogo*. É possível que a jurisdição constitucional e a vontade majoritária caminhem juntas na proteção dos direitos fundamentais, concluindo, de fato, no surgimento de uma decisão mais legítima. É preciso ter em mente que a decisão (não integralmente judicial, não integralmente legislativa, muito menos final) é uma combinação de contestações e revisões que levam a novas decisões, ininterruptamente, pois “[...] *a política é uma sequência ininterrupta de contestações e revisões das decisões de autoridade*” (MENDES, C., 2008, *Direitos...*,

p. 180), sendo que “[...] *isso não é uma regressão ao infinito, mas continuidade histórica* (idem).

A fixação de limites e a indicação de parâmetros ao exercício da jurisdição, nos termos propostos nesta dissertação, possibilita uma abertura para o diálogo institucional entre os poderes constituídos e a consequente superação conjunta da afronta aos direitos fundamentais, pois, afinal, “*ninguém tem última palavra porque não há última palavra*” (PITKIN<sup>44</sup>) e, independente de qual poder atue por último, “[...] *não há nada que impeça que a outra instituição responda*” (MENDES, C., 2008, *Diálogo...*).

[...] a garantia de direitos não encontra melhor veículo numa *repartição estática de papéis* [...]. Ao contrário, a efetividade de direitos estará mais bem atendida por uma fórmula institucional que, a partir do reconhecimento de sua complexidade e multiplicidade, permite sucessivas acomodações nas quais, à vista dos limites intrínsecos de um ou outro poder, permitam ora precedência do Legislativo ora a supremacia do Judiciário (SILVA, C.; MOURA; BERMAN; VIEIRA; TAVARES; VALLE, 2012, p 54).

Deste modo, o debate institucional sobre a promoção dos direitos sociais não elimina a relevância do ativismo ou da autocontenção judiciais, haja vista que estes compõem um dos caminhos daquele. Exemplo concreto na questão assistencial ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário 567.985/MT, no qual cinco ministros do Supremo Tribunal Federal (em voto vencido pela falta de *quorum* qualificado para modulação dos efeitos da decisão) deliberaram pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 20, §3º, da Lei nº 8.742 de 1993, contudo sem a declaração de nulidade ou redução do texto e com a extensão da validade da norma até 31/12/2015. Tal medida, se julgada procedente pela Corte Suprema, possibilitaria a devolução da questão constitucional para o Poder Legislativo, o qual certamente possui maior capacidade institucional para deliberar sobre direitos sociais superiores ao mínimo existencial.

---

<sup>44</sup> PITKIN, Hanna. *Obligation and Consent* – II. The American Political Science Review, v. 60, nº 1, 1966. p. 52 *apud* MENDES, C., 2008, *Direitos...*, p. 180.

### 3. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA AO IDOSO E À PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O PAPEL DO MAGISTRADO

#### a. PREÇO OU DIGNIDADE?

Conforme KANT (1997, p. 77):

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade.

Consoante a sólida construção teórica dos direitos humanos, não se pode atribuir valor à pessoa humana, especificamente no aspecto preço. Aquela é fim em si mesmo, nunca um meio, e deve ser considerada em função de sua autonomia enquanto ser racional. Tal afirmação estabelece que toda pessoa possui um valor não relativo (ou seja, diverso de preço), intrínseco, o qual se denomina dignidade.

Dignidade, dessa forma, é a qualidade daquilo que não tem preço. Por ser inerente ao ser humano, a dignidade está acima da ponderação de qualquer valor, de qualquer fixação de preço e, conforme KANT (1997, p. 77-78), “[...] a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade”. A dignidade da pessoa é um valor em si, que não pode ser substituído por nada equivalente, “[...] à dignidade de cada pessoa deve ser concedido o reconhecimento incondicional que é natural pretender para si mesmo” (GARCIA, 2004, p. 196-197). Valor sem preço, sem possibilidade de troca equivalente, é considerado valor absoluto e interior de alguma coisa, tornando tudo o mais valor derivado, sendo que a dignidade da pessoa nesse conceito se enquadra e, ao seu turno, deduz a autonomia da pessoa, como valor autônomo e nunca valor meio para resultados diversos dos seus próprios fins. Não menos importante, é preciso conceber que a dignidade da pessoa é da pessoa concreta e não de um ser ideal.

Alçada a dignidade da pessoa a fundamento constitucional, maior legitimidade decorrerá à norma maior, em razão da presença desse valor inafastável, ético e, até mesmo, pré-jurídico.

Nenhum “ser racional do mundo” pode negar um ordenamento que tem no seu vértice aquele respeito por si mesmo, no qual todos são iguais [...] Quem despreza o outro, despreza a si mesmo, pois não pode negar a comunhão de gênero com o outro: o Ego e o Outro se identificam (GARCIA, 2004, p. 81-82).

Pode-se dizer, inclusive, que se trata de comportamento natural decorrente de uma qualidade inerente do ser humano, resumida na Lei Universal de Kant (primeiro imperativo categórico): “*age como se a máxima da tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza*” (KANT, 1997, p. 59). Relacionando o imperativo categórico citado com a noção de pessoa como fim em si mesmo, Kant assim afirmou: “*age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio*” (idem, p. 69).

Assim, fixados os conceitos de preço e dignidade, surge a indagação: fundamenta-se a assistência social estatal ao idoso e à pessoa com deficiência na noção de *preço* ou na noção de *dignidade*?

Consoante a lição de Kant, para que qualquer coisa possua dignidade, a substituição daquela por algo equivalente não pode ser uma possibilidade. Assevero, deste modo, que a assistência social estatal só passa a compor a dignidade da pessoa humana quando o Estado (responsável final por assegurá-la) não encontra prestação equivalente em substituição. Observa-se que, inicialmente, à assistência social estatal não se pode consignar a característica de dignidade, haja vista que a mesma pode ser substituída por algo equivalente.

Não se cuida de descartar a importância do reconhecimento das proteções sociais como direitos fundamentais, inatos e inalienáveis. Não se há de ignorar que a dignidade da pessoa é o eixo em torno do qual a ordem constitucional gravita e que a *ratio essendi* do Estado ainda (e sobretudo) é viabilizar o desenvolvimento digno e próspero da existência humana (AJOUZ, 2012, p. 21).

Trata-se, em verdade, de responder ao questionamento: a assistência social é dever imputável unicamente ao Estado como resultado da inafastabilidade da dignidade humana? Ou a pretensão jurídica dos hipossuficientes passa por uma análise interdisciplinar que abrange a possibilidade de substituição desse bem jurídico por algo equivalente?



Reafirma-se, a assistência social estatal é inicialmente preço, pois pode ser substituída pela assistência da família; pela previdência social; pelas oportunidades geradas pela sociedade (como a filantropia ou o mercado de trabalho); e pelo próprio Estado (favorecendo acesso à educação; à emprego; e a medidas protetivas diversas – como o seguro-desemprego). E por que não mencionar a própria autodeterminação do cidadão (autossuperação da hipossuficiência)? Pois, “[...] *quem deve se responsabilizar pela própria proteção contra riscos da existência: o próprio cidadão ou o Estado?*” (TORRES, 2009, p. 41).

Em geral, os juristas envidam esforços para fundamentar a justiciabilidade de prestações positivas do Estado, a partir de construções que as enfeixam na categoria de direitos fundamentais e as conectam à preservação da dignidade humana, mas pouco avançaram na análise do compartilhamento de deveres assistenciais por toda rede social (AJOUZ, 2012, p. 48).

Apesar de embasar o direito fundamental à assistência social, reafirmamos que o princípio da dignidade da pessoa humana não se restringe ao prisma individual, pois sendo a pessoa um ser social, sua dignidade deve ser ponderada pela perspectiva da coletividade, o que proporciona outras formas de amparo aos hipossuficientes que não a assistência social estatal, afastando-se esta da noção absoluta de dignidade. A lógica de abstenções individuais e deveres do Estado não resume o princípio da dignidade da pessoa humana, “[...] *muito pelo contrário, dele resulta que também os particulares estão compelidos ao exercício de condutas destinadas à proteção da dignidade de seus semelhantes e nem sempre a ação do Estado será estritamente prestacional*” (AJOUZ, 2012, p. 68).

Isto posto, vislumbra-se que o dever estatal prestacional de assistência social é algo subsidiário (princípio da subsidiariedade) à participação de toda sociedade (princípio da solidariedade), a qual deve proferir esforços em rede na consecução da dignidade de todos os seus cidadãos. Prioriza-se a eficácia dos direitos fundamentais em sua dimensão horizontal (relações entre particulares) em detrimento de sua dimensão vertical (Estado-cidadãos), esta subsidiária, mesmo que inafastável. “*A hipertrofia do Estado, vergando-o ao peso de excessivos encargos, teria apagado uma concepção de sociedade que prima pela ação solidária de seus membros, absorvendo-a*” (AJOUZ, 2012, p. 87).

Entretanto, suplantadas todas as tentativas de alçar a dignidade da pessoa aos parâmetros mínimos para uma vida digna, só assim estará o Estado incumbido diretamente à prestação da assistência social. Superadas quaisquer possibilidades de substituição da assistência social estatal por prestação equivalente, passará a mesma ao *status* de dignidade. Nessa linha de raciocínio, sendo possível a substituição de algo por prestação equivalente, não se está tratando de dignidade, mas sim de preço ou outro valor relativo.

O princípio da dignidade da pessoa humana, como relatado nesta obra<sup>45</sup>, é fundante de toda a ordem jurídica vigente, bem como, por consequência, do direito à assistência social, contudo, tal pretensão possui outros alicerces, tais como os já mencionados princípios da subsidiariedade e da solidariedade. Ao Estado, dessa forma, não cabe a posição de Estado-provedor em situações em que a própria sociedade ou até mesmo o Estado (por vias que valorizam a pessoa humana, a autodeterminação e a livre iniciativa) encontram soluções para o gozo digno da vida. O Estado, mesmo em seu atual caráter social, decorrente da implantação de doutrinas de bem-estar social (*Welfare State*), não deve possuir ingerência absoluta na vida dos cidadãos, mas sim deve servir de ponte sólida de oportunidades para os mesmos. É preciso ter em mente que o Estado social prestador de direitos fundamentais de segunda dimensão não consegue atingir todos os sonhos de cunho programáticos que elege, principalmente pelos limites fáticos e orçamentários inerentes às ilimitadas pretensões humanas. Imperioso, deduz-se, o aperfeiçoamento do Estado social, baseando-o em mecanismos horizontais de garantia e proteção das relações assistenciais.

[...] as propostas e iniciativas de recuo do Estado, no terreno das políticas sociais, têm um laço comum, identificado pela percepção de que o *Welfare State* não cumpriu sua promessa de reduzir as desigualdades sociais, tendo desencadeado o perverso efeito de transformação dos assistidos em cidadãos passivos e resignados, ladeados por patrocinadores cada vez mais estorvados pela alta carga tributária necessária à manutenção do sistema (AJOUZ, 2012, p. 71).

Portanto, dentro da distinção proposta, conclui-se que a assistência social estatal ao idoso e à pessoa com deficiência é, inicialmente, um valor relativo e mais propensa a noção de preço, podendo a mesma (e deve) ser substituída por prestação

---

<sup>45</sup> Vide páginas 109-113.

equivalente. Em segunda apreciação, constatada a impossibilidade de usufruto digno da vida pelo cidadão, a assistência social estatal torna-se componente da dignidade da pessoa, haja vista que defende a humanidade, através da garantia do mínimo existencial. Enfim, a dignidade é algo intrínseco, inafastável e irrenunciável ao ser humano e, em razão do princípio da solidariedade, deve a mesma ser atingida, seja pela assistência social prestada pelo Estado, seja por outros meios.

## b. PRINCÍPIOS DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

Consoante nossa Constituição<sup>46</sup>, “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”, proporcionando um padrão de vida mínimo e compatível com os postulados do Estado social e dos direitos fundamentais de segunda dimensão, principalmente. Observa-se que a seguridade social abarca três ramos protetivos distintos, quais sejam: a saúde; a previdência social; e a assistência social, entretanto, o objeto deste estudo resume-se apenas à última.

Em um primeiro momento, necessária a distinção entre previdência e assistência social. À primeira sobressai o caráter contributivo da relação, ao passo que à segunda prevalece a necessidade do assistido, independentemente de contribuição ao sistema protetivo, “daí se destacar o caráter reparador da assistência em oposição ao caráter preventivo da previdência” (MARQUES, 2009, p. 25). Vê-se que a relação assistencial exige a contemporaneidade do estado de necessidade (indigência), ao tempo que a previdência busca a cobertura de riscos sociais futuros (dos segurados ou dos seus dependentes).

Salienta-se que os princípios próprios da assistência social se encontram espalhados tanto pela Constituição, quanto pelas leis esparsas. Dentre os mais relevantes, temos os princípios da subsidiariedade, da solidariedade e da universalidade (sem exclusão do princípio da dignidade da pessoa humana, incessantemente desenvolvido do decorrer desta dissertação).

Compete à assistência social a manutenção de pessoas carentes, de forma complementar ao seguro social previdenciário, denotando um caráter subsidiário típico, “[...] como um refinamento do princípio da seletividade<sup>47</sup>” (AJOUZ, 2012, p. 95), do princípio da distributividade<sup>48</sup>, bem como da igualdade material. É o princípio da subsidiariedade que permite um mínimo de autodeterminação ao cidadão, não pela

---

<sup>46</sup> BRASIL. Constituição da República de 1988, artigo 194, *caput*.

<sup>47</sup> “A ‘seletividade’ atua na delimitação do rol de prestações, ou seja, na escolha dos benefícios e serviços a serem mantidos pela seguridade social” (BALERA, Wagner. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 87 *apud* IBRAHIM, 2012, p. 68).

<sup>48</sup> “[...] A ‘distributividade’ direciona a atuação do sistema protetivo para as pessoas com maior necessidade, definindo o grau de proteção” (idem).

abstinência estatal, mas sim pela possibilidade do indivíduo prover as próprias necessidades da forma que lhe convier, respeitando o valor do trabalho humano e da livre iniciativa. “A excelência do princípio sob exame consiste em rejeitar que o protetorado estatal seja a única intervenção resolutiva possível para a opugnação das situações de risco social que mereçam socorro assistencial” (idem, p. 96-97).

A assistência social estatal pode ser substituída por prestação diversa (seja pela assistência da família; pela previdência social; ou pelas oportunidades geradas pela própria sociedade), melhor dizendo, a assistência social estatal é subsidiária às demais. Nossa Constituição<sup>49</sup> também foi clara em afirmar o mencionado princípio, ao dispor que “a assistência social será prestada a quem dela necessitar [...]”.

É justamente nessa ordem que os mecanismos de proteção social trabalham. O sistema maior só intervirá quando o seu antecessor (menor) não se mostrar apto. O ser humano é autossuficiente para prover sua própria subsistência: esta é a regra. Somente no surgimento de circunstâncias internas ou externas que retirem essa capacidade é que entram os sistemas externos de proteção, observando-se sempre a ordem do menor para o maior (família, sociedade, Estado). Isso por que o grau de complexidade do sistema protetivo se apresenta na mesma proporção da indigência vivida (MARQUES, 2009, p. 27).

A solidariedade, por sua vez, decorre da concretização do princípio da igualdade material e constitui-se como princípio fundamental da República<sup>50</sup>. Consiste, assim, na cogência de toda a sociedade à contribuição para a assistência social, independentemente do benefício pessoal de todos os serviços disponibilizados, manifestando-se tanto numa dimensão horizontal (solidariedade da família ou da sociedade), quanto numa dimensão vertical (solidariedade estatal), ficando claro que “[...] a materialização da solidariedade não se esgota nas relações travadas a prumo entre o Estado e os seus súditos, mas se irradia, horizontalmente, no plano das relações sociais [...]” (AJOUZ, 2012, p. 104).

Nota-se que o princípio da solidariedade se destaca mais na assistência social do que nos demais ramos da seguridade social, haja vista que na primeira apenas os hipossuficientes se beneficiam das benesses estatais. É o princípio um mecanismo constitucional de minimização das desigualdades sociais, configurando a principal base jurídica do financiamento estatal da assistência social, havendo a perfeita

---

<sup>49</sup> BRASIL. Constituição da República de 1988, artigo 203, *caput*.

<sup>50</sup> BRASIL. Constituição da República de 1988, artigo 3º, inciso I.

adequação entre o princípio em comento e os alicerces do Estado social, ambos aspirando na concreção da justiça distributiva.

O princípio da universalidade da assistência social, ao fim, garante que toda pessoa que a necessite seja atendida, resguardando o mínimo existencial e garantindo a dignidade da pessoa humana. Possui duas dimensões distintas, uma objetiva e outra subjetiva. Pela universalidade objetiva, visa-se a cobertura universal, abrangendo-se todos os riscos sociais a que expostos os hipossuficientes, já pela universalidade subjetiva (ou de atendimento), busca-se conceder a tutela estatal a todo membro da sociedade que se encontre em situação de necessidade, seja idoso, deficiente, excluído social ou desamparado em virtude de raça, gênero, idade, renda, ou quaisquer outros critérios que de fato limitem o desenvolvimento humano à situação da indigência.

É a universalidade o ponto de maior divergência no desempenho do Poder Judiciário, haja vista que suas decisões, via de regra, não possuem o alcance *erga omnes* e determinante da atuação dos demais poderes. Não incomum, segue o Poder Judiciário a perversa lógica de que *o Direito não socorre aos que dormem*, típica do Direito Privado e bastante criticável quando aplicada em ramo do Direito Público, haja vista que tal regra, na seara dos direitos sociais, tende à implantação de privilégios e não à aplicação de justiça distributiva.

Por derradeiro, os princípios da assistência social não se destacam dos demais princípios jurídicos do sistema constitucional, prevalecendo o inicial caráter *prima facie* das razões dos primeiros, a interpretação teleológica do conjunto normativo, o efeito irradiante a todo sistema (perspectiva objetiva) e a efetivação dos direitos fundamentais em conjunto. Entretanto, da ponderação de qualquer benefício assistencial deve o intérprete pesar as especificidades subsidiária, solidária e universal atinentes ao ramo protetivo.

### **c. CARACTERÍSTICAS DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA E O REQUISITO DA RENDA FAMILIAR *PER CAPITA***

O benefício assistencial ao idoso e à pessoa com deficiência é concessão constitucional destinada ao resguardo do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, sendo fruto da proclamação de uma Constituição voltada à formação de um Estado social e à concreção dos direitos fundamentais.

Surgiu para substituir o benefício de renda mensal vitalícia (RMV)<sup>51</sup>, este destinado aos idosos com mais de 70 anos e aos inválidos ao trabalho. Tal substituição está sendo gradativa e teve início com o artigo 203, inciso V, da Constituição de 1988 (com a previsão inicial do benefício em comento, de baixa densidade normativa ou, segundo José Afonso da Silva, em formato de norma constitucional de eficácia limitada), em sequência, coube ao artigo 139 da Lei nº 8.213 de 1991 prever que o fim da concessão administrativa da RMV somente ocorreria após o advento da regulamentação do dispositivo constitucional; e, finalmente, foi editada a Lei nº 8.742 de 1993, reguladora da norma constitucional e instituidora do benefício de prestação continuada (BPC). Deste modo, a partir de 1º de janeiro de 1996 não há novos deferimento da RMV, tratando-se de benefício em extinção.

Pelo preceito constitucional, vislumbra-se que o BPC será concedido a quem dele necessitar, independentemente de qualquer tipo de contribuição do beneficiário. A necessidade do auxílio, por sua vez, é avaliada tanto pela condição pessoal do requerente, quanto pela sua condição familiar, em respeito a subsidiariedade da assistência social estatal, já o caráter contributivo ao gozo do benefício é afastado, vinculando-o apenas à indigência do assistido.

Não é benefício previdenciário devido à sua lógica de funcionamento: não carece de contribuição do beneficiário, bastando a comprovação da condição de necessitado. Veio substituir a renda mensal vitalícia, que era equivocadamente vinculada à previdência social, em razão de seu caráter evidentemente assistencial (IBRAHIM, 2012, p. 18).

Diferentemente do ramo previdenciário de proteção, o qual tem caráter preventivo dos riscos sociais, o sistema assistencial atua na contemporaneidade do

---

<sup>51</sup> BRASIL. Lei nº 6.179 de 1974.

estado de necessidade, quando o cidadão ou sua família não apresentam condições atuais de prover a subsistência do primeiro.

Referidas conceituações já são suficientes para traçarmos os elementos da relação jurídica assistencial pública, a qual possui três elementos, a saber: sujeitos, vínculo e objeto.

O sujeito ativo desta relação é “[...] *todo cidadão*<sup>52</sup> *que se encontre temporariamente ou definitivamente incapacitado de, por conta própria ou com o auxílio de seus familiares, sair de um estado de indigência*” (MARQUES, 2009, p. 36), respeitando-se a possibilidade de autonomia do interessado, ao obrigatoriamente resguardar um mínimo de autorreferência<sup>53</sup> do indivíduo e evitar constrangimentos provocados por terceiros que não representem o cidadão hipossuficiente. É o Poder Público, por sua vez, o sujeito passivo da relação e, especificamente quanto ao BPC, é a União<sup>54</sup> que é demandada a aportar recursos. Quanto ao vínculo jurídico, o mesmo decorre da Constituição e das Leis, de aplicação cogente e, portanto, independente da vontade das partes. Por fim, “[...] *o objeto dessa relação é a prática de atividades que busquem retirar o cidadão de toda e qualquer situação de indigência*” (MARQUES, 2009, p. 41), compreendendo-as como obrigações de fazer (prestações de serviços) ou como obrigações de dar (prestações pecuniárias).

O limite etário mínimo para a concessão aos idosos foi definido em 65 anos<sup>55</sup> (anteriormente 70 e 67 anos), já a definição de pessoa com deficiência, com as alterações legislativas recentes<sup>56</sup>, fixou-se como:

[...] aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

A definição de família também foi outro aspecto tratado na legislação<sup>57</sup>:

---

<sup>52</sup> Exclui-se o estrangeiro não naturalizado, em razão do artigo 1º, da Lei nº 8.742 de 1993 e do artigo 4º do Decreto nº 1.744 de 1995. No mais, deve-se levar em consideração as escolhas trágicas da legislatura (princípios da seletividade e da distributividade), ao certamente optar por outras proteções sociais aos seus cidadãos.

<sup>53</sup> BRASIL. Lei nº 8.742 de 1993, artigo 4º, *caput* e inciso III: “*a assistência social rege-se pelos seguintes princípios: [...] respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia [...]*”.

<sup>54</sup> BRASIL. Lei nº 8.742 de 1993, artigo 12, inciso I.

<sup>55</sup> BRASIL. Lei nº 8.742 de 1993, *caput*.

<sup>56</sup> BRASIL. Lei nº 13.146 de 2015, artigo 2º.

<sup>57</sup> BRASIL. Lei nº 8.742 de 1993, artigo 20, §1º.



[...] 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.

Vê-se que a norma em comento não seguiu a definição constitucional de família a qual, consoante a melhor doutrina<sup>58</sup>, funda-se nos critérios de afetividade, estabilidade e ostensividade, mas se utilizou de critério objetivo muito próximo do rol de dependentes previdenciários previstos no artigo 16 da Lei nº 8.213 de 1991.

Percebe-se que a restrição do núcleo familiar é mais favorável ao hipossuficiente, pela exclusão da renda de certos parentes que eventualmente podem compor um núcleo familiar efetivo, como os tios e sobrinhos com renda. Por outro lado, a ressalva é menos favorável porventura não contabilize os mesmos familiares, agora sem rendimentos, para aferição da renda *per capita* familiar. Enfim, a questão está além do direito fundamental de liberdade de formação familiar (como um direito negativo, de defesa perante o Estado), inserindo-se, inclusive, na seara das escolhas trágicas, da seletividade e da distributividade atinente aos direitos sociais.

Por fim, o controverso requisito da renda *per capita* familiar ao menos condiz com o sentido da assistência social pública, ao conferir o BPC apenas às famílias com renda insuficiente ao próprio sustento, possibilitando o mínimo pecuniário (conceito menos denso do que o mínimo existencial) a todas as famílias de baixa renda que possuem um idoso ou uma pessoa com deficiência em sua composição. A Constituição, assim, atribuiu à matéria baixa densidade normativa, deixando a definição dos meios necessários a prover a própria subsistência (ou tê-la provida pela família) “[...] conforme dispuser a lei”<sup>59</sup>. A Lei nº 8.742 de 1993 concretizou a Norma Maior, definindo “[...] 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”<sup>60</sup>.

A opção pelo critério objetivo foi alvo de constante discussão no contencioso administrativo, crítica no âmbito doutrinário e redundou na massiva impugnação

<sup>58</sup> Vide LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em 21 set. 2015.

<sup>59</sup> BRASIL. Constituição da República de 1988, artigo 203, inciso V.

<sup>60</sup> BRASIL. Lei nº 8.742 de 1993, artigo 20, §3º.

judicial da ponderação parlamentar, contudo, superadas décadas de debates, a norma continua vigente. Diversos foram os julgamentos com este objeto litigioso, em síntese:

a) Ano de 1998. ADI 1.232-1/DF: Supremo Tribunal Federal mantém a constitucionalidade da norma;

b) Ano de 2003. Agravo Regimental no RESP 523.864/SP: Superior Tribunal de Justiça decidiu que o limite legal não é absoluto, mas sim um limite mínimo, o que não impede que o julgador faça uso da análise de outras circunstâncias que demandem proteção estatal;

c) Ano de 2004. Súmula 11 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais possibilitou a análise de outros meios de prova da miserabilidade do postulante, sendo cancelada em 2006;

d) Ano de 2013. Reclamação Constitucional 4.374-6/PE: Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade do dispositivo, porém reconhece a possibilidade “[...] de que esse parâmetro objetivo seja conjugado, no caso concreto, com outros fatores indicativos do estado de penúria do cidadão”<sup>61</sup>.

e) Ano de 2013. Recurso Extraordinário 567.985/MT: Supremo Tribunal Federal constata um processo de inconstitucionalização dos critérios presentes na Lei nº 8.742 de 1993, em razão da edição de outras leis de cunho assistencial com critérios mais elásticos quanto a concessão de outros benefícios, julgando o dispositivo legal inconstitucional por omissão (*incidenter tantum*), sem declaração de nulidade ou redução de texto, validando a modificação judicial do critério objetivo de miserabilidade familiar para ½ salário mínimo *per capita*, não apontando vedações a procura de outros meios de comprovação da miserabilidade para fins assistenciais.

Enfim, a par da necessária participação do Poder Judiciário na concretização do Estado social, discute-se em que medida este Poder deve adentrar na originária fixação do alcance dos direitos sociais. No benefício em comento, especificamente, o critério de miserabilidade possibilita a ponderação da qualidade (e adequação funcional) do ativismo ou autocontenção judiciais.

---

<sup>61</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Reclamação Constitucional 4.374/PE, 2013, p. 40. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>>. Acesso em 21 set. 2015.

#### **d. CRÍTICA À ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ATIVISMO OU AUTOCONTENÇÃO NA ASSISTÊNCIA SOCIAL?**

De forma reiterada, o artigo 20, §3º, da Lei nº 8.742 de 1993 tem sido objeto de grande contencioso administrativo, principalmente através de incontáveis impugnações judiciais. Em recente decisão do Supremo Tribunal Federal, este realizou o julgamento do Recurso Extraordinário 567.985/MT, no qual foi constatado um processo de inconstitucionalização do dispositivo legal em comento, em razão da edição de leis com critérios mais elásticos quanto a concessão de outros benefícios assistenciais. Tal decisão novamente trouxe à pauta a questão do ativismo judicial em questões relacionadas aos direitos sociais, pois, de forma incidental e não vinculante aos demais poderes, foi fornecido critério mais acessível à concessão de benefício de prestação continuada, o qual vem sendo reiteradamente seguido pelas instâncias judiciais iniciais.

Observa-se que a decisão declarou a legislação inconstitucional, sem declaração de nulidade ou redução de texto e, com sua fundamentação não vinculante, porém influente, alargou o critério da renda familiar *per capita* de  $\frac{1}{4}$  para  $\frac{1}{2}$  salário mínimo (quando da aferição da miserabilidade do grupo familiar que possua idoso ou pessoa com deficiência em sua composição), sem, contudo, inviabilizar outras ponderações judiciais em cada caso concreto.

De outro modo, a decisão da Suprema Corte ainda foi ativista ao invalidar critério legalmente estabelecido para usufruto de direito social, impondo uma obrigação orçamentária não desejada explicitamente pelo estágio legislativo precípua. Houve, para tanto, o reconhecimento de uma omissão inconstitucional por insuficiência legislativa, a qual redundou em restrições de direitos fundamentais relacionados com a dignidade da pessoa humana e com o mínimo existencial. No mais, as razões do referido acórdão influenciaram sobremaneira (ou talvez, de início, a lógica tenha sido a reversa) as decisões de toda magistratura das instâncias de acesso.

Por outro lado, a ausência do uso da técnica de abstrativização (dos efeitos de decisão do STF em controle difuso de constitucionalidade) redundou em não conferência de efeitos *erga omnes* ao julgado, denotando maior deferência judicial. A

autocontenção judicial, inclusive, é percebida pela vigência intocada da legislação, a qual vincula toda administração pública ao indesejado teto de  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo familiar *per capita*. No mais, repudiou-se valorações de cunho subjetivo, decisionista ou político, ao realizar a ponderação da matéria paralelamente com outras manifestações legislativas que mensuram a renda familiar média mínima para obtenção de benefícios assistenciais diversos, o que também aponta para um respeito do Poder Judiciário à vontade majoritária.

Deste modo, salta aos olhos que a conjectura da participação judicial em questões outrora reservadas aos poderes políticos não se resume ao trato maniqueísta de conclusões positivas ou negativas à democracia, haja vista que ambas as visões podem favorecer a concretização da Constituição, dos direitos fundamentais e da própria democracia substancial, a depender do somatório ponderativo dos inúmeros temas debatidos. Enfim, penso que o critério de densidade variável da participação judicial melhor explica e justifica a legitimidade do exercício deste poder.

Torna-se necessário, por conseguinte, apontar em que medida os temas discutidos neste estudo influenciaram (ou deixaram de influenciar) a Corte Suprema, fazendo-se pender sua postura para uma maior ou menor participação no processo de concessão de direitos. Do ponto de vista da legitimidade desta decisão, o Poder Judiciário deixou de pesar questões relacionadas ao custo efetivo destes *novos direitos sociais* (estes dentro da ordem-moldura constitucional, porém de duvidosa adequação à implantação pela via judicial), bem como a possibilidade quase certa de maior judicialização do conflito, haja vista que impossibilitou a ampla concessão (pelos novos critérios que adotou) ao cidadão que utilize a via ordinária administrativa. Em termos efetivos, coube ao referido poder uma imposição política orçamentária bilionária, cerceando qualquer ponderação legislativa da melhor (ou ótima, na concepção econômica já mencionada de Pareto) destinação do capital social.

A decisão da Corte Maior pecou ao não considerar a questão da justiça distributiva dos direitos sociais, pois, em termos práticos, criou duas instâncias concessivas (ou tão somente validou a prática já existente) do direito ao benefício de prestação continuada, sendo a primeira consistente na administração pública (a qual se limita à aplicação da legislação válida e vigente, instância a qual apenas cabe a análise e concessão de benefícios assistenciais previstos na Lei nº 8.742 de 1993 àqueles grupos familiares que possuam renda *per capita* até  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo); e

presente a segunda na magistratura, a qual *compete* a análise e concessão de benefícios assistenciais às famílias com renda *per capita* além do limite legal, situação que certamente distorceu a divisão constitucional de poderes e de jurisdição administrativa. Talvez não seja um exagero concluir que o Poder Judiciário apenas fez justiça comutativa na concessão de benefício de prestação continuada, tão somente compensando lesões (ou retornando ao *status quo ante*) de uma minoria que busca os seus direitos pela via judicial, em claro detrimento da equidade e da universalização indispensáveis a esta disciplina jurídica distributiva.

Quanto aos limites inerentes à jurisdição, o Poder Judiciário, como corriqueiro em nossa curta história democrática contemporânea, mostrou-se coerente com seus poderes-deveres constitucionais, respeitando, através do processo, os diversos princípios que disciplinam a criação normativa judicial.

Com relação aos parâmetros que podem favorecer ao uso do ativismo judicial, portou-se a Suprema Corte de acordo com a imprescindível proteção aos direitos fundamentais (em especial quanto à dignidade da pessoa e ao mínimo existencial), ponderando restrições constitucionais aos mesmos e suas inviabilidades retrocessivas. No mais, lidou com a judicialização da política, controlando e julgando matéria autorizada pela Carta Maior, em exercício de um papel legítimo de guardião da constitucionalidade dos atos dos demais poderes e de defensor contramajoritário de minorias eventualmente oprimidas pela majoritarismo constituído.

Quanto à autocontenção judicial, seus parâmetros não foram observados por completo, levando-se em consideração a falta de reverência aos princípios de justiça distributiva; a ausência de medida que possibilitasse um diálogo institucional com os demais poderes; a desconsideração da menor densidade normativa presente nas normas constitucionais de princípio programático; a não deferência pela definição das escolhas trágicas de competência legislativa; bem como pela visível inadequação funcional para dirigir mudança social tão ampla (macroeconômica e macrojustiça). Nota-se, por outra mão, que por um bom tempo o STF manteve a presunção de constitucionalidade do dispositivo legal debatido, bem como partiu para fixação de novo critério com base em manifestações legislativas presentes em outras leis. Por fim, para invalidação de ato inconstitucional, utilizou-se da máxima da proporcionalidade para determinar se houve ou não abuso da discricionariedade contida na ordem-moldura constitucional.



#### 4. ESTADO SOCIAL, DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PAPEL MAGISTRADO

Compreende-se o vocábulo Estado como o povo politicamente organizado<sup>62</sup>, afirmando-se, modernamente, que o Estado brasileiro é um Estado social. Contudo, como a humanidade chegou a tais conceitos e quais suas implicações frente aos direitos e garantias fundamentais? No mais, qual a participação da magistratura no Estado atual?

Deixada de lado a análise dos primórdios da civilização, esta, enfim, atingiu seu ápice organizacional com a criação do Estado. Na Antiguidade clássica (ou Idade antiga), destacaram-se os Estados grego e romano, sendo que o primeiro, mesmo que de forma limitada, distinguiu-se por iniciar a evolução dos direitos fundamentais. Aos gregos devemos as ideias de democracia, igualdade de todos os cidadãos (mesmo que ambas bastante excepcionadas à época) e preponderância do interesse coletivo sobre o privado, prevalecendo a ideia de ascendência do coletivo sobre o indivíduo.

Nem em Atenas, nem nas demais Cidades-Estados houve direitos essenciais do indivíduo perante a coletividade, pois não era como indivíduo, senão como membro da comunidade, que ele tinha direitos políticos. [...] o substrato espiritual da democracia grega não era o individualismo, mas a ideia de comunidade (VERDROSS<sup>63</sup>).

Já ao Estado romano, devemos regulações de direitos civis, mesmo que bastante limitadas à propriedade, bem como a separação entre Poder Público e privado (nota-se um distanciamento da ideia de preponderância do interesse coletivo sobre o privado). Todavia, percebe-se que “[...] *em Roma, ao contrário dos tempos modernos, a liberdade não era ‘algo subjetivo, um bem ou uma qualidade da pessoa’, senão ‘um bem objetivo e indestrutível, independente da vontade pessoal’ [...]*” (JHERING<sup>64</sup>).

<sup>62</sup> Sendo mais preciso, pode-se conceituar o Estado como a estrutura social que, através da vontade soberana do povo, garante a coexistência e a proteção de determinados valores dentro de certo território.

<sup>63</sup> VERDROSS, Alfred D. *Grundlinien der Antiken Rechts – und Staatsphilosophie. Zweite Erweiterte Auflage.* Wien, Springer Verlag, 1948, p. 11-12 *apud* BONAVIDES, 2013, p. 147.

<sup>64</sup> JHERING, Rudolf Von. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenem Stufen seiner Entwicklung.* Achte Auflage. Basel, Benno Schwabe & Co. Verlag, 1957, p. 220 *apud* BONAVIDES, 2013, p. 162.

A ideia de separação entre os poderes chegou a ser inicialmente elaborada por Aristóteles, na Grécia, bem como por Políbio e Cícero, em Roma, entretanto, não se cogitava a proteção dos direitos e garantias fundamentais (conceito este inexistente) por meio de um poder autônomo e diverso dos órgãos que legislavam ou administravam as *Polis* ou o Império.

A queda do Império romano propiciou o surgimento do Estado feudal (Idade média ou Feudalismo). “Podemos afirmar que é com o Estado Feudal que se consolida a inserção da ruptura que a propriedade e o poder impôs no enfraquecimento dos direitos fundamentais” (PAULA, 2012, p. 45), pois, no início daquele, o esfacelamento do poder político e econômico redundou na divisão do poder entre os senhores feudais e as *comunas* (cidades autônomas) e esta descentralização do poder impediu o desenvolvimento de direitos fundamentais aos não detentores do poder econômico ou político. “Não havia até os séculos finais da Idade Média, Estados com poder centralizado sob o comando de um rei” (MORAIS, 2011, p. 1), sendo que somente em 1215, a Carta Magna inglesa iniciava a era dos direitos fundamentais, na forma modernamente conhecida como positivados em instrumento legal de reconhecimento e limitação do poder do Estado.

Gradativamente, o Estado feudal dá lugar ao Estado absolutista. A célebre frase do Rei Luís XIV (*O Estado sou eu*) bem sintetiza as ideias absolutistas, haja vista que o poder era ilimitado e absoluto nas mãos do monarca. Coube a Maquiavel<sup>65</sup> (em obra póstuma publicada em 1532), citar pela primeira vez o vocábulo *Estado* (“*todos os Estados, todos os domínios que tiveram e têm poder sobre os homens, são estados e são ou repúblicas ou principados*”), ao defender a centralização do poder político.

Deste modo, nascia o formato de Estado moderno com a criação de “[...] uma estrutura burocrática administrativa; leis gerais; [...] um sistema tributário; idioma nacional; moeda unificada; força militar para proteger e manter a soberania nacional e a ordem” (MORAIS, 2011, p. 1). Não havia, em contrapartida, normas ou políticas públicas voltadas à satisfação dos direitos fundamentais, não havia coisa pública ou privada, mas meramente a vontade do soberano, toda dinâmica estatal-feudal fundada na suserania foi substituída pela soberania (baseada na alegada vontade do deus cristão, não do povo). No princípio do Estado absolutista, tanto a burguesia,

---

<sup>65</sup> MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Coimbra: Atlântida, 1935, p. 7.



quanto a nobreza lutaram pela centralização política mais ampla, não apenas restrita aos senhores feudais e às *comunas* e, assim, de forma não pacífica, gradativamente ocorreu o fortalecimento do poder real. Percebe-se de imediato a ausência de maiores preocupações na garantia dos direitos fundamentais.

Em sequência, ao fim do absolutismo, duas revoluções (americana, em 1776; e francesa, em 1789) marcaram a ascensão da primeira dimensão<sup>66</sup> de direitos fundamentais, estes relacionados à liberdade contra o poder ilimitado do Estado, os quais foram entendidos como liberdades negativas do cidadão frente àquele, ou seja, a não interferência do Estado no que concerne às ações individuais. “*Foi assim – da oposição histórica e secular, na Idade Moderna, entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca – que nasceu a primeira noção do ‘Estado de Direito’ [...]*” (BONAVIDES, 2013, p. 41). Nascia o Estado liberal, o qual “[...] *fundou a concepção moderna da liberdade e assentou o primado da personalidade humana, em bases individualistas*” (BONAVIDES, 2013, p. 202). Neste foi criada a separação entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, baseado nas obras *Segundo tratado sobre o governo civil*, de John Locke, e *O espírito das leis* de Montesquieu, esta, talvez, a mais importante baliza da transição do Estado absolutista para o Estado liberal.

A teoria tripartida dos poderes, “como princípio de organização do Estado constitucional”, é uma contribuição de Locke e Montesquieu. Este se apoia naquele e, equivocadamente, no que supõe ser a realidade constitucional inglesa: um Estado onde os três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) estariam modelarmente separados e mutuamente contidos, de acordo com a ideia de que “o poder detém o poder” (BONAVIDES, 2013, p. 45).

MONTESQUIEU (2009, p. 169 e 172) entendeu necessária a separação dos poderes do Estado, entretanto, ainda não enxergava a necessidade de harmonia entre os mesmos, sem um se sobrepor ao outro, principalmente quanto ao Poder Judiciário, o qual teorizava em situação inferior aos demais, compreendendo que:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade; porque é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente.

[...]

---

<sup>66</sup> Optamos pelo termo *dimensões*, consoante lição de Ingo SARLET (2012, p. 31): “[...] não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais [...]”.

Dos três poderes de que falamos, o de julgar é, de certa forma, nulo. Restam apenas dois: e, como precisam de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta de nobres é muito adequada para produzir esse efeito.

Mesmo alçado ao *status* de um Poder constituído, ao Poder Judiciário ainda não era reconhecida a possibilidade de participação política, conferindo-o apenas “[...] a tarefa da aplicação da lei aos casos concretos, cuidando-se para que tal mister fosse exercido do modo mais neutro possível em relação às opções políticas do legislador” (RAMOS, 2015, p. 70).

Surgiam, como consequência, as primeiras grandes previsões constitucionais de direitos individuais baseados na liberdade e na igualdade formal, os primeiros direitos fundamentais na moderna visão dos mesmos, passando o Estado a ter por política base a não intervenção no domínio econômico, ao custo da inexistência de direitos sociais (como os trabalhistas ou previdenciários). A extrema desigualdade econômica causada nesta primeira fase do Estado liberal redundou em intensa agitação social, o excessivo não intervencionismo estatal pode ser indicado como o principal fator desta crise, sendo que essa situação, por sua vez, serviu de palco para o surgimento quase que imediato dos direitos políticos.

Com o advento da revolução industrial, uma nova dimensão de direitos fundamentais começou a se formar, quais sejam, os direitos sociais, econômicos e culturais, surgindo a obrigação do Estado em satisfazer as necessidades da coletividade, dentro de um conceito de proteção à hipossuficiência social agravada justamente pela revolução industrial. Entende-se que estas conquistas sociais atuaram como liberdades positivas do cidadão, obrigando o Estado a satisfazê-las, afiançando o princípio da igualdade material entre o ser humano. Tais garantias foram positivadas nas Constituições mexicana (1917), de *Weimar* (1919, Alemanha) e pelo Tratado de Versalhes (1919, França).

Após as guerras mundiais (e sob influência da revolução russa de 1917), afloram exigências para que o Estado atue de forma mais veemente na proteção dos direitos sociais contra o poder econômico, nascendo, enfim, o Estado social, o qual “[...] representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal” (BONAVIDES, 2002, p. 75). A contradição entre a igualdade política e a desigualdade social passa a ser combatida pelo Estado, gerando a

ascensão do Constitucionalismo Democrático, o qual emancipava as massas através do sufrágio universal, garantindo direitos pela supremacia da Carta Maior e erigindo o ser humano, de fato, como valor em si.

Nesse contexto, surge uma terceira dimensão dos direitos fundamentais<sup>67</sup>, quais sejam, os direitos de solidariedade ou de fraternidade, resguardando interesses de titularidade coletiva ou difusa, não se dedicando nomeadamente à proteção dos interesses individuais, de um grupo ou de um determinado Estado. Voltam-se as atenções para a proteção dos direitos humanos refletidos na condição humana como gênero e não apenas constricta ao indivíduo ou a uma coletividade determinada. Percebe-se que, enquanto o Estado liberal assegurou a liberdade ao ser humano, o Estado social garantiu a proteção aos direitos humanos.

Toda conjuntura evolutiva do Estado, por sua vez, não passa a quem do papel do magistrado nos dias atuais. Fixada a separação dos poderes (melhor dizendo, divisão harmônica e interdependente das funções estatais precípua), ao labor da judicatura coube a atuação proativa (ou até mesmo autocontida, se este caminho se mostrar o mais efetivo), no sentido de garantir, em momento derradeiro, a efetividade de todos os direitos fundamentais alcançados pelas revoluções e evoluções do pensamento humano, respeitados os parâmetros de atuação do magistrado (limites inerentes à jurisdição; parâmetros favoráveis ao ativismo; e parâmetros favoráveis à autocontenção)<sup>68</sup>.

O papel do magistrado no Estado social não pode ficar adstrito a uma interpretação positivista da Constituição, sob o risco de abandono de todas as conquistas da humanidade no tocante à proteção dos direitos fundamentais. A Constituição brasileira de 1988 é clara ao inserir no seu rol protetivo todas as dimensões de direitos e garantias fundamentais mencionadas, sendo a supremacia constitucional base sólida para termos “*[...] um avanço sobre o mero formalismo, como o desapego a dogmas processuais que confrontam o direito constitucional material, para, enfim, atingir a dignidade humana atualmente propalada de forma retórica*” (PAULA, 2012, p. 58).

---

<sup>67</sup> Há quem sustente a ascensão de uma quarta (BONAVIDES, 2002, p. 570-572) e uma quinta (BONAVIDES, 2008, p. 82-93) dimensões de direitos fundamentais, a primeira com foco na democracia decorrente da globalização e do pluralismo político e a última baseada no direito à paz.

<sup>68</sup> Vide páginas 36-47.

O magistrado, de praticamente inexistente no Estado feudal, de *longa manus*<sup>69</sup> do monarca no Estado absolutista, de mero repetidor de leis no Estado liberal, torna-se o garantidor final da efetivação dos direitos fundamentais no Estado social, finalidade também alcançada com a postura proativa do ativismo judicial (respeitando-se limites sugeridos nesta obra e a interdependência harmônica entre os poderes constituídos).

Nos termos da lição de BONAVIDES (2013, p. 65 e 73):

A separação de poderes é [...] técnica em declínio, sujeita a gradual superação, imposta por requisitos novos de equilíbrio político e acomodação a esquemas constitucionais cujo pensamento já não assenta em razões preponderantes de formalismo na proteção de direitos individuais, conforme teor clássico de sua elaboração inicial e finalidade precípua do velho liberalismo.

[...]

É possível ir mais longe e, em abono da teoria de Montesquieu, afirmar que o princípio evoluiu, no campo do constitucionalismo, de aplicação empírica e de interpretação assinaladamente restrita, para conceituação aprimorada, em que os poderes, como aspectos diversos da soberania, se manifestam em ângulos distintos, abandoando-se, daí, expressões impróprias e antiquadas, quais sejam *separação* e *divisão*, substituídas por outras mais corretas, a saber, *distinção*, *coordenação* e *colaboração*.

Há tratadistas [...] que preferem, ao termo *poder*, o termo *função* [...].

Afinal, não temos uma Constituição divisora de poderes, haja vista que este é uno. Temos, sim, uma repartição de funções estatais, as quais não possuem a rigidez original de sua proposição liberal, favorecendo (de forma legítima) que um determinado Poder exerça função atípica a ordinariamente atribuída pela Constituição.

---

<sup>69</sup> Expressão originária do latim, significando, de forma simplista, *repetidor de ordens*.

## 4.1 A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO SOCIAL

### a. SISTEMA CONSTITUCIONAL E CONSTITUIÇÃO

Contemporaneamente, na seara do direito constitucional, vem se observando a noção de *sistema constitucional* como sendo mais ampla do que *Constituição*. Segundo BONAVIDES (2002, p. 93):

[...] a palavra *Constituição* não basta, hoje, no campo do Direito Constitucional, para exprimir toda a realidade pertinente à organização e funcionamento das estruturas *básicas* da sociedade política. [...] tem-se recorrido ao vocábulo *sistema*, senão para promover uma crise semântica ao menos para indicar algo mais preciso e abrangente, mais próximo ao sentido daquilo que se pretende exprimir.

Esta interpretação da teoria constitucional aponta a Constituição não somente em seu sentido formal, como um instrumento jurídico único ou mesmo sob a perspectiva jurídica apenas, mas sim como um conjunto de forças. A exegese da norma, pelo magistrado, implica interpretar teleologicamente o sistema jurídico inteiro, também englobando todos os valores e princípios presentes na sociedade. Dessa forma:

[...] a Constituição passa a ganhar eficácia com a sua contextualização sistemática. O sistema constitucional ressalta-se, não se atem apenas no texto da Constituição escrita, mas expande-se às leis complementares e leis ordinárias, trilhando ainda às instituições e poderes, de forma que uma norma constitucional possui ao seu redor um conjunto axiológico de principiologia e normatividade que direta ou indiretamente lhe dão suporte, o que, fatalmente, exige uma maior interpretação, uma rigorosa hermenêutica constitucional para que a Constituição seja interpretada segundo o atual e verdadeiro sentido fático, político, econômico e jurídico que se lhe deve dar (PAULA, 2012, p. 70).

Nesse contexto está a relevante atuação do magistrado, mediante uma postura coerente com a aplicação efetiva das normas constitucionais. A interpretação da Constituição (ou melhor, do sistema constitucional) deve ser sistemática e teleológica, utilizando-se de uma exegese ampla, com a inserção de elementos de economia, política, filosofia, história, sociologia, tecnologia, justiça social, dentre outras, para a melhor solução do processo. Limitar o labor da judicatura a uma postura passiva, meramente formal na interpretação de um texto constitucional único e definitivo,

pensando o Direito apenas como um conjunto de normas, é “[...] *subestimar a complexidade do fenômeno jurídico*” (FREITAS<sup>70</sup>).

Importante ressaltar, por sua vez, que esta visão constitucional não vai de encontro ao princípio da unidade da Constituição, o qual orienta a hermenêutica constitucional, pautando o exegeta a evitar contradições na compreensão da Lei Maior, valorando todos os princípios e regras numa interpretação sistemática e teleológica, “*assim, aplicar o postulado da unidade é dizer: interpretar a Constituição de forma una é somar ‘todos’ os fatores nela contidos – explícitos ou implícitos, jurídicos, sociais e políticos*” (MÜLLER<sup>71</sup>). Nesta linha de pensamento, afirmar-se que “[...] *a própria Constituição constitui, na condição de estatuto jurídico fundamental (no sentido material e formal) da comunidade [...] um sistema aberto de regras e princípios*” (SARLET, 2012, p. 58).

Com efeito,

o princípio da unidade consiste em uma especificação da *interpretação sistemática*. O fundamento para que uma norma não seja analisada isoladamente, mas em conjunto com as demais normas integrantes do sistema no qual está inserida, decorre da conexão e interdependência entre os elementos da Constituição. As normas constitucionais devem ser consideradas como preceitos integrados em um sistema interno unitário de regras e princípios (NOVELINO, 2013, p. 178).

Por fim, como exemplo da novel visão do sistema constitucional, em contraposição ao texto constitucional rígido, citamos a negativa de exequibilidade das normas constitucionais de princípio programático. Sob a ótica simplista da Constituição formal, trata-se, em síntese, de uma diretriz de programa de política estatal, não vinculante, apontada aos governantes, entretanto, inserida na concepção de sistema constitucional, a mesma ganha imperatividade, devendo ser observada de imediato pela legislação hierarquicamente inferior, pela classe política, bem como sua inobservância pode, em boa medida, ser suprida pelo magistrado.

[...] há que ter em mente a circunstância, embasada na paradigmática lição de Gomes Canotilho, de que a nossa Constituição (assim como as Constituições em geral) pode ser considerada como um sistema aberto de regras e princípios. Ainda que se queira negar – e não sem certa razão – a utilização da expressão “normas programáticas”, isto em nada altera o fato

<sup>70</sup> FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 19 *apud* PAULA, 2012, p. 71.

<sup>71</sup> MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 84 *apud* LAZARI, 2012, p. 44.

da existência, também na nossa Constituição vigente – em escala sem precedentes no constitucionalismo pretérito –, de normas que, em virtude de sua natureza (forma de positivação, função e finalidade), reclamam uma atuação concretizadora dos órgãos estatais, especialmente do legislador, sem que, à evidência, se esteja a negar eficácia e aplicabilidade (inclusive imediata) a estas normas (SARLET, 2012, p. 39).

## b. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E VINCULAÇÃO JUDICIAL

Reitera-se: a Constituição, basicamente, é um sistema normativo aberto de princípios e regras, ambos com a mesma finalidade, que é dizer o direito no sentido do dever-ser. Contudo, estas espécies normativas costumam ser diferenciadas em razão do grau de generalidade ou abstratividade, assim, “[...] *princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo*” (ALEXY, 2015, p. 87). No entanto, tal conceito é impreciso, haja vista ser possível uma regra possuir grau de generalidade alto e um princípio vice-versa, assim, o critério que melhor distingue princípio de regra é o qualitativo, pois:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. [...].

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau (ALEXY, 2015, p. 90 e 91).

Na visão de Alexy, é possível afirmar que os princípios sempre possuem um caráter *prima facie* de seus mandamentos, podendo suas *razões* serem aceitas num primeiro momento, mas afastadas por outras antagônicas e com mais *peso*, já as regras, em geral, são mandamentais definitivos. Assim, “*princípios são sempre razões prima facie, e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões definitivas*” (ALEXY, 2015, p. 106). A *contrario sensu*, pode-se afirmar que regras válidas que possuem exceção geram mandamentos *prima facie*, pois “*se uma regra é uma razão para um determinado juízo concreto – o que ocorre quando ela é válida, aplicável e infensa a exceções –, então, ela é uma ‘razão definitiva’*” (ALEXY, 2015, p. 108).

[...] regras são normas que proporcionam critérios específicos sobre como devemos, não devemos ou podemos atuar. Princípios, em contraste, são normas que proporcionam critérios para se tornar uma posição diante de situações concretas. Estas, no entanto, “*a priori*” são indeterminadas, só



adquirindo significado operativo no momento da sua aplicação a um caso concreto, a elas não se podendo atribuir uma determinação em abstrato (ZAGREBELSKY<sup>72</sup>).

As diversas mudanças sociais ocasionadas pelas transições do Estado absolutista para o Estado liberal, e deste para o Estado social, forçaram a positivação dos direitos conquistados (e dos valores que os fundam) em uma Constituição. Esta, aos poucos, tornou-se ponto de apoio e base normativa de todo e qualquer norma ou ato jurídico, sendo condição de validade destes a compatibilidade com aquela. Assim, qualquer ato jurídico “[...] *para ingressar ou permanecer, validamente, no ordenamento, há se mostrar conforme aos preceitos da Constituição*” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 15). Por sua vez, os princípios constitucionais exprimem a maior parte dos valores constitucionais e orientam toda a interpretação da Constituição, inclusive e não sem críticas, aquela feita pela magistratura.

[...] a maior parte das normas com que trabalham essas cortes soberanas - os *princípios* constitucionais -, diferentemente dos preceitos jurídicos em geral, apresentam-se em fórmulas lapidares, numa linguagem tão aberta, indeterminada e plurissignificativa, que o ato de concretizá-las a rigor não conhece limites e só com extrema boa vontade - à Konrad Hesse, por exemplo - ainda se pode chamar de *interpretação* (COELHO, 2001, p. 40).

Do mesmo modo, Ingeborg MAUS (2000, p. 187, 189-191 e 200) argumenta que a exegese principiológica da magistratura está excedendo os ditames constitucionais, transmutando-se a atividade jurisdicional em verdadeiro *superego* da sociedade, com conseqüente infantilização dos cidadãos.

Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social — controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática.

[...]

A introdução de pontos de vista morais e de "valores" na jurisprudência não só lhe confere maior grau de legitimação, imunizando suas decisões contra qualquer crítica, como também conduz a uma liberação da Justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular. Toda menção a um dos princípios "superiores" ao direito escrito leva — quando a Justiça os invoca — à suspensão das disposições normativas individuais e a se decidir o caso concreto de forma inusitada.

[...]

O infantilismo da crença na Justiça aparece de forma mais clara quando se espera da parte do Tribunal Federal Constitucional alemão (TFC) uma

---

<sup>72</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mitte*. 9ª ed. Torino: Einaudi, 1992, p. 149 *apud* RAMOS, 2015, p. 11.

retificação da própria postura em face das questões que envolvem a cidadania.

[...]

Nos estímulos sociais a uma Justiça pronta para expandir seu âmbito de ação encerra-se o círculo da delegação coletiva do superego da sociedade.

[...]

*O Tribunal Federal Constitucional reconhece a existência de direitos suprapositivos que também vinculam o legislador constitucional, e se declara competente nestes termos para controlar o teor de constitucionalidade do direito vigente.*

[...]

Assim, a "competência" do TFC — como de qualquer outro órgão de controle da constitucionalidade — não deriva mais da própria Constituição, colocando-se em primeiro plano. Tal competência deriva diretamente de princípios de direito suprapositivos que o próprio Tribunal desenvolveu em sua atividade constitucional de controle normativo, o que o leva a romper com os limites de qualquer "competência" constitucional. O TFC submete todas as outras instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios suprapositivos por ele afirmados, enquanto se libera ele próprio de qualquer vinculação às regras constitucionais.

[...]

A transformação da Constituição em uma "ordem de valores" confere às determinações constitucionais individuais (por meio da "abertura" de suas formulações) uma imprecisão tal que é capaz de suprir e ampliar voluntaristicamente os princípios constitucionais positivados. No sopesamento de valores do TFC manifestam-se vários critérios óbvios de eficiência que não encontram no texto constitucional o menor ponto de apoio.

Tal alerta abre espaço para o estudo e limitação do ativismo judicial, entretanto não retira a força que os princípios jurídicos exercem sobre a hermenêutica constitucional. No mais, ao utilizar-se de outro parâmetro que não o sistema constitucional (nos termos constatados por Maus), foge o magistrado de uma atuação ativista para uma atuação arbitrária, subjetiva ou decisionista, a margem do processo democrático. Desta feita, em qualquer decisão judicial devem ser considerados os princípios instrumentais de interpretação da Constituição (e da legislação), sempre tendo a Carta Maior como parâmetro e limite, sendo os princípios mais relevantes os da supremacia, da força normativa e da máxima efetividade da Constituição.

O princípio da supremacia da Constituição fundamenta o desempenho da magistratura, na medida em que as constituições, em regra, conferem ao Poder Judiciário nacional o dever de guardião das mesmas. Submetido o caso concreto ao juiz, cabe a este afastar a validade de qualquer ato jurídico que afronte uma norma constitucional, determinando limites inclusive ao conteúdo daqueles, atuando o

magistrado como garantidor das transformações sociais ambicionadas pelo Poder Constituinte, fazendo uso, se necessário, do sistema de controle de constitucionalidade. Afirma-se, inclusive, que o princípio da supremacia da Constituição fundamenta todos os demais princípios hermenêuticos da Lei Maior, bem como todas as técnicas de controle de constitucionalidade. Em consequência, se presente uma Constituição rígida, tal princípio é premissa para qualquer interpretação do sistema constitucional, visando suprimir as ações e as omissões tendentes a violá-la.

Como decorrência desta supremacia, deduz-se a técnica da interpretação conforme à Constituição (que também pode ser tratada como uma modalidade de controle de constitucionalidade), a qual orienta que o exercício exegético das normas jurídicas deve priorizar o significado que apresente maior compatibilidade com as normas constitucionais. Uma norma impugnada não necessita ser declarada inconstitucional, desde que seja possível interpretá-la com adequação aos preceitos constitucionais. Da mesma forma, a declaração de inconstitucionalidade pode ser parcial, com ou sem declaração de nulidade ou redução de texto, ou fazer referência a apenas uma das possíveis formas de interpretação. No entanto, cabem limites à utilização desse princípio, quais sejam, o sentido claro do texto normativo, bem como o fim previsto pelo legislador.

Conforme o princípio da força normativa da Constituição, na interpretação desta deve-se priorizar as soluções ou pensamentos que possibilitem a aplicação das normas constitucionais com maior eficácia, dentro dos parâmetros do texto constitucional. Tal princípio foi inicialmente definido por Konrad HESSE<sup>73</sup>, o qual delimitou que *“os aplicadores da Constituição, na solução dos problemas jurídico-constitucionais, procurem dar preferência àqueles pontos de vista que, ajustando historicamente o sentido das suas normas, confirmam-lhes maior eficácia”*. Assim, na interpretação constitucional deve ser dada primazia às soluções que, densificando suas normas, tornem-nas mais eficazes e permanentes, atribuindo as mesmas uma força otimizadora. Enfim, consoante a força normativa deve-se perceber a Constituição como um fim em si mesmo e não somente como um elemento complementar de argumentação.

---

<sup>73</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. 20ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 68 *apud* MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 140.

O princípio da máxima efetividade das normas constitucionais está inserido no artigo 5º, §1º, da CRFB de 1988, ao definir que “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”. Este deve ser entendido no sentido de dar a toda norma constitucional o máximo de efetividade social possível, em especial aos direitos fundamentais. Nesse contexto, nenhuma decisão judicial pode desconsiderar a aplicação de qualquer direito fundamental constitucional, sob o risco de negar a efetividade da mesma, devendo o exegeta fazer uma interpretação expansiva dos direitos fundamentais, pois este princípio está:

Estritamente vinculado ao princípio da força normativa da Constituição, em relação ao qual configura um subprincípio, o cânone hermenêutico-constitucional da máxima efetividade orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o seu conteúdo.

De igual modo, veicula um apelo aos realizadores da Constituição para que em toda situação hermenêutica, sobretudo em sede de direitos fundamentais, procurem densificar os seus preceitos, sabidamente abertos e predispostos a interpretações expansivas (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 140).

Em sentido conexo, SARLET (2012, p. 58 e 241):

[...] assume papel relevante a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF de 1988, de acordo com a qual todos os direitos e garantias fundamentais foram elevados à condição de normas jurídicas diretamente aplicáveis e, portanto, capazes de gerar efeitos jurídicos. Apesar de inexistir norma constitucional destituída de eficácia jurídica, o fato é que o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais diferencia – no sentido de uma juridicidade reforçada – esta categoria específica das normas constitucionais, outorgando-lhes, de tal sorte, uma qualidade comum e distintiva [...].

[...]

[...] a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais. Além disso, há que dar razão aos que ressaltam o caráter dirigente e vinculante desta norma, no sentido de que esta, além do objetivo de “assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, [...] investe os poderes públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos”.

Salienta-se, todavia, que a discricionariedade para o sopesamento de princípios é exegese judicial válida na existência de colisão entre os mesmos, haja vista ser essencial, no caso concreto, atribuir uma dimensão de peso ou importância aos princípios. Ambos (ou todos) continuariam válidos, ponderando-se apenas em que medida cada um deverá incidir na solução da demanda e, em hipóteses extremas,

pode-se até suprimir a aplicação de um princípio face o outro, em razão de atrito insuperável. Tal medida, por sua vez, decorre do uso da máxima da proporcionalidade.

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. [...] essa definição implica a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais – as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, [...] as três máximas parciais da máxima da proporcionalidade definem aquilo que deve ser compreendido por “otimização” na teoria dos princípios (ALEXY, 2015, p. 588).

Cabe ao magistrado, no exercício da judicatura condizente com sua função constitucional, aplicar os princípios hermenêuticos da desta, bem como as técnicas de controle de constitucionalidade, para a concretização mais ampla possível dos direitos fundamentais, respeitados os parâmetros constitucionais e as técnicas para solução do conflito aparente de normas, em consonância com os fins do Estado social ao qual representa.

### c. CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

Consiste o controle de constitucionalidade na inquirição de compatibilidade de qualquer ato jurídico à Constituição, decorrente da supremacia que a mesma possui sobre o ordenamento jurídico. Pode-se afirmar que “[...] a aceitação da supremacia das normas constitucionais sobre as leis é que viabiliza a existência de um controle de constitucionalidade, de modo a aferir a compatibilidade das normas infraconstitucionais com as da Constituição” (MIARELLI; LIMA, 2012, p. 117).

Quanto à natureza do órgão de controle, este pode ser político ou jurisdicional. No primeiro caso, cabem aos Poderes Legislativo e Executivo seu exercício, enquanto que no último compete à magistratura. No Estado brasileiro incumbe precipuamente ao Poder Judiciário esta função, coexistindo outras instâncias de controle de constitucionalidade exercidas pelo Poder Executivo (por exemplo, pela análise de veto ou sanção presidencial aos projetos de lei aprovados pelo Congresso Nacional) e pelo Poder Legislativo (por exemplo, pela Comissão de Constituição e Justiça – CCJ – de cada casa legislativa, rejeitando por inconstitucionalidade projeto de lei ou ementa à Constituição).

Atribui-se à magistratura, no Brasil, o controle repressivo<sup>74</sup> (quando há impugnação de ato jurídico vigente) da constitucionalidade dos atos jurídicos contrários à Constituição, seja através do controle incidental e difuso, seja através do controle abstrato e concentrado (bem como, mais recentemente, mediante atribuição de efeitos abstratos em controle difuso, pela chamada *abstrativização dos efeitos de decisão do STF em controle difuso de constitucionalidade*). O controle difuso poderá ser exercido por qualquer juiz ou tribunal<sup>75</sup>, em incidente de julgamento de questão prejudicial de determinado caso concreto, não gerando, via de regra, efeitos a terceiros. O controle concentrado, por seu turno, é exercido abstratamente por uma corte constitucional (Supremo Tribunal Federal), independentemente de demanda concreta a ser pacificada pelo Poder Judiciário (o que não afasta a necessidade de uma

---

<sup>74</sup> Em única hipótese, é possível o controle judicial preventivo nos mandados de segurança impetrados por parlamentar que se insurge contra o processamento de projetos de emenda à constituição manifestamente inconstitucionais, cujo conteúdo vai de encontro a cláusulas pétreas (artigo 60, §4º, da CRFB de 1988).

<sup>75</sup> Respeitada a cláusula de reserva de plenário, nos termos da CRFB de 1988, artigo 97.

*situação concreta e tópica*, em razão do princípio da inércia da jurisdição) gerando efeitos *erga omnes* (em face de todos).

A CRFB de 1988 prevê várias ações judiciais de controle concentrado de constitucionalidade impetráveis perante o STF, quais sejam: ação direta de inconstitucionalidade; ação declaratória de constitucionalidade; arguição de descumprimento de preceito fundamental; ação direta de inconstitucionalidade por omissão; mandado de injunção; e a ação direta de inconstitucionalidade interventiva (ou representação interventiva). Como dedutível, o ato violador tanto pode decorrer de uma ação, quanto de uma omissão.

Em síntese, por intermédio essencialmente desses institutos o STF exerce sua jurisdição constitucional. É o conteúdo das decisões emanadas nessas situações que o coloca em destaque na vida político-social, [...] por vezes é necessário apontar a incongruência legislativa [...] e impor condutas ao Poder Executivo (MIARELLI; LIMA, 2012, p. 126).

Basicamente, o controle de constitucionalidade pondera acerca da validade dos atos jurídicos perante à Constituição, tendo por consequência a declaração de nulidade do ato por incompatibilidade com a mesma (declaração de inconstitucionalidade), ou a declaração de constitucionalidade do ato (apenas no controle concentrado, já que as normas possuem presunção relativa de constitucionalidade, sendo desnecessária tal afirmação no controle difuso). Contudo, o direito brasileiro<sup>76</sup> permite a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mantendo os efeitos da norma rejeitada até o momento em que se entenda mais adequado aos fins constitucionais.

Admitindo a norma infraconstitucional mais de uma interpretação, é possível utilizar a interpretação conforme à Constituição como uma modalidade de controle de constitucionalidade. A declaração de inconstitucionalidade parcial, com ou sem redução de texto, é utilizada para fixar a interpretação da norma conforme a vontade do texto constitucional, devendo-se optar pela exegese que maior afinidade e harmonia apresente com a Constituição.

Do exposto acima, podemos concluir que o Poder Judiciário, via de regra, não interfere nas atribuições precípua dos outros poderes, muito pelo contrário, simplesmente exerce a própria função constitucional precípua, qual seja, a de garantir

---

<sup>76</sup> BRASIL. Lei nº 9.868 de 1999, artigo 27.

a supremacia da Constituição. Quer no controle incidental e difuso, quer no controle abstrato e concentrado, compete ao magistrado fazer valer a força normativa da Constituição, quando esta for tolhida por quem quer que seja, inclusive pelos demais poderes da República, conferindo máxima efetividade aos comandos constitucionais, principalmente no tocante ao exercício dos direitos fundamentais. “As constituições contemporâneas pretendem, portanto, que os atos praticados pelos órgãos representativos possam ser objeto de crítica e controle” (GRIMM<sup>77</sup>), em “[...] um modelo de fiscalização democrática dos atos do Poder Público” (MENDES, G., *A Jurisdição...*, p. 9), o que, por sua vez, não impede a existência de limites a esta atuação harmonicamente invasiva.

Percebe-se, enfim, que a Constituição do Estado social não compreende de forma absoluta o ativismo judicial como exercício eventual de intervenção indevida nas competências executivas e legislativas, mas sim postura positivada; decorrente da evolução do Estado para o seu caráter prestacional; democrática em substância; garantidora dos direitos e garantias fundamentais; condizente com a interdependência harmônica entre os poderes; e, portanto, legítima, a qual é exercida via controle de constitucionalidade (com base na jurisdição constitucional), de acordo com os princípios constitucionais e com uma série de limitações ao poder. No entanto, há muito mais a se falar do ativismo que a simples atividade normativa, criadora, participativa e efetivadora de direitos por parte do julgador e, por consequência, há que se estabelecer limites restritivos e parâmetros favoráveis e desfavoráveis a sua prática pelo Poder Judiciário.

---

<sup>77</sup> GRIMM, Dieter. *Verfassungserichtsbarkeit - Funktion und Funktionsgrenzen in demokratischem Staat*. In: *Jus-Didaktik*, Heft 4, Munique, 1977, p. 83-95 apud MENDES, G., *A Jurisdição...*, p. 8-9.



## 4.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

### a. ASPECTOS GERAIS, ESTADO SOCIAL E TEORIA DIMENSIONAL

Estabelecida a Constituição como o alicerce do Estado social, resta-nos discorrer sobre o seu conteúdo principal. São os direitos fundamentais (ao lado das definições da organização do Estado e da divisão do exercício de poder) que condicionam a existência do Estado constitucional democrático, compondo não apenas um aspecto formal da Constituição, mas seu núcleo material.

De antemão, necessário o esclarecimento da terminologia empregada, haja vista a também constante utilização do termo *direitos humanos*. Apesar de possuírem conteúdo quase idêntico, as noções não se confundem integralmente, denominando-se *direitos fundamentais* aqueles garantidos por uma Constituição nacional, enquanto que se balizam os *direitos humanos* pela sua expressividade supranacional.

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional) (SARLET, 2012, p. 18).

Os direitos fundamentais representam a constitucionalização daqueles direitos humanos que têm desfrutado de um alto grau de justificação ao longo da história dos discursos morais, que são, por isso, reconhecidos como condições para a construção e o exercício dos outros direitos (GALUPPO<sup>78</sup>).

[...] sem a positivação jurídico-constitucional não se pode falar em direitos fundamentais, mas talvez em direitos humanos, liberdades públicas, pretensões, aspirações e até mesmo privilégios (CANOTILHO<sup>79</sup>).

<sup>78</sup> GALUPPO, Marcelo Campos. **O que são direitos fundamentais?**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 233 *apud* MIRANDA, A., 2013, p. 26.

<sup>79</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 178 *apud* OLSEN, 2012, p. 31.

Afastada a identidade entre os termos, ainda pode restar a conclusão de que os direitos humanos possuem maior abrangência do que os direitos fundamentais, o que não se revela correto. Os direitos fundamentais constitucionais podem ser, inclusive, mais extensos do que os direitos humanos, o que afasta a conclusão de que os direitos fundamentais decorreriam de meras positivizações nacionais dos direitos humanos, “[...] apenas mediante um mero processo de ‘fundamentalização’ (precisamente pela incorporação às constituições) [...]” (SARLET, 2012, p. 20).

Importante observar, dentro dessa diferenciação, que o grau de efetividade dos direitos fundamentais é, em regra, maior que o dos direitos humanos, pois aos primeiros são atribuídos meios institucionais de acesso, seja através da jurisdição, seja através de vias regulares da estrutura estatal. Por esta razão, o estudo aqui presente limitar-se-á à extensão do ativismo judicial no âmbito dos direitos fundamentais (e não dos direitos humanos).

Em exposição pretérita, relacionamos a evolução da formatação do Estado a partir da evolução dos direitos fundamentais<sup>80</sup>. Similar à história do Estado, a história dos direitos fundamentais foi “[...] também a história da limitação do poder” (SARLET, 2012, p. 25). Usualmente, tal narrativa é contada em camadas, as quais são denominadas (apenas em sentido didático e histórico) como *dimensões* dos direitos fundamentais.

Com efeito, o Estado social contemporâneo compreende direitos de primeira, da segunda, da terceira e da quarta gerações numa linha ascendente de desdobramento conjugado e contínuo, que principia com os direitos individuais, chega aos direitos sociais, prossegue com os direitos da fraternidade e alcança, finalmente, o último direito da condição política do homem: o direito à democracia (BONAVIDES, 2013, p. 17).

Em termos gerais e de forma preponderante, a primeira dimensão dos direitos fundamentais visou proteger a liberdade do indivíduo, em sentido negativo, contra a ação arbitrária do Estado, garantindo, assim, direitos civis e políticos de defesa ou resistência perante o Estado. À segunda dimensão dos direitos fundamentais, por sua vez, coube a afirmação de liberdades positivas a grupos sociais, abonando a estes o direito de exigir do Estado prestações reais e tendentes a concretizar direitos sociais, econômicos e culturais (e pouco mais tarde outros direitos políticos) ligados ao valor

---

<sup>80</sup> Vide páginas 68-73.

igualdade, em seu aspecto material. A terceira dimensão, ao seu turno, abarcou os direitos de fraternidade, concedendo à comunidade direitos ao desenvolvimento, e ao meio ambiente. Modernamente, mas não exaustivamente, a quarta dimensão dos direitos fundamentais veio proteger a democracia, outorgando ao gênero humano direitos de condição política, decorrentes do pluralismo político e da globalização. Por fim, uma quinta dimensão de direitos fundamentais vem sendo aclarada pela doutrina, estes relacionados ao direito à paz.

O novo Estado de Direito das cinco gerações de direitos fundamentais vem coroar, por conseguinte aquele espírito de humanismo que, no perímetro da juridicidade, habita as regiões sociais e o perpassa o Direito em todas as suas dimensões.

A dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos (BONAVIDES, 2008, p. 86).

Apesar do exposto, não há como afastar unidade e interdependência aos direitos fundamentais, pois, na lição de SARLET (2012, p. 31-32):

[...] não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais [...]. Neste contexto, aludiu-se, entre nós, de forma notadamente irônica, ao que se chama de “fantasia das chamadas gerações de direitos”, que, além da imprecisão terminológica já consignada, conduz ao entendimento equivocado de que os direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo, não se encontrando em permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento [...].

Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno [...].

## b. CONTEÚDO ESSENCIAL E RESTRIÇÕES

Superada a contextualização dos direitos fundamentais, necessária a definição do seu conteúdo essencial. Para tanto, parte-se da já exposta teoria dos princípios de Alexy<sup>81</sup>, a qual relata que as normas são regras ou princípios, sendo que os últimos são mandamentos de otimização válidos *prima facie* de forma ampla, apenas se tornando definitivos na medida em que razões fáticas e/ou jurídicas os limitem, sobretudo pela colisão com outros princípios. Dessa forma, o âmbito de proteção dos direitos fundamentais é bastante alargado, sendo maximizado pelo seu caráter principiológico, contudo, “[...] tais direitos não têm um conteúdo essencial definido ‘a priori’ e de caráter absoluto” (SILVA, V., 2006, p. 25), “[...] isso, porque, no caso dos princípios, há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) ‘prima facie’ e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente (idem, p. 27).

Em conjunto com a teoria dos princípios, ALEXY (2015, p. 277) pondera entre duas teorias acerca da restrição dos direitos fundamentais. Pela teoria interna, o direito fundamental e sua restrição seriam uma coisa só, “[...] o direito com um determinado conteúdo”, sendo as restrições interpretadas como limites imanentes ao próprio direito e, deste modo, “[...] o processo de definição dos limites de cada direito é algo interno a ele” (SILVA, V., 2006, p. 37), existindo “[...] apenas um objeto, o direito com seus limites imanentes” (idem). Já pela teoria externa, “[...] há, em primeiro lugar, o ‘direito em si’, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o ‘direito restringido’” (ALEXY, 2015, p. 277) e, deste modo, “[...] as restrições, qualquer que seja a sua natureza, não têm nenhuma influência ‘no conteúdo’ do direito, podendo apenas, no caso concreto, restringir o seu ‘exercício’” (SILVA, V., 2006, p. 39). Nota-se, por fim, a compatibilidade da teoria externa das restrições aos direitos fundamentais com a teoria dos princípios.

Saber se correta é a teoria externa ou a interna é algo que depende essencialmente da concepção de normas de direitos fundamentais como regras ou como princípios, ou seja, da concepção das posições de direitos fundamentais como posições definitivas ou *prima facie*. Se se parte de posições definitivas, então, a teoria externa pode ser refutada; se se parte de posições *prima facie*, então, é a teoria interna que o pode ser.

[...]

---

<sup>81</sup> Vide páginas 77-78.

Se se parte do modelo de princípios, o que é restringido não é simplesmente um bem protegido pela norma de direito fundamental, mas um direito *prima facie* garantido por essa norma. No modelo de princípios, portanto, é correto falar em restrição a direitos fundamentais (ALEXY, 2015, p. 278 e 280).

Também relevante é a análise do suporte fático dos direitos fundamentais. Para Virgílio Afonso da SILVA (2006, p. 30-31), é com o evento do suporte fático que a norma jurídica incide na realidade, podendo ser afirmado que o suporte fático consiste na presença de três fatores: a) o âmbito de proteção – ou o que é protegido pela norma; b) a intervenção estatal, comumente – ou contra o que se protege; e c) a ausência de fundamentação constitucional restritiva. A ocorrência destes três fatores redundando na consequência jurídica, qual seja e via de regra, a cessação da intervenção estatal. Por outro lado, existindo fundamentação constitucional restritiva, presente uma restrição constitucional do direito fundamental, restando indevida a consequência jurídica apontada.

A esse suporte fático<sup>82</sup> é contraposta a chamada fundamentação constitucional.

[...]

Se houver fundamentação constitucional para a intervenção, estar-se-á diante não de uma violação, mas de uma restrição constitucional ao direito fundamental, o que impede a ativação da consequência jurídica (declaração de inconstitucionalidade e retorno ao *status quo ante*) (SILVA, V., 2006, p. 30-31).

Observa-se, destarte, que o suporte fático dos direitos fundamentais é amplo, pois se baseia na teoria dos princípios e na teoria externa das restrições aos direitos fundamentais.

[...] no primeiro caso, a definição do suporte restrito é, em geral, a própria definição daquilo que é *definitivamente* protegido; no segundo caso – suporte amplo – definir o que é protegido é apenas um primeiro passo, já que condutas ou situações abarcadas pelo âmbito de proteção de um direito fundamental ainda dependerão eventualmente de um sopesamento em situações concretas antes de se decidir pela proteção definitiva ou não. [...] uma das principais características da teoria aqui defendida é a distinção entre aquilo que é protegido *prima facie* e aquilo que é protegido definitivamente (SILVA, V., 2006, p. 34).

Conclui-se, assim, que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é relativo e pode ser restringido por uma fundamentação constitucional (baseada na

---

<sup>82</sup> O autor aponta que Alexy compreende o suporte fático apenas pela soma dos itens “a” e “b”.

máxima da proporcionalidade), de fora para dentro dos direitos fundamentais *prima facie*, a depender da ocorrência de situações fáticas e/ou jurídicas baseadas em princípios de razões colidentes. “*Isso significa, sobretudo, que o conteúdo essencial de um direito não é sempre o mesmo e poderá variar de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada caso*” (SILVA, V., 2006, p. 42) e que “[...] *restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos fundamentais*” (idem, p. 43).

Nota-se, por consequência, que pela tese de Alexy (especificamente propalada no Brasil por Virgílio Afonso da Silva), todos os direitos fundamentais são restringíveis, inclusive em mesma medida, o que descredencia a tese da tripartição da eficácia das normas constitucionais em plena, contida ou limitada, estas mais adequadas a teoria interna da restrição a direito fundamental, a qual aponta limites imanentes à norma.

[...] *se tudo é restringível*, perde sentido qualquer distinção que dependa da aceitação ou rejeição de restrições a direitos – logo, não se pode distinguir entre normas de eficácia plena e normas de eficácia contida ou restringível; além disso, *se tudo é regulamentável* e, mais do que isso, *depende de regulamentação para produzir todos os seus efeitos*, perde sentido qualquer distinção que dependa da aceitação ou rejeição de regulamentações a direitos – logo, não se pode distinguir entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada (SILVA, V., 2006, p. 47).

Assim, ao se partir da aceitação da ideia de limites imanentes, a diferenciação entre normas de eficácia contida (plena, mas restringível) pode continuar a valer, porque eventual atividade legislativa que ‘impuser’ limites a uma norma de eficácia plena não-restringível estaria apenas declarando limites imanentes, enquanto que a atividade legislativa que imponha restrições a normas restringíveis estaria *construindo* tais restrições. Nessa perspectiva a classificação continua intacta (SILVA, V.<sup>83</sup>).

Pode-se afirmar, por fim, que todas as normas de direitos fundamentais são de eficácia limitada, haja vista que “[...] *toda norma que garante um direito fundamental tem alguma limitação na sua eficácia*” (SILVA, V., 2006, p. 50). Tal assertiva, entretanto, não deduz a supremacia judicial ilimitada da interpretação principiológica, mas sim incentiva o diálogo institucional constitucional entre os poderes, não se constituindo a decisão judicial como a palavra final do assunto, mas como parte de um diálogo incessante componente do jogo democrático, onde o único valor intransponível é a ordem-moldura constitucional.

---

<sup>83</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005, p. 297-298 *apud* SILVA, J., 2012, p. 278.

### c. DIREITOS SUBJETIVOS, RELAÇÃO JURÍDICA E CLASSIFICAÇÃO

Conceitua-se o interesse como uma posição da pessoa “[...] favorável à satisfação de uma necessidade” (CARNELUTTI<sup>84</sup>), decorrendo, desse conceito, que o sujeito do interesse é a pessoa e o objeto um bem da vida. Sob um ângulo jurídico, o interesse é aquele que decorre do amparo de norma jurídica, visando a concessão de bens jurídicos em sentido amplo. Como formas de proteção jurídica do interesse humano, temos os interesses simples; as expectativas de direito; os interesses legítimos; e os direitos subjetivos. O interesse simples é mero interesse de fato, o qual não confere qualquer proteção a interesses individuais, limitando-se a norma jurídica, assim, à proteção de interesses exclusivamente públicos. A expectativa de direito é uma situação jurídica na iminência da concretização de direito subjetivo, com efeitos jurídicos limitados, diferenciando-se do direito expectado como sendo aquele que já completou todos os requisitos para a obtenção do direito, mas, por discricionariedade, ainda não foi exercido. Já o Interesse legítimo tutela o interesse público, podendo, contudo, estabelecer uma proteção indireta, reflexa ao interesse público, genérica e limitada aos interesses individuais quando estes eventualmente se distingam em alguém, por intermédio da tutela do primeiro. Por fim, os direitos subjetivos atribuem uma tutela direta, intensa, específica, própria do seu titular de forma exclusiva ou precípua e relacionada a interesses jurídicos mais relevantes, enfim, “[...] direito subjetivo é o poder jurídico que o direito objetivo concede ao sujeito para garantir a satisfação de um interesse” (MOREIRA NETO, 2014, p. 326).

Se esses interesses protegidos são daqueles que a ordem jurídica considera um valor fundante ou importante do Direito, recebem eles proteção direta, plena e específica, constituindo-se na figura dos *direitos subjetivos*. Se essa proteção for indireta, limitada e genérica, o interesse protegido revelará outras situações jurídicas subjetivas, como o interesse simples, o interesse legítimo, a expectativa de direito [...] (SILVA, J., 2012, p. 167).

Consagrados em nossa Carta Maior, os direitos fundamentais são, preponderantemente, direitos subjetivos (sem excluir outros conceitos e efeitos, como sua perspectiva objetiva, esta mais propensa aos interesses legítimos e ao direito

---

<sup>84</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*. Pádua, CEDAM-Casa Editrice Dott: Antônio Milani, 1936, p. 7 *apud* SILVA, J., 2012, p. 165.

objetivo), motivo pelo qual cumpre esclarecer como se compõe a relação jurídico-subjetiva dos mesmos.

De modo geral, quando nos referimos aos direitos fundamentais como direitos subjetivos, temos em mente a noção de que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado). Desde logo, transparece a ideia de que o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental se manifesta por meio de uma relação trilateral, formada entre o titular, o objeto e o destinatário do direito (SARLET, 2012, p. 131).

Entretanto, salienta-se que a noção de direito subjetivo não está presente a toda norma que deduz um direito fundamental, bem como não induz à exigibilidade plena, ampla e ilimitada deste. O reconhecimento do grau de exigibilidade da norma de direito fundamental “[...] é de intensidade variável e dependente da normatividade de cada direito fundamental” (SARLET, 2012, p. 132), ao que a doutrina designa densidade normativa.

Assim, esmiuçando os componentes da relação jurídica trilateral de direitos fundamentais, aponta-se como titular dos direitos fundamentais sempre o ser humano, mesmo que representado por entes de caráter coletivo<sup>85</sup>. É a pessoa humana o sujeito ativo da relação jurídico-subjetiva discutida, salientando-se que esta titularidade não segue a capacidade jurídica ditada pelo direito civil ordinário, “[...] sendo a titularidade, para alguns efeitos, seguramente mais ampla que a capacidade jurídica [...]” (SARLET, 2012, p. 188) civil. No mais, há aspectos que podem afetar a determinação da titularidade dos direitos fundamentais de forma diversa das regras civis (tal como a idade).

[...] por exemplo, poderia um menor invocar o direito fundamental de liberdade de crença para eximir-se de obrigações religiosas impostas pelos seus pais? Ou, em que medida pode invocar o mesmo direito para adotar crença diversa da dos seus pais?

[...]

Assim, resulta correto afirmar que a determinação da titularidade (independentemente da distinção entre titularidade e capacidade jurídica) de direitos fundamentais não pode ocorrer de modo prévio para os direitos fundamentais em geral, mas reclama identificação individualizada, à luz de cada norma de direito fundamental e das circunstâncias do caso concreto e de quem figura nos pólos da relação jurídica (SARLET, 2012, p. 188-189).

---

<sup>85</sup> Tal afirmação não sugere a exclusão das dimensões transindividual, coletiva ou institucional dos direitos fundamentais, também atribuindo a titularidade destes a pessoas jurídicas e a entes sem personalidade jurídica.



Há de se levar em conta, para fins de determinação da titularidade dos direitos fundamentais, os princípios da universalidade e da igualdade. Pelo primeiro, “[...] *todas as pessoas, pelo fato de serem pessoas são titulares de direitos e deveres fundamentais [...]*” (SARLET, 2012, p. 189). Já o segundo, limitando o primeiro, possibilita a criação de distinções, na medida em que estas se mostrem compatíveis com a igualdade material ou proporcional, com a dignidade da pessoa humana e com a proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

No tocante a alegada titularidade coletiva dos direitos fundamentais, há ressalvas a serem feitas. Como já afirmado, a titularidade dos direitos fundamentais cabe à pessoa humana e, não obstante, mesmo os direitos sociais ou direitos coletivos em sentido amplo (ainda que judicializados em via própria da tutela judicial coletiva), para fins de apuração da titularidade de direitos fundamentais, podem ser considerados “[...] *direitos individuais de expressão coletiva (no sentido de uma interação entre a dimensão individual e a do grupo no qual se integra o indivíduo) [...]*” (SARLET, 2012, p. 193). Logo, “[...] *a titularidade individual não resta afastada pelo fato do exercício do direito ocorrer na esfera coletiva [...]*” (idem).

O que há de ser devidamente enfatizado, é a circunstância de que direitos humanos e fundamentais, sejam eles civis e políticos, sejam eles sociais, econômicos e culturais (assim como ambientais, em certo sentido), são sempre direitos referidos, em primeira linha, à pessoa individualmente considerada, e é a pessoa (cuja dignidade é pessoal, individual, embora socialmente vinculada e responsiva) o seu titular por excelência (SARLET, 2012, 194).

Frisa-se que:

[...] a finalidade precípua dos direitos fundamentais (mesmo os de cunho coletivo) reside na proteção do indivíduo, e não da coletividade, ao passo que a perspectiva objetiva consiste, em primeira linha, numa espécie de reforço da proteção jurídica dos direitos subjetivos (SARLET, 2012, p. 132).

Outro elemento da relação jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais é o destinatário, sendo este a pessoa a quem o titular do direito fundamental pode exigir a efetivação do mesmo.

Em que pese a existência, no Brasil, de considerável doutrina utilizando o termo destinatário (no sentido de destinatário da proteção ou tutela do direito) como sinônima de *titular de direitos fundamentais*, é preciso enfatizar que a terminologia mais adequada e que, em termos gerais, corresponde à tendência dominante no cenário jurídico contemporâneo, é a de titular de direitos fundamentais. Titular do direito, notadamente na perspectiva da

dimensão subjetiva dos direitos e garantias fundamentais, é quem figura como sujeito ativo da relação jurídico-subjetiva, ao passo que destinatário é a pessoa (física, jurídica ou mesmo ente despersonalizado) em face da qual o titular pode exigir o respeito, proteção ou promoção do seu direito (SARLET, 2012, 188).

Via de regra, o destinatário do direito fundamental é o Estado (eficácia vertical dos direitos fundamentais), possuindo o Poder Público (em todas as suas esferas e divisões estruturais) os deveres de defender, proteger, estimular a participação, prestar e efetivar todas as obrigações decorrentes da relação jurídica em debate. Nada obstante, não há impedimento para pessoas físicas, jurídicas ou entes despersonalizados comporem diretamente a relação jurídica em estudo, principalmente à vista da ampla aceitação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, impondo, ao menos indiretamente (e de forma mediata), a eficácia das ditas normas nas relações jurídicas privadas.

Para além de vincularem todos os poderes públicos, os direitos fundamentais exercem sua eficácia vinculante também na esfera jurídico-privada, isto é, no âmbito das relações jurídicas entre particulares. Esta temática, por sua vez, tem sido versada principalmente sob os títulos eficácia privada, eficácia externa (ou eficácia em relação a terceiros) ou horizontal dos direitos fundamentais [...] (SARLET, 2012, 322).

Por fim, vasto pode ser o objeto da relação jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais. Longe de esgotar o assunto, porém de forma coesa e coerente, Ingo SARLET (2012, p. 141-142) compreende que o objeto em questão pode ser classificado em *direitos de defesa* e *direitos a prestações* (subdividindo os últimos em: *direitos de proteção*; *direitos de participação na organização e no procedimento*; e *direitos a prestações materiais sociais*), sendo que ambos ainda são desmembrados em *direitos derivados* ou *originários* da Constituição, os quais também englobam as *garantias fundamentais decorrentes* ou até a própria *garantia fundamental isoladamente*. Importante observar que a classificação proposta não vai de encontro a teoria dimensional histórica, haja vista a existência de direitos negativos e direitos positivos (ambos de defesa, prestacionais, protetivos ou participativos) em todas as dimensões de direitos fundamentais, prevalecendo, de tal modo, a função preponderante apenas para fins didáticos.

Por outro lado, há que levar em conta a circunstância de que várias das normas definidoras de direitos fundamentais exercem simultaneamente duas ou mais funções, sendo, neste sentido, inevitável alguma superposição.

Neste contexto, cumpre referir que a própria distinção entre as diversas funções dos direitos fundamentais nem sempre é clara e perfeitamente delimitada. É de destacar-se, ainda, que a inclusão dos direitos fundamentais em um ou outro grupo se baseia no critério da predominância do elemento defensivo ou prestacional, já que os direitos de defesa podem, por vezes, assumir uma dimensão prestacional, e vice-versa.

[...]

Neste sentido, é possível afirmar que assim como os direitos negativos possuem uma repercussão prestacional, também os direitos a prestações possuem uma dimensão negativa [...] (SARLET, 2012, 141 e 146).

Na visão do renomado autor (2012, p. 142), os direitos de defesa têm por objeto:

[...] a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e outorgando-lhe um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal.

Os direitos a prestações, por sua vez:

[...] não se restringem aos direitos a prestações materiais (direitos sociais prestacionais), englobando também a categoria dos direitos de proteção, no sentido de direitos a medidas ativas de proteção de posições jurídicas fundamentais dos indivíduos por parte do Estado, bem como os direitos à participação na organização e no procedimento. Assim, distingue-se entre os direitos a prestações em sentido amplo (direitos de proteção e participação na organização e procedimento), que, de certa forma, podem ser reportados primordialmente ao Estado de Direito na condição de garante da liberdade e igualdade do *status negativus*, e os direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações materiais sociais), vinculados prioritariamente às funções do Estado social [...] (SARLET, 2012, p. 155).

Relevante para a análise da classificação dos direitos a prestações proposta é a distinção entre *direitos derivados a prestações* e *direitos originários a prestações*, tendo como parâmetro a Constituição.

[...] os direitos derivados a prestações podem ser considerados, neste sentido, como direitos dos cidadãos a participação igual nas prestações estaduais na medida das capacidades existentes [...] podem ser definidos como posições jurídico-subjetivas deduzidas não diretamente das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais a prestações, mas, sim, da concretização destas pelo legislador ordinário.

No que concerne aos assim denominados direitos originários a prestações, estes podem ser definidos como os direitos dos cidadãos ao fornecimento de prestações estatais, independentemente da existência de um sistema prévio de oferta destes bens e/ou serviços por parte do Estado, em outras palavras, de direitos que podem ser deduzidos diretamente das normas constitucionais que os consagram (SARLET, 2012, p. 156).

Finalmente, quanto às garantias fundamentais, importante ressaltar que estas não se confundem com as demais garantias da Constituição, haja vista que às primeiras são atribuídas a nota da fundamentalidade, em igualdade com os direitos fundamentais, “[...] *gozando, portanto, da mesma dignidade em nossa ordem constitucional [...]*” (SARLET, 2012, p. 152).

O que é importante consignar é que estas garantias fundamentais são, na verdade, autênticos direitos subjetivos, já que umbilicalmente ligadas aos direitos fundamentais, bem como por assegurarem ao indivíduo a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito e a efetivação destes (SARLET, 2012, p. 150).

No mais, as garantias fundamentais podem decorrer de direitos fundamentais, com “[...] *função instrumental (assecuratória e protetiva) [...]*” (idem, p. 150), bem como “[...] *podem ser consideradas autêntico direito subjetivo*” (idem) substancial.

#### d. PERSPECTIVA OBJETIVA

Os direitos fundamentais podem ser aplicáveis tanto em uma perspectiva subjetiva, como exposto alhures, quanto por uma perspectiva objetiva. Na primeira hipótese, geram direitos subjetivos individuais, já na segunda conjectura, contêm valores os quais lhes atribuem uma natureza jurídico-objetiva, com base direta na Constituição e com efeitos irradiantes a todo ordenamento jurídico. Contudo, é imperativo tem em mente que tal perspectiva objetiva não necessariamente é decorrente de um direito subjetivo que o preveja, sendo o oposto sensato, haja vista que “[...] *toda norma que contém um direito fundamental constitui sempre direito objetivo, independentemente da viabilidade de uma subjetivação*” (DREIER<sup>86</sup>).

Assim, podemos partir da premissa de que ao versarmos sobre uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não estamos considerando esta no sentido de um mero “reverso da medalha” da perspectiva subjetiva. A faceta objetiva dos direitos fundamentais, que ora é objeto de sumária análise, significa, isto sim, que às normas que preveem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende esta perspectiva subjetiva, e que, além disso, desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 125).

A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é propensa aos interesses legítimos, os quais possuem âmbito protetivo individual mais restrito do que a noção de direitos subjetivos. A estes, a norma confere tutela imediata, direta e completa a um interesse individual, já àqueles, a intensidade da proteção estatal individual é indireta, reflexa do interesse público, genérica e limitada. Na lição de Ricardo PERLINGEIRO (2015, *Princípios fundamentais...*, p. 326), “os direitos subjetivos têm como pressuposto natural a existência dos interesses legítimos; são considerados direitos subjetivos porque neles há individualização de um bem comum alcançado pela expressão ‘interesses legítimos’”. Assim, com base na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é possível asseverar que “[...] *às disposições do catálogo de direitos fundamentais são atribuídas normas às quais não corresponde diretamente nenhum direito subjetivo*” (ALEXY, 2015, p. 51).

---

<sup>86</sup> DREIER, Horst. *Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte*. In: *JURA* 1994, p. 509 *apud* SARLET, 2012, p. 171.

Para além de alicerce legitimatório dos direitos fundamentais subjetivos, a perspectiva objetiva ganha contornos marcantes, haja vista que também atribui função dirigente aos poderes públicos, instituindo parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos estatais.

[...] os interesses juridicamente protegidos se assentam em deveres genéricos impostos ao Estado, mas para os quais não foi reconhecida uma pretensão direta ao cidadão em face do Estado, motivo pelo qual sua exigência tradicionalmente se dará através de sanções de natureza política e não judicial. O interesse juridicamente protegido não representa a face objetiva de um direito subjetivo, uma vez que ambas as categorias se constituem em instrumentos distintos de tutela de bens jurídicos, com diversos graus de proteção outorgada pelo legislador/constituente (APPIO, 2012, p. 84).

No tocante a direitos fundamentais sociais, principalmente quanto aos direitos a prestações materiais sociais, pode-se afirmar que a perspectiva jurídico-objetiva impõe uma interpretação normativa mais voltada à universalização de direitos (ou ao menos a sua maximização), à concretização da igualdade material e a princípios de justiça distributiva, em clara orientação do alcance dos direitos subjetivos de cunho social, bem como de suas restrições constitucionais, sem, contudo, atentar contra o conteúdo essencial mínimo destes.

[...] em se tratando de direitos fundamentais sociais de cunho prestacional e proclamados como normas dependentes de concretização, a sua perspectiva jurídico-objetiva assume especial relevo em relação à esfera subjetiva, o que não afeta sua fundamentalidade como tal, mas lhes outorga um caráter normativo diferenciado (SARLET, 2012, p. 263).

É neste sentido que se justifica a afirmação de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também que, de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes, de tal sorte que não se poderá sustentar uma funcionalização da dimensão subjetiva (individual ou transindividual) em prol da dimensão objetiva (comunitária e, neste sentido, sempre coletiva), no âmbito de uma supremacia apriorística do interesse público sobre o particular (idem, p. 126).

## e. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E PRESTAÇÕES MATERIAIS

Importante debate ocorre quanto a definição da extensão dos direitos fundamentais de cunho social.

Para José Afonso da SILVA<sup>87</sup>:

Os Direitos Fundamentais Sociais não são direitos contra o Estado, mais sim direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais. São Direitos Fundamentais do homem-social dentro de um modelo de Estado que tende cada vez mais a ser social, dando prevalência aos interesses coletivos antes que aos individuais.

Todavia, é necessário ressaltar que nem todo direito fundamental social é um direito positivo-prestacional, o qual demanda uma prestação material estatal, já que os direitos fundamentais sociais também podem possuir uma dimensão negativa e/ou defensiva.

[...] o conceito de direitos fundamentais sociais no direito constitucional pátrio é um conceito amplo, incluindo tanto posições jurídicas tipicamente prestacionais (direito à saúde, educação, assistência social etc.), quanto uma gama diversa de direitos de defesa.

[...]

Da mesma forma, enquadram-se na noção de direitos sociais negativos (de cunho defensivo) os direitos subjetivos de caráter negativo (defensivo) que correspondem também à dimensão prestacional dos direitos fundamentais, inclusive dos direitos sociais a prestações. Neste sentido, é possível afirmar que assim como os direitos negativos possuem uma repercussão prestacional, também os direitos a prestações possuem uma dimensão negativa, representada, como já frisado, por poderes (direitos) subjetivos negativos [...] relativo à eficácia dos direitos a prestações, estes sempre geram (além de direitos de cunho positivo) direito subjetivo negativo de impugnação de atos que lhes sejam ofensivos [...].

[...]

[...] os direitos fundamentais em geral, mas também os assim designados direitos sociais possuem em princípio uma dupla dimensão negativa (defensiva) e positiva (prestacional), implicando, portanto, poderes (direitos) subjetivos correspondentes, de conteúdo negativo e positivo, o que não afasta [...] a possível e útil classificação (dadas as diferenças existentes entre a dimensão negativa e prestacional) dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações [...]. Que a distinção (possível e necessária, a depender do critério utilizado) entre direitos positivos e negativos não é, por sua vez, incompatível com a noção [...] da interdependência entre todos os direitos fundamentais e, além disso, não implica uma menos-valia jurídica dos direitos a prestações [...] (SARLET, 2012, p. 146 e 170).

---

<sup>87</sup> SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998 *apud* KRELL, 2002, p. 19.

No mais, também podemos citar as liberdades sociais como exemplos dos discorridos direitos, em seu aspecto negativo (direito fundamental de defesa).

As diretrizes fixadas, válidas para os direitos de defesa, alcançam igualmente boa parcela dos direitos fundamentais sociais consagrados em nossa Constituição. Neste sentido, já se constatou que as assim denominadas liberdades sociais equivalem, em virtude de sua função essencialmente defensiva e por sua estrutura normativa, aos clássicos direitos de liberdade e igualdade, reclamando uma abstenção por parte do destinatário e não dependendo, em regra, da alocação de recursos e de concretização legislativa (SARLET, 2012, p. 246).

José Afonso da SILVA (2012, p. 87-160), dentro da sua tese tripartida a respeito da aplicabilidade das normas constitucionais, afirma que estas podem receber da Constituição grau variado de normatividade, a qual pode tornar a aplicabilidade da mesma imediata, direta e integral (normas constitucionais de eficácia plena); ou imediata, direta e integral, porém com possibilidade de restrição legal (normas constitucionais de eficácia contida); ou mediata, indireta, reduzida e dependente de legislação integradora, contudo com aplicabilidade imediata ao menos quanto a análise da compatibilidade vertical e material da legislação, bem como são aptas a criar interesses simples, interesses legítimos e direitos subjetivos negativos (normas constitucionais de eficácia limitada, sejam de princípio institutivo, sejam de princípio programático). Dessa forma, ainda na visão do renomado autor (idem, p. 141) e considerando que os direitos fundamentais sociais se encontram, não raras vezes, na categoria de normas constitucionais de eficácia limitada, deve-se repelir “[...] a tese dos direitos econômicos, sociais e culturais como simples direitos legais [...]”, para compreender que:

[...] a força *dirigente e determinante* dos direitos a prestações (econômicos, sociais e culturais) inverte, desde logo, o objecto clássico de pretensão jurídica fundada num direito subjetivo: de uma *pretensão de omissão* dos Poderes Públicos (direito a exigir que o Estado se abstenção de interferir nos direitos, liberdades e garantias) transita-se para uma *proibição de omissão* (direito a exigir que o Estado intervenha activamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos) (CANOTILHO<sup>88</sup>).

Importa ressaltar que os direitos fundamentais sociais prestacionais, como já mencionado, podem se configurar como direitos de defesa, sejam na posição de

---

<sup>88</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador: contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra editora, 1983, p. 365 *apud* SILVA, J., 2012, p. 142.



direito subjetivo negativo, sejam na posição de liberdades sociais, o que, em decorrência (e dentro da classificação já exposta), dá a norma constitucional aplicabilidade plena ou contida. Entretanto, configurado um direito fundamental social prestacional como norma constitucional de eficácia limitada de princípio programático, três espécies de disposições constitucionais são possíveis na lição de José Afonso da SILVA (2012, p. 144-147): “i- *normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade; [...] ii- normas programáticas referidas aos Poderes Públicos; [...] iii- normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social em geral*”.

Pela primeira, a ausência de lei limita a configuração do direito subjetivo individual, porém não elimina o direito a políticas públicas eficazes, apoiadas em interesses legítimos dos cidadãos. No mais,

[...] quando a lei é criada, a norma deixa de ser programática, porque a lei lhe deu concreção prática - desde que, realmente, a lei o tenha feito, pois pode acontecer que a lei é igualmente tão abstrata que, no fundo, não muda nada. Mas não é a lei que cria as situações jurídicas subjetivas, pois estas encontram seu fundamento na própria norma constitucional que as estabelece (SILVA, J., 2012, p. 145).

Pela segunda, distribui-se competências entre os poderes da União, Estados e Municípios, sendo nestas “[...] *que está a relevância das normas programáticas, normas de sentido teleológico, porque apontam para fins futuros e servem de pauta de valores para movimentos que as queiram ver aplicadas e cumpridas*” (SILVA, J., 2012, p. 146). Quanto à terceira, tratam-se de normas que têm por objeto a disciplina dos interesses econômicos-sociais, nos quais se inclui a assistência social, caracterizando-se por “[...] *prestações positivas impostas às autoridades públicas pela Constituição (imposições constitucionais). [...] que, para tanto, a efetivação de muitos desses direitos depende do estabelecimento de instituições*” (idem, p. 148).

Ricardo TORRES (2009, p. 25), em tese relacionada ao mínimo existencial, compreende que este “[...] *é um subsistema da Teoria dos Direitos Fundamentais*”. Contudo, conceitua os direitos sociais fundamentais de forma mais restrita, limitando-os somente ao mínimo existencial social, sendo os demais direitos sociais apenas assim nomeados, sem a fundamentalidade inerente aos primeiros. “*Poder-se-ia falar, talvez, em direitos sociais fundamentais, em que a fundamentalidade seria dos direitos sociais, mas não em direitos fundamentais sociais. A jusfundamentalidade dos direitos sociais, a nosso ver, se restringe ao mínimo existencial [...]*” (idem, p. 9). Justifica tal

afirmação pela equiparação apenas do mínimo existencial social ao regime jurídico aplicável aos direitos de liberdade e pela impossibilidade de semelhante extensão aos demais direitos sociais (não fundamentais).

O mínimo existencial exhibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade *erga omnes*, aproximando-se do conceito e das consequências do estado de necessidade; não se esgota no elenco do art. 5º da Constituição nem em catálogo preexistente; é dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto social, é indefinível, aparecendo sob a forma de cláusulas gerais e de tipos indeterminados e universal, no sentido de que toca a todos os homens, independentemente de suas nacionalidades ou das classes sociais ou econômicas a que pertencem; é negativo, pois exhibe o *status negativus* que protege o cidadão contra a constrição do Estado ou de terceiros; cria também o *status positivus libertatis*, que gera a obrigação de entrega de prestações estatais individuais para a garantia da liberdade e das suas condições essenciais; postula garantias institucionais e processuais que provocam custos gerais para o Estado; é plenamente justiciável; independe de complementação legislativa, tendo eficácia imediata (TORRES, 2009, p. 39-40).

Assim sendo, entende o autor (2009, p. 9) que é o mínimo existencial que “[...] marca a *jusfundamentalidade dos direitos sociais*”. No mais, tentando delimitar os conceitos de direitos sociais fundamentais e demais direitos sociais, traça o autor um comparativo de ambos com a questão da pobreza. A pobreza absoluta significaria a miséria, a qual deve ser combatida pelo Estado, sem excludentes, já a pobreza relativa estaria conectada a “[...] *causas de produção econômica ou de produção de redistribuição de bens, que será minorada de acordo com as possibilidades sociais e orçamentárias*” (Idem, p 14). A eliminação da miséria, nesta intersecção, está contida no mínimo existencial social, sendo este o conteúdo dos direitos sociais fundamentais, cabendo ao Estado (até mesmo pela via jurisdicional), em consequência, a obrigatoriedade inafastável de prestação material individual, por se tratar de direito público subjetivo do cidadão, originário da Constituição e independente de lei regulamentadora. A concessão de médios e máximos existenciais (direitos sociais não fundamentais), por sua vez, carece da participação política, ou seja, da interposição legislativa que decorra do exercício da cidadania e da prática orçamentária, que atribua direito subjetivo e que trate de forma isonômica, distributiva e universal a repartição de verbas necessárias a entrega de prestações materiais sociais excedentes ao mínimo existencial.

Ingo Sarlet, como já revelado, entende como amplo o conceito de direitos fundamentais sociais, incluindo tanto os direitos de defesa, quanto os direitos a prestações, sem limitá-los ao mínimo existencial social. Para tanto, não afastando a fundamentalidade dos direitos sociais dependentes de interposição legislativa, teia sua tese com base na densidade normativa de cada norma constitucional.

Outros direitos fundamentais há, de modo especial – mas não exclusivamente – entre os direitos sociais, que, em virtude de sua função prestacional e da forma de sua positivação, se enquadram na categoria das normas dependentes de concretização legislativa, que – a exemplo do que já foi visto – podem ser também denominadas de normas dotadas de baixa densidade normativa. Ainda que estes direitos fundamentais sejam diretamente aplicáveis, não há, por certo, como sustentar que o sejam de forma idêntica aos direitos de defesa [...].

[...]

Muito embora amplamente reconhecida a relação entre o assim chamado mínimo existencial com os direitos fundamentais sociais, importa sublinhar que comungamos do ponto de vista de que *os direitos fundamentais sociais não se reduzem ao mínimo existencial (ou à dignidade humana)*, conquanto as dimensões que densificam o mínimo existencial certamente guardem (maior ou menor) relação com o núcleo essencial de grande parte dos direitos sociais, ainda mais se consideradas as peculiaridades e a extensão com que foram positivados pela Constituição de 1988 (SARLET, 2012, p 240-241 e 281).

Sem embargo, a tese da densidade normativa variável das normas constitucionais que disciplinam direitos fundamentais não destoa por completo da classificação das normas constitucionais quanto a sua aplicabilidade de José Afonso da SILVA (2012, p. 168), pois, nos termos do autor “[...] *a tutela é tanto mais intensa quanto mais completa for a eficácia da norma constitucional [...]*”. De outra mão, também não se afasta da teoria dos princípios de Alexy, com completa concordância com a teoria externa das restrições a direitos fundamentais, a qual fixa o conteúdo essencial relativo destes. Em passo equivalente, inclusive, acompanha a tese de Ricardo Torres, ao concordar que nem todo direito social tem conteúdo idêntico ao mínimo existencial (divergindo apenas quanto a fundamentalidade não extensível a todos os direitos sociais).

Em síntese, embora o mínimo existencial esteja em contato com os diversos direitos sociais individualmente considerados e existam zonas de convergência quanto aos respectivos conteúdos (âmbitos de proteção), não se pode afirmar que o mínimo existencial equivale (isto é, se confunde com) ao conteúdo essencial dos direitos sociais [...].

[...]

Além disso, a noção de um mínimo existencial pode servir (e tem servido) de parâmetro para definir o alcance do objeto dos direitos sociais, inclusive para

a determinação de seu conteúdo exigível, fornecendo, portanto, critérios materiais importantes para o intérprete e para o processo de concretização dos direitos sociais [...].

[...]

O mínimo existencial, como já sublinhado, guarda relação com outros direitos sociais, ainda que não necessariamente com todos e não da mesma forma (SARLET, 2012, p. 281 e 283).

Por conseguinte, justifica-se o critério de avaliação da densidade normativa dos direitos fundamentais para fixação do grau de sua aplicabilidade, definindo-se interesses legítimos ou direitos subjetivos e possibilitando restrição dos mesmos.

[...] a restringibilidade das normas constitucionais, notadamente das normas de direitos fundamentais, não é apenas das normas designadas como de eficácia contida ou mesmo limitada, o que, de resto, é dado mais do que difundido pela dogmática dos direitos fundamentais e de todos amplamente conhecido. Da mesma forma, sempre destacamos que a aplicabilidade direta (pelo menos para alguns efeitos) é qualidade comum a todas as normas constitucionais (SARLET, 2012, p. 227).

Conclui-se (quanto à indicação de fundamentalidade aos direitos fundamentais de cunho social que demandem prestações materiais, bem como quanto à ponderação da justiciabilidade destas), que o critério de densidade normativa variável mostra-se mais útil dentre os discorridos (inclusive justificado com apoio nas teorias dos princípios; externa; do suporte fático amplo; e relativa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, todas de Alexy<sup>89</sup>), pois, ao permitir ao intérprete adentrar na análise do grau de fundamentalidade das normas, bem como na medida de sua eficácia-aplicabilidade, possibilita ao magistrado exercer um melhor papel na efetivação dos direitos fundamentais em debate, por vezes operando ativamente nas funções outrora exclusivas dos demais poderes, por vezes autocontendo sua atuação e reconhecendo o espaço legítimo da política e da melhor adequação funcional dos poderes políticos constituídos.

Tendo em vista que a todas as sistematizações propostas subjaz a ideia de que uma norma é capaz de gerar os seus efeitos essenciais em tendo, por si mesma, normatividade suficiente para tanto, não há como desconsiderar a íntima vinculação da noção de densidade normativa com a da eficácia (e aplicabilidade) da norma [...]. Em face do exposto, pode falar-se em normas constitucionais de alta densidade normativa, que, dotadas de suficiente normatividade, se encontram aptas a, diretamente e sem a intervenção do legislador ordinário, gerar os seus efeitos essenciais (independentemente de uma ulterior restringibilidade), bem como em normas constitucionais de baixa

---

<sup>89</sup> Vide páginas 77-78 e 89-91.

densidade normativa, que não possuem normatividade suficiente para – de forma direta e sem uma *interpositio legislatoris* – gerar seus efeitos principais, ressaltando-se que, em virtude de uma normatividade mínima (presente em todas as normas constitucionais), sempre apresentam certo grau de eficácia jurídica.

[...]

Ressalte-se que, para J. J. Gomes Canotilho [...] a densidade da norma constitucional diz com a sua proximidade da norma relativamente aos seus efeitos e condições de aplicação, salientado, ainda, que, quanto mais densa a norma, menor a liberdade de conformação do legislador, ressaltando, todavia, que mesmo uma norma mais densa que outra pode reclamar uma interposição do legislador. Em virtude de constituir a densidade uma grandeza variável, rechaça o mestre de Coimbra a existência de normas constitucionais exequíveis por si mesmas e normas não exequíveis por si mesmas (SARLET, 2012, p. 226 e 231).

O reconhecimento de direitos subjetivos sociais prestacionais *originários* da Constituição (que extrapolem a genérica proteção conferida aos interesses legítimos), em consequência, independerá da ocorrência de omissão inconstitucional, seja por completa desídia legislativa, seja pela sua insuficiência, haja vista que os mencionados direitos já existem por disposição constitucional direta e de alta densidade normativa. Tais situações omissivas, por sua vez, podem ser fundamento para o reconhecimento de direitos subjetivos sociais prestacionais *derivados* da Constituição, estes, porém, ainda dependentes da participação político-legislativa e, portanto, de baixa densidade normativa; ou, em hipótese mais comum, como fundamento para o reconhecimento de direitos subjetivos sociais prestacionais *originários* da Constituição, inicialmente fundados em interesses legítimos, mas que ao longo do tempo não foram agraciados pelo poder-dever de legislar.

Assim, eventual decisão dos tribunais no sentido da não aplicação de um ato, especialmente de natureza normativa, que afronte os direitos fundamentais prestacionais deve, necessariamente, levar em conta a maior liberdade de conformação do legislador nesta seara, de tal sorte que a não aplicação da lei ou a declaração de sua inconstitucionalidade não parece justificada para além daquele grau mínimo de concretização (determinação ou determinabilidade do conteúdo) inerente à norma constitucional erigida como parâmetro do controle. Por outro lado, averbe-se a função dos tribunais no exercício do controle da inconstitucionalidade por omissão, que, por sua vez, se encontra em estreita relação com o grau de vinculação do próprio legislador aos direitos a prestações. Neste sentido, pode afirmar-se – consoante já referido alhures – que a sindicabilidade judicial da inconstitucionalidade por omissão é proporcional em relação ao grau de densidade normativa da norma impositiva ou programática e, portanto, ao grau de dependência que esta gera para o legislador (SARLET, 2012, p. 321).

[...] verifica-se que tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileira tem enfatizado a relevância da assim designada proibição de proteção insuficiente

(ou deficiente) como critério a balizar a intervenção judicial no plano da efetividade dos direitos sociais, seja no que diz com o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações (ou mesmo sua negação, a depender das circunstâncias), quanto no que concerne ao controle de políticas públicas, sejam elas veiculadas por atos legislativos, sejam elas promovidas pela administração pública (SARLET, 2012, p. 310).

Não menos importante, os direitos fundamentais sociais sofrem grande influência do princípio da proibição de retrocesso social, corolário do princípio da segurança jurídica atinente a qualquer Estado que se intitule *de Direito*. Constitui nítido aspecto da dimensão negativa (e também como direito de defesa) dos direitos fundamentais sociais, ao prever (de maneira não absoluta, em razão de seu caráter principiológico) a vedação contra ajustes de cunho retrocessivo, que tenham por objeto a eliminação ou a redução dos mesmos, configurando mais um limite dos limites às restrições aos direitos fundamentais.

É princípio implícito da Constituição e sua negativa:

[...] significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte [...] (SARLET, 2012, p. 405).

Por derradeiro, a interpretação ora debatida está em perfeito acordo com o preceito contido no artigo 5º, §1º, de nossa Constituição (ao prever que “as *normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”), haja vista que este visa “[...] *imprimir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais*” (SARLET, 2012, p. 9), não cedendo a exegeses axiologicamente utópicas ou descompromissas com o exercício legítimo de cada poder constituído. A norma em discussão é principiológica (e não uma regra), não sendo cabível a interpretação pela lógica do tudo ou nada, mas sim a ponderação do alcance dos direitos fundamentais, visando à máxima construção de direitos subjetivos, pois “[...] *não esqueçamos que o postulado da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais não elucida de que forma se dá esta aplicabilidade e quais os diversos efeitos jurídicos que lhes são inerentes*” (SARLET, 2012, p. 245). Tal norma, portanto, pode ser entendida como um limite às restrições dos direitos fundamentais e como um acréscimo valorativo às

normas que dispõem sobre direitos fundamentais, sem, contudo, tornar autoaplicável o que a Constituição não determinou ser autoaplicável.

[...] Neste sentido, assume papel relevante a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF de 1988, de acordo com a qual todos os direitos e garantias fundamentais foram elevados à condição de normas jurídicas diretamente aplicáveis e, portanto, capazes de gerar efeitos jurídicos. Apesar de inexistir norma constitucional destituída de eficácia jurídica, o fato é que o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais diferencia – no sentido de uma juridicidade reforçada – esta categoria específica das normas constitucionais, outorgando-lhes, de tal sorte, uma qualidade comum e distintiva [...].

[...]

Com base no exposto, e partindo da premissa de que não há como tomar a sério os direitos fundamentais se não se levar a sério o disposto no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição, constata-se, desde logo, a necessidade de não subestimarmos (nem superestimarmos) o significado e alcance desta norma. Que este preceito se aplica tão somente aos direitos fundamentais (sem exceção), e não a todas as normas constitucionais, como aparentemente quer fazer crer parte da nossa doutrina, constitui, por si só, conclusão que assume uma relevância não meramente secundária. Em hipótese alguma o significado do art. 5º, § 1º, da CF poderá ser reduzido ao que se atribui ao princípio da constitucionalidade, sob pena de equiparação entre os direitos fundamentais e as demais normas constitucionais. Neste contexto, sustentou-se acertadamente que a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais.

[...]

A aplicabilidade imediata de uma norma de direito fundamental não implica que, na perspectiva subjetiva, cada direito fundamental, ainda mais quando se cuida de direitos a prestações, se transforme em um direito a qualquer coisa ou um direito absoluto, no sentido de não submetido a limites e restrições [...].

[...]

É por este motivo – como oportunamente ressaltou Canotilho – que a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF não pode, na esfera dos direitos sociais prestacionais, assumir uma dimensão de tudo ou nada, constituindo, na verdade (como já visto), postulado objetivando a maximização da eficácia dos direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 58, 241, 243 e 304).

## 4.3 TEMAS DETERMINANTES DO ALCANCE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

### a. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Sendo o conceito de dignidade da pessoa humana aberto, nossa Constituição não foi capaz de delimitá-lo, limitando-se a indicar a mesma como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito<sup>90</sup>. Semelhante situação é verificada por ALEXY (2015, p. 26-27), tendo por parâmetro a Constituição alemã:

O catálogo de direitos fundamentais regula de forma extremamente aberta questões em grande parte muito controversas acerca da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. Isso pode ser percebido com grande clareza nos conceitos dos direitos fundamentais à dignidade [...].

[...]

O significado atual dos direitos fundamentais é devido sobretudo à jurisprudência desse tribunal. A ciência dos direitos fundamentais [...] tornou-se, em considerável medida, uma ciência da jurisprudência constitucional.

Tal dificuldade decorre da natureza pré-jurídica da dignidade, pendente ao campo da ética e com natureza de um valor. Nesta qualidade, via de regra, apresenta-se no mundo jurídico como um princípio, um mandamento de otimização, possuindo seus comandos um caráter *prima facie*, aplicáveis na maior medida possível, os quais razões colidentes definem seu mandamento definitivo, sem, por consequência, manifestar-se de forma absoluta.

[...] A dignidade humana [...] desperta a impressão de um caráter absoluto. A razão para essa impressão não reside, contudo, no estabelecimento de um princípio absoluto por parte dessa disposição, mas no fato de a norma da dignidade humana ser tratada em parte como regra e em parte como princípio, e também no fato de existir, para o caso da dignidade, um amplo grupo de condições de precedência que conferem altíssimo grau de certeza de que, sob essas condições, o princípio da dignidade humana prevalecerá contra os princípios colidentes.

[...]

Por isso, é possível dizer que a norma da dignidade humana não é um princípio absoluto [...] (ALEXY, 2015, p. 111-112 e 114).

<sup>90</sup> BRASIL. Constituição da República de 1988, artigo §1º, *caput* e inciso III.



A dignidade da pessoa, como regra jurídica, em geral e como todas as regras (caso válidas e sem exceções), possui determinação ou razão definitiva, aplicável pela lógica do tudo ou nada. Assim, “[...] sua natureza de regra pode ser percebida por meio da constatação de que não se questiona se ela prevalece sobre outras normas, mas tão-somente se ela foi violada ou não” (ALEXY, 2015, p. 112).

Por isso, é necessário que se pressuponha a existência de duas normas de dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana. A relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade humana. Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência (ALEXY, 2015, p. 113).

Acerca da natureza pré-jurídica, Kant já definia a dignidade como um fim em si mesmo, conceituando-a como a qualidade daquilo que não tem preço<sup>91</sup>, pois “[...] aquilo porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é ‘dignidade’” (KANT, 1997, p. 77), defendendo que a possibilidade de autonomia caracteriza dignidade, sendo aquela “[...] o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional” (idem, p. 79).

[...] incensurável, isto sim, [...] é a permanência da concepção kantiana no sentido de que a dignidade da pessoa humana, esta (pessoa) considerada como fim, e não como meio, repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano.

[...]

[...] verifica-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido [...] primordialmente a matriz kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa).

[..]

Importa, contudo, ter presente a circunstância de que esta liberdade (autonomia) é considerada em abstrato, como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto (SARLET, 2012, p. 38-39 e 46-47).

A dignidade é atributo intrínseco e inerente do ser humano<sup>92</sup>, não atribuído originalmente pelo ordenamento jurídico e, portanto, algo irrenunciável, inalienável e

---

<sup>91</sup> Vide páginas 53-57.

<sup>92</sup> Mas não exclusivo, levando-se em consideração correntes que elevam o meio ambiente e as outras formas de vida a essencialmente serem dignos.

insuscetível de perda; entretanto, “[...] *um espaço, mínimo que seja, de autorreferência da própria dignidade deve ser respeitado*” (BITENCOURT NETO, 2010, p. 142). Não se pode graduá-la, sendo inexecutável a mensuração de dignidade existente em cada indivíduo, tratando-se de um conceito amplo, o qual não se esgota nos mínimos vital, pecuniário ou existencial, mas se estende à postulação de “[...] *condições que permitam a fruição dos direitos fundamentais, a fim de possibilitar o pleno desenvolvimento da personalidade*” (idem, p. 118). Sua conceituação também é vinculada ao tempo e ao espaço, bem como a fatores econômicos, sociais e culturais de quem a interpreta.

A dignidade da pessoa humana não compõe o conteúdo de todos os direitos fundamentais, com eles não mantendo relação de perfeita identidade, apesar da ampla relação de substancial fundamentalidade, contudo, Ingo SARLET (2012, p. 38) acertadamente a ergue a uma posição valiosa:

Os direitos da primeira, da segunda e da terceira dimensões (assim como os da quarta, se optarmos pelo seu reconhecimento), consoante lição já habitual na doutrina, gravitam em torno dos três postulados básicos da Revolução Francesa, quais sejam, a liberdade, a igualdade e a fraternidade, que, considerados individualmente, correspondem às diferentes dimensões. Todavia, tenho para mim que esta tríade queda incompleta em não se fazendo a devida referência ao mais fundamental dos direitos, isto é, à vida e ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, o qual [...] se encontra na base da mais variada gama de direitos, ainda que exista alguma controvérsia no que concerne ao grau de vinculação do conteúdo de todos os direitos fundamentais às exigências do princípio da dignidade da pessoa humana [...].

No mais, não cabe o exame da dignidade da pessoa de forma ideal ou abstrata, no sentido de dignidade humana ou da humanidade, pois:

[...] a dignidade da pessoa é da pessoa concreta, na sua vida real e cotidiana; não é de um ser ideal e abstrato. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irreduzível, insubstituível e irrepetível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege.

[...] não é exactamente o mesmo falar em dignidade da pessoa humana e em dignidade humana. Aquela expressão dirige-se ao homem concreto e individual; esta à humanidade, entendida ou como qualidade comum a todos os homens ou como conjunto que os engloba e ultrapassa (MIRANDA, J., 2000, p. 184).

De forma similar aos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa possui dimensões (ou perspectivas) jurídicas, uma objetiva e outra subjetiva (podendo se apresentar como um direito objetivo, bem como por uma pretensão subjetiva, ambas

vinculadas ou não aos direitos fundamentais); uma defensiva e outra prestacional; assim como uma negativa e outra positiva. Tem, inclusive, eficácias vertical e horizontal.

A dignidade da pessoa deve ser “[...] *compreendida em relação com as demais*” (MIRANDA, J., 2000, p. 188), pois “*a dignidade de cada pessoa pressupõe a de todos os outros*” (idem), rematando que os direitos e deveres que daí decorrem são finitos, recíprocos e concomitantemente negativos. Tais afirmações são ligadas a dimensão objetiva da dignidade da pessoa, sendo bem compreendida quando da ponderação dos direitos sociais e do exame da capacidade de efetuar justiça distributiva em uma sociedade, atribuindo a definição das escolhas trágicas ao legislador (desde que também respeitados o mínimo existencial, os direitos subjetivos e a máxima da proporcionalidade).

A dignidade humana inclui a reciprocidade do reconhecimento. A afirmação da dignidade humana não pode ser uma bandeira das pessoas que já são reconhecidas na sua dignidade, mas deve igualmente lembrar a estas que a dignidade só pode crescer simultaneamente em todas as pessoas e em todos os povos. Enquanto houver uma pessoa que não veja reconhecida a sua dignidade, ninguém pode considerar-se satisfeito com a dignidade adquirida (MIRANDA, J., 2000, p. 188).

[...] pelo fato de a dignidade da pessoa encontrar-se ligada à condição humana de cada indivíduo, não há como descartar uma necessária dimensão comunitária (ou social) desta mesma dignidade de cada pessoa e de todas as pessoas, justamente por serem todos iguais em dignidade e direitos (na iluminada forma da Declaração Universal de 1948) e pela circunstância de nesta condição conviverem em determinada comunidade ou grupo (SARLET, 2011, p. 53).

Por fim, apesar de sua densidade normativa variável, cabe à dignidade a maior proximidade possível com o caráter absoluto, competindo aos poderes públicos a sua concretização na medida máxima de sua capacidade funcional.

Sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto, máxima e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados (BONAVIDES (2001, p. 233).

Para tanto, concorre à magistratura um firme papel na efetivação social da presente norma, seja em respeito aos direitos subjetivos, seja no desempenho contramajoritário inerentes as suas funções garantidoras do Estado social.

## b. MÍNIMO EXISTENCIAL

Consiste o mínimo existencial no conteúdo essencial de grande parte dos direitos fundamentais e, apesar de carregado de valores e princípios, não é o mínimo existencial nenhum deles, possuindo a natureza jurídica de norma-regra.

O mínimo existencial não é um *valor*, por não possuir a generalidade e a abstração de ideias como as de liberdade, justiça e igualdade [...].

[...] não é *princípio jurídico*, por não exibir as principais características dos princípios, que são as de ser objeto de *ponderação* e de valor *prima facie*. De feito, o mínimo existencial não pode ser ponderado e vale definitivamente por que constitui o *conteúdo essencial dos direitos fundamentais*, que é *irredutível* por definição e *insuscetível de sopesamento*.

[...] é *regra*, porque se aplica por subsunção, constitui direitos individuais definitivos e não se sujeita à ponderação (TORRES, 2009, p. 83-84).

Contudo, pela impossibilidade de constituição de direitos absolutos, mesmo as normas-regras podem assumir um caráter inicial *prima facie* (no caso de regras válidas e aplicáveis que possuam alguma exceção) e, em casos extremados, é possível que o conflito que envolva o mínimo existencial se resolva de maneira a atenuar ou até mesmo eliminar a sua eficácia.

[...] embora, em princípio, os direitos vinculados ao mínimo existencial possam [...] ser compreendidos como direitos subjetivos definitivos (no sentido de gerarem um dever exigível de assegurar as prestações), isto não significa [...] que se cuida de direitos absolutos, no sentido de absolutamente intensos a qualquer contextualização e mesmo restrição [...] (SARLET, 2012, p. 280).

Assim como a dignidade da pessoa humana, não se pode afirmar que o mínimo existencial acompanha o conteúdo de todos os direitos fundamentais, no sentido substancial de perfeita identidade, mesmo constatado que a relação entre ambos se constitua ampla. Também importante distinguir o mínimo existencial do *mínimo vital*, o qual se reduz a garantia de sobrevivência ou subsistência, enquanto que o primeiro abrange diversas espécies de *mínimos*, como os *mínimos pecuniário, sociocultural e ambiental*, visando o completo desenvolvimento da personalidade. No mais, o mínimo existencial “[...] apresenta simultaneamente uma dimensão negativa (tutela do mínimo contra intervenções do Estado e de particulares) e uma dimensão positiva, como

*direito a prestações*” (SARLET, 2012, p. 279). Por último, a garantia de uma vida digna não se reduz ao mínimo existencial, reclamando outros círculos de proteção.

Pode-se dizer que a existência digna depende de condições materiais – que serão garantidas pelo direito ao mínimo para uma existência digna – e de condições imateriais – que, em boa parte, devem ser assegurados por outros instrumentos jurídicos (BITENCOURT NETO, 2010, p, 118).

A definição de fato do mínimo existencial, por sua vez, constitui tarefa complexa, variando no tempo, no espaço e dependente do parâmetro econômico, social e cultural de cada sociedade. Afirma-se que o mínimo existencial:

[...] não pode ser reduzido a um objeto fixo, muito menos a um valor pecuniário determinado, visto que dependente de um conjunto de fatores, inclusive ligados às condições pessoais de cada indivíduo, além de componentes de ordem social, econômica e cultural, isto sem falar na necessidade de referenciar o mínimo existencial aos direitos fundamentais em espécie onde assume relevância (SARLET, 2012, p. 280).

Imperioso mencionar o caráter irrenunciável do mínimo existencial, pois mesmo a sua eventual disposição voluntária não tem eficácia permanente, pelo menos de forma definitiva ou para o futuro e, por consequência, não há hipóteses de perda do direito ao mínimo existencial, em seu aspecto de direito subjetivo, ressaltando-se questões relativas à segurança jurídica (como um direito de impugnação de uma decisão administrativa ou judicial, visando efeitos retrocessivos). Contudo, é natural que o desenvolvimento humano pessoal torne eventual prestação material estatal desnecessária (por mais que anteriormente vinculada ao mínimo existencial), a qual passa a competência da ponderação legislativa ordinária dos direitos sociais não atrelados ao mínimo existencial, todavia, tal situação também não é definitiva, haja vista que o direito ao mínimo existencial novamente incidirá com a ocorrência da situação de fato que denote hipossuficiência.

O direito ao mínimo existencial também é autorreferente, ou seja, compete ao cidadão na consciência de seus atos decidir pelo usufruto do mesmo, em respeito à liberdade e à autonomia individuais. Assim, “[...] *O indivíduo tem o direito a não exercer posições decorrentes do direito ao mínimo existencial se considera que o respeito à sua dignidade será melhor resguardado de outro modo*” (BITENCOURT NETO, 2010, p. 142).

Sob outro ângulo, o direito ao mínimo existencial “[...] constitui limite para a atuação dos poderes do Estado” (TORRES, 2009, p. 85), sendo um limite para a intervenção destes na esfera privada. Assim, o pleito judicial pelo direito em debate não se configura numa judicialização de política pública, mas sim no litígio acerca de uma “[...] garantia institucional de liberdade [...]” (TORRES, 2009, p. 95), de um direito subjetivo.

[...] o direito (e garantia) ao mínimo existencial, funciona, numa primeira perspectiva, [...] como “uma cláusula de barreira contra qualquer ação ou omissão estatal ou induzida pelo Estado que impeça a adequada concretização ou efetivação dos direitos fundamentais e de seu conteúdo mínimo” (CALIENDO<sup>93</sup>).

Constatando um limite a sua extensão, o mínimo existencial difere-se dos direitos sociais a prestações médias e máximas, os quais são normas-princípio e, por conseguinte, “[...] que se sujeitam à ponderação com outros princípios como o democrático, a competência do legislativo e a reserva do econômica e financeiramente possível” (BITENCOURT NETO, 2010, p. 144).

O direito ao mínimo existencial decorre diretamente da Constituição, sem a necessidade de interposição legislativa, não obstante, neste labor delimitativo, cabe ao legislador constitucional manter os ideais utópicos como metas de caráter dirigente e deixar ao legislador constituído as escolhas trágicas forçosas à disciplina da escassez de recursos; já ao magistrado compete avaliar se foram cumpridos os princípios da justiça distributiva, da igualdade material e da universalização de mínimos sociais, evitando privilégios que, mesmo presentes nas camadas mais carentes da sociedade, não deixam de ser odiosos, necessitando, porém, assegurar a efetividade inafastável dos direitos subjetivos mínimos. Sob outro olhar, equivocada é a criação, majoração ou extensão de direito social<sup>94</sup> (ainda não subjetivado e ressalvando-se o respeito ao mínimo existencial e à dignidade da pessoa) pela magistratura, sem que sejam observadas as condições fáticas que propiciem a concreção dos valores citados ou que não tenha por fundamentação ato que afronte

<sup>93</sup> CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 200 *apud* SARLET, 2012, p. 282.

<sup>94</sup> BRASIL. Constituição da República de 1988, artigo 195, §5º: “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”. Trata-se de norma principiológica que vincula a ponderação da discricionariedade legislativa, mas que também admite ressalvas judiciais, nos termos apresentados na sequência da nota.

à Constituição por omissão ou insuficiência legislativa, restrições que, ainda assim, não suprimem o caráter individual dos direitos fundamentais e a sua prestação jurisdicional individualizada.

A constatação fática da insuficiência de recursos reforça a garantia jusfundamental do mínimo existencial no sentido de uma imposição constitucional de prioridade na manutenção e na promoção dos meios necessários à existência digna, em detrimento de outras escolhas feitas pelo legislador democrático.

[...] O princípio democrático, que garante a competência orçamentária do legislador, não é absoluto; em determinadas hipóteses, direitos individuais podem ter mais peso. No caso do direito ao mínimo para uma existência digna, o direito individual, por ser ligado diretamente ao núcleo da dignidade da pessoa humana, tem mais peso que a liberdade de conformação orçamentária e financeira do legislador (BITENCOURT NETO, 2010, p. 131).

### c. RESERVA DO POSSÍVEL

Consoante Ricardo PERLINGEIRO (2013, *É a reserva...*, p. 168-169), a reserva do possível teve origem no Tribunal Federal Constitucional alemão, quando em 1972:

[...] na decisão denominada *numerus clausus*, que versava sobre o direito a vagas em universidades públicas, aquela Corte, entendeu que os direitos fundamentais a prestações positivas que resultam diretamente da Constituição devem ser limitados aos casos em que o indivíduo possa racionalmente exigi-los da sociedade.

Assim, em decisão dirigida ao legislador, conclui-se que este deve “[...] *também observar outros interesses da comunidade*” (PERLINGEIRO, 2013, *É a reserva...*, p. 169), bem como “[...] *preservar o equilíbrio econômico global, ou seja, não se deveria instituir despesas e onerar exageradamente a sociedade*” (idem). Prevaleceu a tese de que o significado de liberdade estaria desvirtuado, porventura “[...] *houvesse contínua precedência da liberdade pessoal em detrimento da capacidade funcional e do equilíbrio da sociedade como um todo*” (idem). Em conclusão, a decisão alemã expressou que “[...] *uma pretensão subjetiva e ilimitada às custas da comunidade é incompatível com os princípios do Estado Social*” (idem).

Na lição de ALEXY (2015, p. 438), na manifestação da Corte alemã prevaleceu uma exegese diferenciada quanto ao direito de liberdade, “[...] *porque essa utilização pressupõe que o direito de liberdade não tenha sido interpretado apenas como direito de defesa*”, mas também como um direito à prestação fática. Nesta linha de raciocínio, a decisão em comento diferenciou os direitos fundamentais sociais derivados, dos direitos fundamentais sociais originários (tendo como parâmetro a Constituição), haja vista que aos primeiros foi reconhecido o caráter de direito subjetivo, enquanto que aos últimos foi sustentado que, de início, “[...] *devem limitar-se àqueles que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade*” (PERLINGEIRO, 2013, *É a reserva...*, p. 169).

Relacionando os direitos fundamentais sociais com a reserva do possível, ALEXY (2015, p. 500-501) determinou três critérios-base para a fixação da estrutura normativa dos primeiros, quais sejam:

Em primeiro lugar, pode-se tratar de normas que garantam direito *subjetivos* ou normas que apenas obriguem o Estado de forma *objetiva*. Em segundo lugar, elas podem ser normas *vinculantes* ou *não-vinculantes* – neste último



sentido seriam elas enunciados programáticos. Uma norma deve ser considerada como “vinculante” se for possível uma análise de sua violação por meio do Tribunal Constitucional Federal. As normas podem, por fim, fundamentar direitos e deveres *definitivos* ou *prima facie*, isto é, regras ou princípios.

As combinações dos três critérios mencionados possibilitam o reconhecimento de oito estruturas normativas diversas, as quais ele atribuiu um peso classificatório. Assim, as normas de direitos fundamentais sociais poderiam ser do tipo (ALEXY, 2015, p. 501): *vinculante, subjetivo e definitivo* (peso 1); *vinculante, subjetivo e prima facie* (peso 2); *vinculante, objetivo e definitivo* (peso 3); *vinculante, objetivo e prima facie* (peso 4); *não-vinculante, subjetivo e definitivo* (peso 5); *não-vinculante, subjetivo e prima facie* (peso 6); *não-vinculante, objetivo e definitivo* (peso 7); *não-vinculante, objetivo e prima facie* (peso 8).

A proteção mais intensa é garantida pelas normas vinculantes que outorgam direitos subjetivos definitivos a prestações (1); a proteção mais fraca, pelas normas não-vinculantes que fundamentam apenas um dever estatal objetivo *prima facie* à realização de prestações (8) (ALEXY, 2015, p. 501).

Pode-se afirmar que a estrutura normativa de peso 1 da classificação de Alexy corresponde ao mínimo existencial, à dignidade da pessoa e aos demais direitos subjetivos já garantidos no âmbito pessoal do cidadão, seja pela Constituição, seja pela legislação. Já o direito a ser admitido em curso universitário de preferência do cidadão (objeto da decisão denominada *numerus clausus*) “[...] *está sob a reserva do possível*” (ALEXY, 2015, p. 502) e “[...] *deve ser visto como um direito subjetivo ‘prima facie’ vinculante*” (idem), de peso 2 em sua classificação, o qual “[...] *se torna definitivo somente se outras razões colidentes não exigirem o contrário*” (idem, p. 439). Por fim, necessário esclarecer que o caráter de norma *vinculante* não se refere a sua vinculação jurídica (já que todas as normas constitucionais as possuem ao menos em algum grau), mas sim a sua vinculabilidade judicial (justiciabilidade), pois, reitera-se, “*uma norma deve ser considerada como ‘vinculante’ se for possível uma análise de sua violação por meio do Tribunal Constitucional Federal*” (idem, p. 501).

Assim, na visão de Alexy, a reserva do possível é ligada aos princípios constitucionais e, dessa forma, atua no espaço móvel da quantificação dos mandamentos de otimização que apenas atribuem direitos não-vinculantes ou objetivos ou *prima facie* (pesos 2 a 8). Por outro lado, não há liberdade de

conformação legislativa (e, portanto, não há reserva do possível) relativa aos direitos fundamentais que constituam direitos vinculantes, subjetivos e definitivos (peso 1).

À vista do exposto, parece mais correto apontar a reserva do possível não como uma norma-princípio (como sugere Alexy), mais sim como uma norma-política, nos termos compreendidos por Dworkin. Este, ao traçar distinção entre política e princípio, acaba por delimitar a qual poder constituído é mais adequada a respectiva competência constitucional.

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade (DWORKIN, 2002, p. 36).

Assim, a política seria uma *questão sensível à eleição*, própria da atividade legislativa majoritária e, portanto, sujeita à deferência judicial (autocontenção), enquanto que os princípios seriam *questões insensíveis à eleição*, exigindo a participação de jurisdição.

Dworkin irá sustentar que a atividade judicial se funda num peculiar tipo de argumento, de natureza principiológica, o qual deve prevalecer em relação aos argumentos de natureza política. Nesse sentido, estabelece uma distinção entre as decisões políticas de capital importância para a presente tese, qual seja, entre *questões sensíveis à eleição* e *questões insensíveis à eleição*, concluindo que as questões de política são “sensíveis à eleição” (e à vontade da maioria), enquanto que as questões de princípio “não são sensíveis à eleição”, permitindo, portanto, a intervenção reguladora dos juízes (APPIO, 2012, p. 37).

Deste modo, a natureza jurídica da reserva do possível é a de uma norma-política, resguardada inicialmente às ponderações legislativas ou administrativas e só objeto de crítica judicial se atentatórias aos direitos subjetivos e aos conteúdos da dignidade da pessoa e do mínimo existencial, seja pela ação ou pela omissão dos demais poderes. Trata-se, enfim, de uma discricionária reserva de conformação política com reconhecimento constitucional (ao menos implícito e contida na ordem-moldura de Alexy<sup>95</sup>), que decorre da escassez de recursos frente à ilimitada necessidade e pretensão humana e que, com ressalvas, não é justificável.

---

<sup>95</sup> Vide páginas 30-35.

A reserva do possível é, portanto, na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, o meio efetivo em que o legislador mantém uma margem de manobra de conformação política, apesar da existência de deveres de prestação positiva constitucionalmente originários. [...] A reserva do possível não deve ser instrumento para contornar pretensões dos cidadãos contra o Estado instituídas pelo direito infraconstitucional ou mesmo que decorram, direta e inexoravelmente da própria Constituição (GAIER<sup>96</sup>).

Ricardo Perlingeiro, por sua vez, visualiza limites claros a invocação da reserva do possível, afirmando sua não aplicação não apenas ao mínimo existencial, à dignidade da pessoa e aos direitos subjetivos já constituídos (positivados em lei ou expressamente estabelecidos na Carta Maior), mas também à existência de recursos financeiros.

Entre os recursos financeiros e a reserva do possível, não há, contudo, nenhuma vinculação.

[...]

Com efeito, a natureza política do orçamento conduz ao planejamento de despesas públicas que estejam na esfera de disponibilidade do administrador; diante de um dever constitucional ou legal, porém, nada mais lhe restaria senão pagar [...]. Portanto, o legislador orçamentário não tem margem de discricionariedade em face de direitos existentes e exigíveis decorrentes de lei ou de um *mínimo* existencial atrelado à dignidade humana.

[...]

Não ter recursos financeiros ou materiais para pagar um crédito é uma impossibilidade fática, contra a qual devemos buscar respostas no campo do direito processual (PERLINGEIRO, 2013, *É a reserva...*, p. 176-178).

Ainda para Ricardo PERLINGEIRO (2013, *É a reserva...*, p. 177-178), a alegação de ausência de previsão orçamentária, por sua vez, só seria válida se acompanhada da ausência de direito subjetivo previsto em lei ou na Constituição, bem como inexistir “[...] *desvio, abuso ou ofensa a determinados valores fundamentais, situações em que se caracterizariam vícios de conteúdo*”, justificando, assim, a deferência judicial à zona de conformação político-legislativa.

Por fim, o renomado professor exclui a usual intersecção entre a reserva do possível e a judicialização das políticas públicas sociais, haja vista que estas são

---

<sup>96</sup> GAIER, Reinhard. **Prestações positivas contra o Estado e a cláusula da reserva do possível**. Florianópolis: II Seminário Internacional Brasil-Alemanha, 2011. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=E3zeSegl83c>> e <[https://www.youtube.com/watch?v=\\_Dm5xNsvinI](https://www.youtube.com/watch?v=_Dm5xNsvinI)>. Acesso em 21 set. 2015 *apud* PERLINGEIRO, 2013, *É a reserva...*, p. 174.

apenas medidas procedimentais (aspecto adjetivo do direito subjetivo) tendentes a concretização do direito (em seu aspecto substantivo<sup>97</sup>).

[...] é também incoerente vincular genericamente a *reserva do possível* ao exercício de direitos procedimentais, vale dizer, às políticas públicas. Isto porque são elas essencialmente instrumentais a direitos (substantivos). Quando operante a reserva do possível, reconhece-se que a eficácia de um direito fundamental (substantivo) está condicionada à prévia manifestação do legislador, não havendo nestes casos, portanto, ainda o que ser garantido por políticas públicas (PERLINGEIRO, 2013, *É a reserva...*, p. 184).

Por derradeiro, importando o conceito alemão da reserva do possível, relaciona Ingo Sarlet (bem como considerável doutrina e jurisprudência brasileiras) as prestações materiais sociais com a capacidade fático-financeira do Estado.

Diretamente vinculada a esta característica dos direitos fundamentais sociais a prestações está a problemática da efetiva disponibilidade do seu objeto, isto é, se o destinatário da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada (isto é, de prestar o que a norma lhe impõe seja prestado), encontrando-se, portanto, na dependência da real existência dos meios para cumprir com sua obrigação. Já há tempo se averbou que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, e tal sorte que a limitação dos recursos constitui, segundo alguns, em limite fático à efetivação desses direitos.

[...]

[...] há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade (SARLET, 2012, p. 254-255).

Dentro desse raciocínio, OLSEN (2012, p. 200) conceitua a reserva do possível como “[...] uma condição da realidade que influencia na aplicação dos direitos

---

<sup>97</sup> “[...] o direito subjetivo pode ser entendido sob os aspectos substantivo e adjetivo, à medida que este último se destina a garantir a realização prática daquele” (FALZEA, Angelo. *Introduzione alle scienze giuridiche: il concetto del diritto*. 6ª ed. Milano: Giuffrè, 2008, p. 455 *apud* PERLINGEIRO, 2014, p. 96). É atualmente indiscutível que os meios necessários à concretização de um direito substantivo integram de forma autônoma a estrutura de um próprio direito subjetivo, isto é, um direito adjetivo (procedimental) (PERLINGEIRO, 2014, p. 96).

*fundamentais*”, afastando o caráter principiológico ao conceito e entendendo a reserva do possível como um postulado ou meta-norma<sup>98</sup>.

Tais correntes, como demonstrado alhures, destoam da análise política da reserva do possível e da extensão distributiva, universal e majoritária de direitos sociais superiores ao mínimo existencial, não ligados à dignidade da pessoa ou não garantidos como direito subjetivo, para uma ponderação a não prestação de direitos subjetivos com base na ausência momentânea de recursos públicos, o que, por sua vez, é uma clara “[...] *ofensa ao princípio do Estado de Direito*” (PERLINGEIRO, 2013, *É a reserva...*, p. 185).

Ricardo PERLINGEIRO (2013, *Novas perspectivas...*, p. 524), entretanto, corretamente rechaça a tese:

A reserva do possível não se refere a falta de recursos materiais ou financeiros; ela tampouco se confunde com a simples falta de orçamento público. Com efeito, a reserva do possível está intrinsecamente relacionada com a prerrogativa do legislador de escolher quais benefícios sociais considera prioritários para financiar, sem que isso, entretanto, implique limitação ou restrição de direitos subjetivos existentes e exigíveis. Portanto, não se cogita da reserva do possível em face de um *mínimo* existencial e tampouco de direitos instituídos por lei. Nestes casos, é zero a margem de discricionariedade do legislador, inclusive o orçamentário, sob pena de ofensa ao princípio do Estado de Direito. Na verdade, a reserva do possível se manifesta quanto a direitos fundamentais sociais que ultrapassam a noção de um mínimo existencial, e que, para serem exigidos judicialmente, dependem de lei que ainda não existe.

---

<sup>98</sup> Segundo Humberto ÁVILA (*Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 88-89 *apud* NOVELINO, 2013, p. 200), são normas que estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, estabelecendo critérios para sua interpretação.



## 5. JURISDIÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 5.1 JURISDIÇÃO

Em síntese:

A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível (DIDIER JÚNIOR, 2013, p. 105).

A mesma também pode ser considerada como um poder, uma função e uma atividade. Melhor dizendo, *o Poder* e não *um poder*, constituindo-se no próprio poder estatal, pois este é uno, sendo apenas sua manifestação dividida entre os poderes constituídos e, deste modo, pode o Poder Judiciário decidir imperativamente e impor suas decisões. É uma função com o encargo de promover a pacificação social, eliminando litígios ou realizando o direito. E, por fim, é uma atividade, entendida como o complexo de atos do magistrado dentro do processo, seguindo as regras jurídicas estabelecidas, visando o exercício do poder, cumprindo a função que lhe comete.

A jurisdição é uma técnica de resolução de conflitos, onde um terceiro imparcial atua com substitutividade às partes, no cumprimento de sua função de pacificação social. “*Exercendo a jurisdição, o Estado substitui, com uma atividade sua, as atividades daqueles que estão envolvidos no conflito trazido à apreciação*” (GRINOVER; DINAMARCO; CINTRA<sup>99</sup>). Importante observar que essa característica não está presente nas demais funções estatais.

Para a obtenção da imparcialidade, a jurisdição necessita seguir certos princípios como o do juiz natural, o da indelegabilidade e o da inércia. Pelos dois primeiros, há a necessidade de pré-constituição do órgão julgador competente em relação ao fato a ser julgado, sem a possibilidade de delegação da competência jurisdicional, a qual é exercida com exclusividade pelo magistrado a que for atribuída

---

<sup>99</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; CINTRA, Antônio Carlos Araújo. **Teoria geral do processo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 132 *apud* DIDIER JÚNIOR, 2013, p. 106.

competência; já pelo último, ainda se visando à imparcialidade, ao magistrado é vedada a provocação *ex officio* da jurisdição, sem o impulso inicial das partes.

Ao substituir as partes, a jurisdição torna-se imperativa, impondo o Direito às situações que lhe são submetidas, não havendo espaço para a manifestação de vontade em acatá-la, ou seja, as decisões emanadas de um ato judicial são de observância compulsória, independentemente da anuência dos litigantes ou interessados (ressalvado o direito do cidadão de não ser obrigado a propor qualquer ação judicial).

Ao decidir, o magistrado cria outra norma jurídica. Em verdade, duas normas, tanto uma norma geral e abstrata que regulará o caso concreto, servindo-a como fundamento, quanto a norma individualizada para solução do caso concreto apreciado. A esta característica da jurisdição dá-se o nome de atividade criativa do juiz (melhor avaliada no próximo tópico), haja vista ser a característica mais relevante de jurisdição, do ponto de vista do ativismo judicial.

Visa a jurisdição reconhecer, efetivar ou proteger situações jurídicas concretamente deduzidas em juízo. Pode-se dizer que a jurisdição é uma técnica de tutela de direitos, a qual se efetiva:

[...] pelo seu reconhecimento judicial (tutela de conhecimento), ou pela sua efetivação (tutela executiva) ou pela sua proteção (tutela de segurança, cautelar ou inibitória) [...] ainda pode ocorrer pela integração da vontade para a obtenção de certos efeitos jurídicos, como ocorre na jurisdição voluntária [...] (DIDIER JÚNIOR, 2013, p. 113).

Salienta-se que à atividade jurisdicional cabe apenas atuar na solução de situações concretas, mesmo que não vinculadas a direitos individuais, o que a distingue das demais funções estatais. Tal afirmação se aplica mesmas às ações de controle concentrado e abstrato, haja vista que os tribunais não podem ser mero meio de consulta jurídica.

Tradicionalmente, ao resultado do trabalho da jurisdição (as decisões), como a qualquer ato por ela emanado, não cabe o controle por nenhum outro poder. A impossibilidade de controle externo da atividade jurisdicional a caracteriza, podendo-se afirmar que “[...] a jurisdição somente é controlada pela própria jurisdição” (DIDIER



JÚNIOR, 2013, p. 114). No entanto, em alguns países<sup>100</sup>, a teoria do diálogo institucional vem amenizando tal característica, ao preterir as habituais noções de *supremacia e última palavra*, pelas técnicas de *cooperação e diálogo*.

No mais, a jurisdição exclusivamente possui a aptidão para fazer coisa julgada material, ou seja, tornar suas decisões inadmissíveis de reanálise e, portanto, definitivas. Menciona-se *aptidão*, pois nem todas as decisões judiciais finais (formais) são definitivas quanto à possibilidade de reanálise do mérito, contudo, só a jurisdição possui a característica da possibilidade dessa definitividade.

Por fim, a inafastabilidade da jurisdição é característica essencial da mesma. Nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser afastada da análise do judiciário, assinalando o direito fundamental de ação, o direito abstrato de provocar a prestação jurisdicional, independentemente da existência do direito subjetivo. O Estado atribui o monopólio da jurisdição ao Poder Judiciário, permitindo apenas pontuais exceções<sup>101</sup>, inclusive vedando quase que totalmente a autotutela privada<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> SILVA, C.; MOURA; BERMAN; VIEIRA; TAVARES; VALLE, 2012, apontam que países como o Canadá (*notwithstanding clause* ou *override clause* – cláusula não obstante – a qual permite que o parlamento reedite lei declarada inconstitucional pela Corte Suprema, mantendo a constitucionalidade da mesma por até 5 anos); e Israel (*legislative override* – com intuito similar à cláusula canadense) permitem que os direitos fundamentais possam ser rediscutidos pelo parlamento, mesmo após uma decisão final da autoridade judiciária.

<sup>101</sup> Como, por exemplo, a arbitragem e o julgamento político de autoridades por crimes de responsabilidade.

<sup>102</sup> Admitindo-se, por exemplo, a legítima defesa e o exercício regular de direito como formas de autotutelas privadas.

### a. CRIATIVIDADE NORMATIVA NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO

Consoante as teóricas clássicas acerca da jurisdição, o juiz apenas “[...] *declarava a lei ou criava a norma individual a partir da norma geral*” (DIDIER JÚNIOR, 2013, p. 110), entretanto, tal visão não é mais aceita na atual concepção de jurisdição, cabendo ao magistrado, no exercício de sua atividade principal, tanto a criação de normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto, como a hipóteses fáticas futuras. Nesse novo contexto, o real alcance da atividade jurisdicional é analisado sob o prisma do poder-dever criativo-normativo inerente ao julgador.

DWORKIN (2001, p. VII) aponta a dificuldade do tema: “*o que é interpretação e até que ponto o Direito é antes uma questão de interpretação que de criação*”, porém, pode-se dizer que jurisdição é uma função criativa, na qual se criam normas jurídicas antes não existentes quando do seu exercício. É correto apontar o juiz como co-autor do direito, à medida que sua atuação inova o ordenamento jurídico, pois, ao decidir e através do ato jurídico, o magistrado constrói tanto uma norma jurídica individualizada, quanto um modelo normativo geral. Há a geração de algo novo, “[...] *se assim não fosse, não haveria decisão, mas apenas o reconhecimento de uma anterior decisão, já pronta*” (DIDIER JÚNIOR, 2013, p. 109).

Quanto à primeira criação, a norma geral, apresenta-se a norma jurídica que vai regular a situação concreta que foi submetida ao Poder Judiciário. Já quanto à segunda, a norma individualizada, gera-se uma norma jurídica do caso concreto, que também servirá de modelo normativo para soluções de novas situações postas à apreciação do mesmo. A norma individualizada é geralmente encontrada no dispositivo da decisão, enquanto a norma geral está contida na fundamentação do julgado, também chamada de *ratio decidendi*. Assim, “[...] *todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior*” (KELSEN<sup>103</sup>).

Não obstante, a atividade criativa do magistrado possui limitações. Em primeiro lugar, o juiz está adstrito a dois parâmetros, de um lado, os enunciados normativos do direito objetivo (legislação) e do outro pelo caso concreto submetido à apreciação do

---

<sup>103</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 252 e 253 *apud* RAMOS, 2015, p. 121.

judiciário (princípio da inércia). “*Esses são os extremos daquilo que pode ser chamado de ‘zona ou área da criatividade jurisdicional’ [...]*” (DIDIER JÚNIOR, 2013, p. 113). No mais, na criação da norma jurídica geral, o juiz deve se utilizar do controle de constitucionalidade e da ponderação de princípios e direitos fundamentais, sempre com o uso da máxima da proporcionalidade, pois ultrapassada está a visão de que a “[...] *atividade legislativa é algo perfeito e acabado*” (MARINONI<sup>104</sup>), atualmente devendo ceder “[...] *espaço para a crítica judicial*” (idem).

Importante, inclusive, observar que o poder normativo apenas pode ser exercido por meio do processo, seja para a formação de norma geral (processo legislativo); de norma regulamentadora de lei (processo administrativo); de norma de caráter negocial (processo negocial); ou de normas gerais e concretas (processo jurisdicional). Ou seja, o meio técnico que o magistrado possui para exercer o poder normativo-criativo que lhe foi atribuído é o processo, sendo através deste que a jurisdição é exercida.

É imperioso “[...] *deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto*” (ÁVILA<sup>105</sup>). O juiz é um agente político (não partidário), criando normas tanto concretas, como abstratas, que regulam as situações a ele apresentadas, não sendo mais possível ignorar o poder criativo da jurisdição, pois quem interpreta cria. Verifica-se que “*as fronteiras entre interpretação e criação do Direito são imprecisas e talvez fictícias, porque interpretar é construir uma solução única para o caso concreto*” (APPIO, 2012, p. 60), deste modo, sendo a norma jurídica resultante da interpretação de um texto legal (dentro de um processo e limitada pelos parâmetros acima citados), o processo judicial está consagrado como um meio de produção de norma jurídica, mediante a atividade criativa do magistrado.

[...] não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as normas constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo pré-existente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 308).

---

<sup>104</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006, v.1, p. 90-97 *apud* DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 286.

<sup>105</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 34 *apud* DIDIER JÚNIOR, 2013, p. 111.

Não é possível, por último, afirmar a identidade entre atividade legislativa e atividade jurisdicional, mesmo que sob a ótica da criação normativa, pois, à primeira, recai a responsividade representativa, enquanto que à última incide a obrigação de justificação técnica. Quanto ao exercício do poder criativo, à atividade jurisdicional compete uma série de constrangimentos formais e substantivos que estreitam a sua escolha, a qual é apenas tendente à resolução do conflito apresentado (mesmo com a possibilidade de eficácia mais abrangente) e, sob esse ponto de vista, via de regra, não é reformadora. Já quanto à atividade legislativa, respeitada a Constituição, as escolhas são reformadoras e quase ilimitadas.

As decisões judiciais, portanto, são [...] necessariamente criativas e inovadoras, não apenas porque geram a denominada norma de decisão (ponto culminante do processo de concretização normativa), mas, principalmente, porque esta não se limita a reproduzir o que está nos textos paramétricos, os quais são desdobrados, adaptados e, porque não dizer, enriquecidos para poderem disciplinar adequadamente a situação fática que provocou a atuação da jurisdição. Entretanto, não se pode negar que a liberdade de criação deferida pelo sistema jurídico aos aplicadores oficiais do direito é significativamente menor do que aquela reservada ao Poder Legislativo [...] (RAMOS, 2015, p. 122).

Dentro dessa perspectiva, o ativismo judicial pode colaborar com a interpretação constitucional criativa, sendo através dele (e do processo) que o magistrado desempenha o poder normativo-criativo da jurisdição constitucional, sopesando princípios e determinando em que medida os direitos fundamentais irão incidir no caso concreto. Negar que este procedimento inova o ordenamento jurídico (como legislador positivo) é negar o Estado social fundante de nossa Carta Maior.

## b. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O conceito de jurisdição constitucional surgiu em 1803, ocasião em que a Suprema Corte dos Estados Unidos apreciou o caso *Marbury vs Madison*, criando o *Judicial Review of Legislation* (controle de constitucionalidade difuso), concluindo que: “[...] *The Constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means [...]. Tradução livre: [...] A Constituição é uma espécie superior, suprema lei, imutável por meios normais [...]*” (MENDES, G., 2012, p. 16). Com base nesta declaração, atribuiu-se aos magistrados americanos, pela primeira vez, o poder de revisão judicial dos atos jurídicos contrários aos preceitos constitucionais, através da declaração de inconstitucionalidade.

Posteriormente, quando promulgada a Constituição austríaca de 1920, Hans Kelsen inspirava a criação do controle judicial concentrado de constitucionalidade, atribuindo a uma corte constitucional a função de verificar a compatibilidade dos atos normativos com as normas constitucionais, em tese e independente de demanda singular concreta, mediante provocação dos legitimados.

A elevação do *status* da Constituição a algo supremo atribuiu um caráter vinculativo e obrigatório ao seu conteúdo, redundando na expansão da proteção dos direitos fundamentais e à elevação do Poder Judiciário a guardião daquela, através de atribuição precípua em controle judicial de constitucionalidade. “*A proteção dos direitos fundamentais está totalmente associada à instituição da justiça constitucional*” (CANOTILHO<sup>106</sup>) e esta, por sua vez, tem por base os princípios da supremacia e da força normativa da Constituição, sendo estas influências que levaram a atual Constituição brasileira a adotar tanto o modelo americano, como o modelo austríaco de controle, bem como permitir um avanço para a *abstrativização dos efeitos de decisão do STF em controle difuso de constitucionalidade*.

A Constituição é cada vez mais, num consenso que se vai cristalizando, a morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania. A época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede a época da separação de poderes.

---

<sup>106</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 543 *apud* MENDES, G., 2012, p. 14.

Em razão disso, cresce a extraordinária relevância da jurisdição constitucional, ou seja, do controle de constitucionalidade [...] (BONAVIDES, 2004, p. 127).

O crescimento da relevância da jurisdição constitucional, inclusive, não pode ser entendido como usurpação judicial de atribuições dos demais poderes, mas explicado pelo fenômeno da judicialização da política<sup>107</sup>.

A jurisdição constitucional também é fortalecida pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, uma vez que, havendo lesão ou ameaça de lesão a direito (principalmente quanto aos direitos fundamentais ligados à dignidade da pessoa e ao mínimo existencial), não cabe ao Poder Judiciário autoconter-se na exegese de sua função constitucional, sendo o mesmo um dos responsáveis pela aplicabilidade, eficácia e máxima efetividade dos comandos constitucionais, dos quais é o guardião por expressa disposição<sup>108</sup>.

Nos Estados constitucionais contemporâneos, é incumbência da Jurisdição constitucional ser a guardiã da Constituição, nunca em detrimento dos demais Poderes democraticamente constituídos. No cumprimento desse mister, legislador democrático e jurisdição constitucional têm papéis igualmente relevantes. A interpretação e a aplicação da Constituição é tarefa cometida a todos os Poderes, assim como a toda a sociedade (MENDES, G., *A jurisdição...*, p. 8).

No tocante a hermenêutica criativa, observa-se que a jurisdição constitucional permite o amplo exercício exegético do magistrado (pois não se pode confundir o *texto da lei* com a *norma jurídica* dele extraída), uma vez que “[...] *norma jurídica não é apenas a expressão da interpretação da lei, mas também o resultado do controle de constitucionalidade*” (MARINONI, 2012, p. 68). De forma conexa, Alexy já aponta a distinção entre *norma de direito fundamental* e *disposição (ou enunciado normativo) de direito fundamental*.

[...] normas de direitos fundamentais são aquelas normas que são expressas por disposições de direitos fundamentais; e disposições de direitos fundamentais são os enunciados presentes no texto da Constituição [...].

[...]

[...] enunciado expressa uma norma. Ele é, por conseguinte, um enunciado normativo. [...] A norma expressa pelo enunciado [...] é uma norma de direito fundamental (ALEXY, 2015, p. 65-66)

<sup>107</sup> Vide páginas 138-140.

<sup>108</sup> BRASIL. Constituição da República de 1988, artigo 102, *caput*: “*compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]*”.

No mais, a jurisdição constitucional permite a participação política das minorias, minimizando eventuais abusos perpetrados por maioria não incomumente arbitrária, mediante a ação do Poder Judiciário como garantidor do cumprimento dos princípios constitucionais e, por consequência, dos direitos fundamentais.

O sistema do *judicial review* demonstrou, ao longo do tempo, ser uma ferramenta eficiente na resolução dos problemas envolvendo a adoção de decisões que Ronald Dworkin denomina como “insensíveis à escolha” da comunidade, mesmo que confronte a regra da maioria (APPIO, 2008, p 42).

Os órgãos da Função Controladora não governam, apenas controlam de forma independente os atos e omissões dos demais órgãos de Função Constitucional Governativa, no tocante à sua compatibilidade com a Constituição, bem como com os direitos fundamentais do cidadão, função na qual está incluída a jurisdição constitucional, além de assegurar a participação das minorias parlamentares no debate constitucional. Diante de seu importante papel político, a Função Controladora não pode ser controlada, devendo, contudo, exercitar sua autocontenção (APPIO, 2012, p. 62).

Portanto, a jurisdição constitucional permite que o Poder Judiciário, agindo de acordo com o princípio da separação harmônica entre os poderes, exerça seu imprescindível papel de garantidor da supremacia da Constituição (quando lesada ou sob ameaça, mediante provocação e sempre tendo em vista a análise da sua autocontenção e respeito pela adequação funcional da decisão), criando normas jurídicas que garantam a aplicabilidade, eficácia e máxima efetividade dos comandos constitucionais, segundo um trabalho hermenêutico de valoração e sopesamento dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, sob a ótica de uma interpretação sistemática-teleológica e necessária aplicação do controle de constitucionalidade, em completo acordo com o modelo de Estado social presente na atual Carta Cidadão.

A legitimidade da jurisdição constitucional reside na complementação do conceito de democracia pela ideia de Estado de Direito. Se, de um lado, o governo cabe a uma maioria, de outro, o respeito às disposições constitucionais e ao controle de constitucionalidade serve à proteção das minorias. [...] Portanto, formalmente, a jurisdição constitucional retira sua validade das disposições constitucionais e, materialmente, da necessidade de respeito e proteção aos direitos fundamentais (BECATTINI, 2013, p. 39).

## 5.2 ATIVISMO JUDICIAL

Pode-se conceituar o ativismo judicial como “[...] *uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance*” (BARROSO, 2012, *Judicialização...*, p. 25). Baseia-se na força normativa da Constituição e na aberta interpretação dos princípios desta, sinalizando por uma maior interferência do Poder Judiciário no âmbito de atuação da competência outrora exclusiva dos demais poderes. Em extremo ao ativismo judicial, temos a autocontenção judicial, a qual estipula que o Poder Judiciário deve evitar interferência nas ações de competência essencial dos demais poderes, o que não necessariamente destoa do correto uso da jurisdição. Como ponto de partida, insiste-se que os temas ativismo e autocontenção judiciais não compõem uma espécie de maniqueísmo, não sendo razoável (sem adentrar na análise do caso concreto) definir um ou outro como favorável ou não a democracia.

O papel do magistrado evoluiu na concepção estatal, este antes visto como mero intérprete/repetidor das leis do Estado liberal, sob novas bases é elevado a interprete/cocriador das normas jurídicas do Estado social e legitimado a utilizar uma hermenêutica constitucional ampla, primando pela máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais. Tal atuação proativa não vai de encontro aos preceitos constitucionais que preveem a interdependência e a harmonia entre os poderes, pois, como a própria Carta Maior dispõe, o Poder Legislativo também exerce função jurisdicional limitada<sup>109</sup>, bem como aos Poderes Legislativo e Judiciário são atribuídas funções administrativas<sup>110</sup>, em nítido exemplo de competência atípica. Assim sendo, respeitados limites e parâmetros compreensíveis ao exercício de poder, o ativismo judicial tem se apresentado como instrumento hábil para se atingir a eficácia social do Estado.

Igualmente, minimizam-se as alegações acerca da falta de legitimidade da magistratura para o exercício da jurisdição constitucional, não anuindo por completo arguições de ausência de eleições ou de dificuldade contramajoritária, já que a CRFB de 1988 expressamente inseriu a jurisdição constitucional no processo representativo

---

<sup>109</sup> Como exemplo, cabe ao senado federal julgar o presidente da república, o vice-presidente e os membros do STF nos crimes de responsabilidade (CRFB de 1988, artigo 52, incisos I e II).

<sup>110</sup> Como exemplo, CRFB de 1988, artigo 51, inciso IV; 52, inciso XIII; artigo 96, inciso I, alíneas *a*, *b* e *c*.



democrático indireto, decorrendo (em diversidade a responsividade político-eleitoral própria dos demais poderes) uma obrigação de justificação técnica mais compatível a discussões principiológicas ou de resguardo a direitos de minoria.

Portanto, com vistas à concretização dos direitos fundamentais, está o magistrado autorizado a corrigir eventuais desvios da discricionariedade legislativa, em razão de princípios constitucionais fundados na supremacia da mesma, em posicionamento compatível com a democracia substancial e com o moderno Estado social hoje postos em destaque pela nossa Carta Maior. Enfim, desempenha o magistrado a função pública de garantidor dos direitos fundamentais, interagindo, de forma atípica, nas esferas de competência de outros poderes, dentro do denominado sistema de freios e contrapesos, não cabendo ao julgador descrever as normas jurídicas, mas sim participar do processo criativo das mesmas como co-autor do direito.

[...] o Estado constitucional e democrático de direito tem base em um conceito substancial de democracia [...]. Neste sentido, todos os órgãos do Estado assumem a função de proteger os direitos fundamentais do cidadão, incumbindo ao Poder Judiciário o controle das ações e omissões do Estado que colidam com a proteção da dignidade da pessoa humana. (APPIO, 2012, p. 27-28).

### a. ATIVISMO JUDICIAL *VERSUS* AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL

“O oposto de ativismo judicial é a ‘autocontenção judicial’” (BARROSO, 2012, *Judicialização...*, p. 26), na qual o Poder Judiciário tem sua interferência em outros poderes reduzida. Ao invés da postura proativa de se interpretar a Constituição com a extensão do seu sentido e alcance, visando a concretização de valores e fins constitucionais, especialmente os direitos fundamentais, na autocontenção judicial os magistrados:

[...] (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 e leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas (BARROSO, 2012, *Judicialização...*, p. 26).

Ou seja, prevalece o conservadorismo do Poder Judiciário em sua função de aplicar as normas constitucionais.

A doutrina da autocontenção adota uma concepção *modesta* do papel do Judiciário que impede intervenções em matérias politicamente controvertidas, tentando não transformar as Cortes em instância que permitirá aos derrotados da luta política anular a vitória da maioria, em nome de considerações subjetivas sobre as “melhores” soluções (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 469).

Não obstante, se presente de forma absoluta, a autocontenção judicial distancia o magistrado dos fins propostos pelo Estado social, haja vista que limita o papel do Poder Judiciário na tripartição harmônica de poderes, desequilibrando-a e depreciando a organização estatal. A função da jurisdição constitucional, enquanto efetivadora dos direitos fundamentais violados, é diminuída em face da não valoração do sistema de freios e contrapesos e da superavaliação da rígida separação das funções constitucionais típicas.

A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos (BARROSO, *Constituição...*, p. 11).

Entretanto, a autocontenção revela-se adequada a questões de natureza política, *sensíveis à eleição*, na já mencionada visão de Ronald Dworkin<sup>111</sup>. Dessa forma, decisões políticas atinentes à definição de políticas públicas devem (de início e não se vislumbrando omissões, ilegalidades ou desproporcionalidades) receber deferência judicial.

A autocontenção (e o interpretativismo) se relevam adequados, portanto, no processo de formulação das políticas públicas, enquanto que o ativismo judicial é parte de um complexo mecanismo destinado a assegurar tratamento isonômico entre os cidadãos (APPIO, 2012, p. 50).

A Constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado (“livre espaço de conformação”). [...] A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe principalmente aos órgãos políticos e legislativos (MIRANDA, J.<sup>112</sup>).

No mais, não devemos confundir a autocontenção com o garantismo judicial. Este, ao seu modo, visa fortalecer a cláusula do devido processo legal, valorizando o processo (e não a jurisdição, como ocorre no ativismo judicial) como legitimador do resultado da prestação jurisdicional. No garantismo, a segurança jurídica é sobrestimada, não se configurando uma visão excludente do ativismo judicial, mas sim convergente aos mesmos interesses.

O garantismo jurídico é uma expressão do positivismo jurídico e do princípio da legalidade e, por isso, como diz Bobbio, contrapõe o momento da legislação, [...] no qual prevalecem os juízos políticos de valor, e o momento da jurisdição, no qual cabe a ênfase no saber jurídico, e seus componentes dedutivos (RAMOS, 2015, p. 17).

Importante salientar que o ativismo judicial só ganhou força no Brasil, sobrepondo-se à autocontenção judicial, após a promulgação da Constituição de 1988. É inegável a aceitação do ativismo judicial pela Constituição cidadã, principalmente ao analisarmos os amplos mecanismos de controle de constitucionalidade adotados (tanto difusos, como concentrados), bem como o deferimento de aplicabilidade imediata aos direitos e garantias fundamentais.

---

<sup>111</sup> Vide páginas 28 e 120.

<sup>112</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2ª ed. Tomo IV: Direitos Fundamentais. Coimbra: ed. Coimbra, 1993, p. 105 e 348 *apud* KRELL, 1999, p. 241.

Tal avanço, porém, não se deu de forma excludente e maniqueísta. As formas ativa e autocontida de atuação judicial perante os demais poderes não se manifestam de modo extremado, aplicando-se uma ou outra, mas sim de forma gradativa e/ou múltipla, podendo-se afirmar que uma decisão judicial possui uma densidade maior ou menor de interferência nas competências outrora destinadas apenas aos poderes políticos. No entanto, em seu ponto máximo de autocontenção, deparando-se o Poder Judiciário com uma típica e privativa função legislativa ou executiva, apesar de ainda legitimado ao exercício da jurisdição, cabe ao mesmo uma atitude autocontida, prestando deferência à Constituição, sob pena de apropriação indevida de poder.

A invasão de uma competência atribuída a um dos Poderes da República pode representar um impasse constitucional, o que de modo algum se coaduna com os objetivos da CF/88 e com o incipiente processo de redemocratização do Brasil. As atividades do juiz, a exemplo das desenvolvidas pelos membros dos demais Poderes, estão limitadas pela Constituição Federal, motivo pelo qual sua incursão em atividade privativa dos demais Poderes deve ser reputada como inconstitucional (APPIO, 2012, p. 88).

## b. ATIVISMO JUDICIAL E A DIFERENÇA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Contemporaneamente, temos assistido o abrandamento da fronteira ente política e justiça. Questões de grande repercussão política, social ou econômica, anteriormente debatidas e decididas pelos Poderes Legislativo e Executivo, estão na pauta de julgamento do Poder Judiciário. A tal contexto político-institucional é dado o nome de *Judicialização da Política*. Esta, por seu turno, “[...] envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade” (BARROSO, 2012, *Judicialização...*, p. 24), consistindo “[...] em uma nova atribuição de papéis à prestação jurisdicional, com o escopo de resolver conflitos sociais em meio a uma sociedade repleta de novas formas de proteção jurídica” (VIEIRA, 2009, p. 45).

Luís Roberto BARROSO (2012, *Judicialização...*, p. 24) atribui como causas da Judicialização da Política brasileira os seguintes fatores: “[...] a redemocratização do país, [...] a constitucionalização abrangente, [...] e o sistema de controle de constitucionalidade abrangente”. Pela primeira causa, entende o novel ministro do Supremo Tribunal Federal que, com o restabelecimento das garantias da magistratura, o Poder Judiciário tornou-se de fato um “[...] poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes” (idem). A redemocratização expandiu o Poder Judiciário, bem como fortaleceu outras estruturas da República, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, aumentando “[...] a demanda por justiça na sociedade brasileira” (idem). Pela segunda, a elevação constitucional de diversas questões anteriormente reguladas por legislação ordinária tornou a CRFB de 1988 uma constituição abrangente, classificada quanto ao conteúdo e extensão, respectivamente, como uma *constituição formal e analítica*<sup>113</sup>.

Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão [...] é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica,

---

<sup>113</sup> Constituições formais são as cartas políticas que, além de possuírem normas de ordem materialmente constitucionais, também possuem disposições de matéria essencialmente não constitucional. Já as constituições analíticas são aquelas em que se examinam e regulamentam todos os assuntos que se entendam relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado.

que pode ser formulada sob a forma de ação judicial (BARROSO, 2012, *Judicialização...*, p. 24).

Dessa forma, o Poder Judiciário nada mais faz do que cumprir o papel constitucionalmente lhe atribuído, ao decidir sobre questões políticas, sociais ou econômicas relevantes que lhe são pautadas (em respeito ao princípio da inércia), nos termos desejados pelo Poder Constituinte. “*Esse contexto de uma presença mais efetiva do direito cria, como consequência lógica, um processo de judicialização de demandas sociais, preocupadas com a concretização do amplo elenco de Direitos Fundamentais*” (VIEIRA, 2009, p. 45).

Pela última, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade abrangente é outro fator determinante na judicialização da política. Pode o magistrado declarar uma norma inconstitucional tanto na forma de controle incidental e difuso (onde qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma norma que considere inconstitucional, no caso concreto), quanto na forma de controle abstrato e concentrado (onde diversas ações são propostas diretamente no STF, com ampla base de legitimados previstos no artigo 103, da CRFB de 1988, com o intuito de declarar uma norma ou um ato jurídico como inconstitucional, suprir uma omissão legislativa ou até arguir descumprimento de preceito fundamental). “*Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF*” (BARROSO, 2012, *Judicialização...*, p. 25).

Observa-se, assim, que a judicialização da política é fruto do próprio Poder Constituinte, não imputável aos membros do judiciário, mas apenas à vontade do povo, decorrente do modelo constitucional adotado em 1988. Parte-se do pressuposto de que “*o poder judicial não cai do céu; ele é politicamente constituído*” (HIRSCHL<sup>114</sup>), pois “*se o Estado é a forma por excelência de manifestação do poder político e a Constituição o seu estatuto fundamental, então onde quer que se institucionalizem relações de mando, alguém terá que arbitrar-lhes os inevitáveis conflitos*” (COELHO, 2001, p. 39). No mais, mesmo aqueles que compreendem o ativismo judicial como prejudicial à democracia, como Lênio STRECK (2009), apontam que “[...] a intervenção do Judiciário é produto do espaço concedido pela política”.

---

<sup>114</sup>HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004, p. 49 *apud* VIEIRA, 2009, p. 47.

Confundir o ativismo judicial com exercício premeditado de vontade política imprópria é erro crasso! Ao magistrado aplica-se o princípio da inafastabilidade da jurisdição, devendo o mesmo conhecer e decidir acerca de todas as pretensões apresentadas ao Poder Judiciário, via ação judicial, como mera decorrência da previsão constitucional de direitos do cidadão, bem como de deveres do referido Poder. O ativismo judicial, diversamente, está relacionado ao comportamento do magistrado, que deve, em sua atividade jurisdicional e dentro de sua capacidade (adequação) funcional, buscar dar máxima eficácia e efetividade aos valores constitucionais positivados, especialmente aos direitos fundamentais, mediante um exercício mais acentuado na arte da hermenêutica jurídica, concretizando os fins do Estado social previstos em nossa Carta Maior.

Sobre a jurisdição constitucional já se disse praticamente tudo, seja para defendê-la, seja para criticá-la. Para o bem ou para o mal, parece que não podemos viver sem ela, pelo menos enquanto não descobriremos alguma fórmula mágica que nos permita juridificar a política sem ao mesmo tempo, e em certa medida, politizar a justiça (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 133).

### c. SEPARAÇÃO HARMÔNICA DOS PODERES, SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS E O ATIVISMO JUDICIAL

A teoria da separação entre os poderes teve seus primeiros contornos desenvolvidos na antiguidade grega, pelo filósofo ARISTÓTELES<sup>115</sup>:

[...] constituição mista [...] será aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ou aquela em que o exercício da soberania ou o governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todas. Contrapõem-se-lhe, portanto, as constituições puras em que apenas um grupo ou classe social detém o poder político.

No império romano, Políbio e Cícero traçaram algumas ideias acerca da separação de poderes, numa forma de governo misto, separando-se os poderes do monarca, da aristocracia e do povo. O “[...] modelo polibiano é ‘separador’ – cada classe apenas tem acesso ao órgão constitucional que lhe é destinado” (PIÇARRA<sup>116</sup>). “Na formulação de Políbio, o rei (monarquia) seria controlado pelo povo (democracia) e este seria controlado pelo Senado (aristocracia), englobando assim as três formas de governo existentes” (CHAVES, 2010, p. 17).

Todavia, coube a John Locke, já no século XVII, o início do desenvolvimento sistematizado da teoria da separação entre os poderes, com a publicação da obra *Segundo tratado sobre o governo civil*, segundo a qual: “[...] para que a lei seja imparcialmente aplicada é necessário que não sejam os mesmos homens que a fazem a aplicá-la” (GWYN<sup>117</sup>). Entretanto, Locke não contemplava “[...] expressamente, em sua tripartição dos poderes da sociedade (Legislativo, Executivo e Federativo), o Poder Judiciário, e, ainda, de referir-se a este como atividade meio do poder legislativo e executivo” (MALDONADO, *Separação...*, p. 5). Para Locke, o Poder Legislativo era superior aos demais, os quais eram subordinados àquele.

<sup>115</sup> ARISTÓTELES. *Política*. p. 33. In: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 2000 *apud* MALDONADO, *Separação...*, p. 1-2.

<sup>116</sup> PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 40 *apud* MALDONADO, *Separação...*, p. 3.

<sup>117</sup> GWYN, William B. *The meaning of the separation of powers*. New Orleans, 1965 *apud* Nuno Piçarra, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 71 *apud* MALDONADO, *Separação...*, p. 4-5.



Em sequência, foi Montesquieu “[...] o responsável pela inclusão expressa do poder de julgar dentre os poderes fundamentais do Estado [...]” (MALDONADO, *Separação...*, p. 5), mesmo que com um caráter secundário em relação aos poderes do legislativo e do executivo.

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade; porque é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente.

[...]

Dos três poderes de que falamos, o de julgar é, de certa forma, nulo. Restam apenas dois: e, como precisam de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta de nobres é muito adequada para produzir esse efeito (MONTESQUIEU, 2009, p. 169 e 172).

Em 1803, ao analisar o caso *Marbury vs Madison*, a Corte Suprema norte-americana (em decisão advinda de John Marshall, então Chefe de Justiça dos Estados Unidos) coube elevar o Poder Judiciário ao *status* de julgador da compatibilidade das leis à Constituição (*Judicial Review of Legislation*), instaurando pela primeira vez o controle judicial de constitucionalidade incidental e difuso no mundo. Segundo a decisão, “[...] compete ao Poder Judiciário dizer o que é lei, considerada lei aquele ato legislativo em conformidade com à Constituição, ato legislativo contrário à Constituição não é lei” (MALDONADO, *Separação...*, p. 7).

Já em 1920, inspirada no pensamento de Hans Kelsen, a Constituição austríaca implanta o controle judicial concentrado de constitucionalidade dos atos jurídicos, atribuindo tal função a um tribunal constitucional supremo. Nesta modalidade de controle, a compatibilidade dos atos jurídicos é apreciada em face da Constituição, de forma abstrata, sem a exigência de demanda individual concreta, bastando a provocação do judiciário pelos legitimados para tal ato.

Nos dias atuais, com a judicialização da política e a crescente participação do judiciário nas decisões políticas e sociais, muito se questiona quanto a um possível desrespeito a teoria da separação dos poderes, sob a alegação de invasão judicial nas atribuições dos demais poderes. Entretanto, não possui o direito um caráter móvel e evolutivo, e, portanto, sujeito às transformações sociais? O princípio da separação dos poderes ainda deve ser interpretado como o foi na Antiguidade grega e romana, bem como foi na vigência dos Estados absolutista e liberal? Cremos que não.

A separação e interdependência não é um esquema constitucional rígido, mas apenas um princípio organizatório fundamental. Com tal, não há que se perguntar pela sua realização estrita nem há que considerá-lo como um dogma de valor intertemporal (CANOTILHO<sup>118</sup>).

Errônea é a ideia de que a história se repete. A história nunca se repete, cabendo-nos compreender que um momento histórico jamais irá se reproduzir, por mais similar que se pareça com o parâmetro sob análise. Da mesma forma, a linguagem também é alterada pelo tempo e, por conseguinte, o resultado de sua interpretação pelas pessoas. Entender o princípio da separação dos poderes estatais tal como foi manifestado por Montesquieu e compreendido por seus contemporâneos é erro crasso ao qual o intérprete atual não pode incorrer.

O momento em que vivemos é diverso, aliás, muito mais complexo. Decorrência lógica, cada época “[...] *fixa as normas e os limites de sua exegese do Direito, em função dos valores culturais dominantes*” (REALE<sup>119</sup>), assim sendo, as relações entre o Estado e seus cidadãos hoje são regidas pelos valores do Estado social, o qual prioriza a concretização dos direitos e garantias fundamentais, devendo a teoria da tripartição do poder ser reinterpretada para se adequar a este novo parâmetro de ordem social. “*Numa idade em que o povo organizado se fez o único e verdadeiro poder e o Estado contraiu na ordem social responsabilidades que o Estado liberal jamais conheceu, não há lugar para a prática de um princípio rigoroso de separação*” (BONAVIDES<sup>120</sup>).

Destarte, o ativismo judicial não se configura uma invasão nas competências legislativas e administrativas, haja vista que a CRFB de 1988 não contemplou a exclusividade do desempenho dessas funções por um único órgão-poder. Cada qual, em consequência, deve obediência ao núcleo essencial do princípio da separação dos poderes, exercendo as atividades que possuam a prevalência da função estatal que lhes competem, pois “[...] *sempre haverá um ‘núcleo essencial’ da função que não é passível de ser exercido senão pelo Poder competente*” (RAMOS, 2015, p.118). As funções legislativas, administrativas e jurisdicionais ainda devem ser atribuídas a

---

<sup>118</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 552 *apud* MENDES, G., 2012, p. 116.

<sup>119</sup> REALE, Miguel. **Estudos de Filosofia e Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 72 *apud* RAMOS, 2015, p. 11.

<sup>120</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010 *apud* MENDES, G., 2012, p. 117.

órgãos distintos (porém interativos), sendo certo que o modelo de Estado social vigente não permite a manutenção da rígida divisão de outrora e, por conseguinte, “*não mais existem funções exclusivas, apenas funções típicas de cada poder*” (BECATTINI, 2013, p. 9).

A doutrina da separação de poderes evoluiu em consonância com os modelos de Estados contemporâneos, proporcionando não apenas uma fórmula para se conter o poder estatal, mas também para se apoiar um sistema de organização deste, chegando ao que se chama hoje de poder uno, existindo, ao invés de separação, uma repartição das funções estatais típicas (ou básicas), equilibradas harmonicamente por meio de funções atípicas. O princípio da separação harmônica entre os poderes também se apoia no *sistema de freios e contrapesos (check and balances)*, o qual alivia a rigidez do primeiro. Segundo esta doutrina, os poderes devem mutuamente se regularem, no intuito de evitar abusos no exercício da função estatal. Nota-se que os poderes constituídos não perdem sua autonomia, mas apenas ficam submetidos a mecanismos de controle recíproco, inexistindo supremacia de um para com os demais. É importante ter em mente que os poderes constituídos não são soberanos ou independentes, mas sim autônomos e interdependentes, o que justifica o exercício de função atípica (não constituinte do núcleo essencial típico da função daquele que *sofre a intervenção*) de um poder pelo outro. É o sistema de freios e contrapesos, enfim, que ameniza a separação dos poderes, ao permitir o exercício de funções estatais de forma preponderante, mas não exclusiva.

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, a 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 (HARGER<sup>121</sup>).

É de se acrescentar, ainda, que a afetação das funções aos órgãos deve ser feita de modo a se obter uma relativa especialização funcional, ou seja, cada aparato orgânico deve, *predominantemente*, exercer uma delas, sendo estruturado com vista ao exercício adequado da atividade, admitindo-se, pois, um certo compartilhamento de funções, genérico ou individualizado (RAMOS, 2015, p. 115 e 116).

---

<sup>121</sup> HARGER, Marcelo. **O Estado de Direito Brasileiro e a Quebra no princípio da Tripartição dos Poderes**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 13. Nº 50, p. 90-108, 2005 *apud* MIARELLI; LIMA, 2012, p. 73.

Uma concepção atualizada acerca da teoria da separação dos poderes é necessária. Uma concepção que convalide a existência de apenas um poder, este tripartido em órgãos fortes, autônomos e harmoniosamente interdependentes, segundo um sistema de freios e contrapesos, sendo exercido por meio de diálogos<sup>122</sup> entre todos quando vise à consecução dos direitos e garantias fundamentais. É preciso entender que o Estado avançou ao separar o exercício do seu poder, avançou ao equiparar a força entre os órgãos que o exercem, avançou ao criar mecanismos de interdependência e controle mútuo (com preservação da autonomia dos poderes constituídos), avançou ao priorizar o ser humano e a proteção aos direitos fundamentais, restando, por derradeiro, ver com bons olhos o exercício de funções atípicas (não componentes do núcleo essencial da tripartição do poder) pelo magistrado, em exercício pleno do ativismo judicial e com abertura institucional para o diálogo com os demais poderes, para, somente assim, consolidar as ambiciosas metas do Estado social.

---

<sup>122</sup> Vide páginas 51-52.

#### **d. NORMAS CONSTITUCIONAIS DE PRINCÍPIO PROGRAMÁTICO, DIREITOS SOCIAIS A PRESTAÇÕES MATERIAIS E O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DA MAGISTRATURA**

De início, rejeita-se a expressão usual *normas programáticas*, haja vista que toda norma contém comando imperativo e de caráter vinculativo, o que entra em conflito com o conceito de programa, este voltado a determinação de fins de cunho dispositivo. Portanto, assim como todas as outras, as *normas constitucionais de princípio programático* são normas jurídicas imperativas, as quais, de outro lado, se apresentam na forma de princípios e não incomumente têm sua efetividade não tão alargada quanto as demais normas que afirmam direitos fundamentais.

Podemos conceituá-las como:

[...] normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado (MEIRELLES TEIXEIRA<sup>123</sup>).

Mesmo de aplicação cogente e determinando finalidades a serem obrigatoriamente cumpridas, não se pode negar que a Constituição atribuiu certa discricionariedade ao legislador ordinário quanto a escolha dos meios, haja vista que as normas de princípio programático não apontam os meios a serem adotados para sua concretização. Trata-se, em verdade, de um dever de legislar.

José Afonso da SILVA (2012, p. 147), em resumo, indicou os seguintes atributos específicos das normas de princípio programático, sendo as que: a) têm por objeto a disciplina dos interesses econômico-sociais; b) não tiveram força suficiente para se desenvolver integralmente, sendo acolhidas, em princípio, como programa a ser realizado pelo Estado, por meio de leis ordinárias ou outras providências; e c) têm a eficácia reduzida com relação ao seu objeto específico e essencial.

A já mencionada tese de Ingo Sarlet sobre a variável densidade normativa das normas constitucionais, bem explica os efeitos daquelas de princípio programático.

---

<sup>123</sup> MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro, Forense Universitária: 1991, p. 324 *apud* SILVA, J., 2012, p. 135.

Em face do exposto, pode falar-se em normas constitucionais de alta densidade normativa, que, dotadas de suficiente normatividade, se encontram aptas a, diretamente e sem a intervenção do legislador ordinário, gerar os seus efeitos essenciais (independentemente de uma ulterior restringibilidade), bem como em normas constitucionais de baixa densidade normativa, que não possuem normatividade suficiente para – de forma direta e sem uma *interpositio legislatoris* – gerar seus efeitos principais, ressaltando-se que, em virtude de uma normatividade mínima (presente em todas as normas constitucionais), sempre apresentam certo grau de eficácia jurídica.

[...]

Neste contexto, consideramos possível partir da premissa de que todas as normas da Constituição aptas a serem enquadradas no grupo das normas de cunho programático apresentam um elemento comum que justifica suficientemente esta opção, qual seja, o de que todas estas normas se caracterizam pelo fato de reclamarem, para que possam vir a gerar a plenitude de seus efeitos, uma interposição do legislador. Cuida-se, portanto, de normas que apresentam a característica comum de uma (em maior ou menor grau) baixa densidade normativa, ou, se preferirmos, uma normatividade insuficiente para alcançarem plena eficácia, porquanto se trata de normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implementados pelo Estado, ou que contêm determinadas imposições de maior ou menor concretude dirigidas ao Legislador (SARLET, 2012, p. 226 e 258).

Clara é a conclusão de que inexistente norma constitucional destituída de eficácia, sendo correto afirmar, todavia, que nem todas possuem uma alta carga de eficácia, muito menos atribuem direitos subjetivos de modo amplo por si só. Não obstante, é possível a concessão de direitos subjetivos sociais originários da Constituição a partir das normas de princípio programático, recomendando-se, para tanto, maior cautela ao magistrado (inclusive em maior medida a autocontenção), haja vista que precipuamente tal competência regulatória é atribuída ao Poder Legislativo. É verdade, no entanto, que pode o Poder Judiciário efetuar o controle dos atos legislativos, em casos de matéria estranha à livre conformação legislativa, como a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, bem como em casos de omissão ou insuficiência legislativa e/ou desrespeito a máxima da proporcionalidade. Por outro lado, determinada a medida legal executora da norma de princípio programático, patente o direito subjetivo do cidadão e, portanto, plenamente justificável o benefício social eventualmente negado.

A necessidade de interposição legislativa dos direitos sociais prestacionais de cunho programático justifica-se apenas (se é que tal argumento pode assumir feição absoluta) pela circunstância – já referida – de que se cuida de um problema de natureza competencial, porquanto a realização destes direitos depende da disponibilidade dos meios, bem como – em muitos casos – da progressiva implementação e execução de políticas públicas na esfera socioeconômica (SARLET, 2012, p. 259).

A competência do tribunal termina nos limites do definitivamente devido. Mas os princípios contêm exigências normativas endereçadas ao legislador mesmo além desses limites. Um legislador que satisfaça princípios de direitos fundamentais além do âmbito do definitivamente devido satisfaz normas de direitos fundamentais mesmo se não está definitivamente obrigado a fazê-lo, e, por isso, não pode ser obrigado a tanto por um tribunal constitucional (ALEXY, 2015, p. 519).

ALEXY (2015, p. 446), aceitando a atividade judicial garantidora de direitos, entende que “[...] os direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”, insistindo que “o fato de os direitos fundamentais sociais dependerem de uma configuração infraconstitucional não é uma objeção decisiva, pois [...] um tribunal constitucional não é, de modo algum, impotente em face de um legislador omissor” (idem, p. 514).

Não menos relevante, o papel contramajoritário da magistratura desempenha importante função no cenário democrático. Tradicionalmente, no Estado liberal, a democracia era entendida como mera vontade da maioria (a qual tinha acesso à política e não para todos os cidadãos) e rígida separação de poderes, pendendo o poder político para a esfera legislativa, com menosprezo à importância do Poder Judiciário. Já o Estado social “[...] despontou para conciliar de forma duradoura e estável a Sociedade com o Estado [...]” (BONAVIDES, 2001, p. 156), abrindo caminho para as demandas sociais e contramajoritárias abrigadas pelos direitos fundamentais. Dentro de uma autonomia harmônica e interdependente com os demais poderes, cabe ao Poder Judiciário a função de garantidor das demandas sociais mínimas e da dignidade da pessoa, preservando-as, inclusive, de maneira contrária as decisões da maioria do parlamento ordinário, numa nítida atuação contramajoritária (porém democrática). Nos dias atuais, a democracia não mais é concretizada apenas pela sua dimensão formal e majoritária, mas agregou uma dimensão substancial radicada nos direitos fundamentais e assegurada, inclusive, pelo contramajoritarismo do Poder Judiciário, podendo-se afirmar que “o sistema contramajoritário de controle de constitucionalidade representaria [...] mecanismo de autoproteção da própria democracia” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 171).

[...] importa referir a função decisiva exercida pelos direitos fundamentais num regime democrático como garantia das minorias contra eventuais desvios de poder praticados pela maioria no poder [...].

Nesta perspectiva, a doutrina tem reconhecido que entre os direitos fundamentais e a democracia se verifica uma relação de interdependência e reciprocidade. [...] aos direitos fundamentais é atribuído um caráter contramajoritário, que, embora inerente às democracias constitucionais (já que sem a garantia de direitos fundamentais não há verdadeiramente democracia) não deixa de estar, em certo sentido, permanentemente em conflito com o processo decisório político, já que os direitos fundamentais são fundamentais precisamente por estarem subtraídos à plena disponibilidade por parte dos poderes constituídos, ainda que democraticamente legitimados para o exercício do poder (SARLET, 2012, 48).

Registra-se, pela relevância histórica, que o termo *dificuldade contramajoritária* surgiu no mundo jurídico de modo contrário ao exposto, por Alexandre Bickel<sup>124</sup>, o qual:

[...] buscava proteger a legitimidade das decisões do Poder Judiciário, pois, ele temia que uma cotidiana e permanente intervenção do Poder Judiciário em matérias de natureza política viesse, a médio ou em longo prazo, subtrair a “legitimidade” e a “credibilidade” de suas decisões (GUEDES, 2012).

BICKEL<sup>125</sup> defendia que a falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário criava uma dificuldade contramajoritária à intervenção deste em questões até então precipuamente políticas, entendendo que cabia à magistratura uma atuação em conformidade com suas *virtudes passivas* evitando, assim, “[...] transformar conflitos jurídicos em conflitos políticos e constitucionais”. A intervenção do Judiciário, nesta linha, “[...] desequilibrava o jogo democrático” (GODOY, 2014), fazendo de Bickel um opositor ao contramajoritarismo. Entretanto, de forma oposta ao concebido por Bickel, nossa Constituição acolheu o desempenho contramajoritário do Poder Judiciário como uma *virtude ativa*, um dever de proteção às minorias resguardadas constitucionalmente.

Enfim, a conjuntura narrada qualifica o Estado como social e, nas palavras de BONAVIDES (2013, p. 38): “*sem Estado social não há democracia, e sem democracia não há legitimidade*”. Em conclusão, existindo suficiente densidade normativa no dispositivo constitucional, não há como negar espaço ao ativismo judicial como meio de exercício do caráter contramajoritário do Judiciário, já que este, de forma inercial, limitada, imparcial e técnica, lapida a antiga opressão liberal da maioria, esta apenas formalmente igual aos oprimidos.

---

<sup>124</sup> BICKEL, Alexandre. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 1962.

<sup>125</sup> *apud* GUEDES, 2012.



## CONCLUSÃO

O objetivo desta obra consistiu em averiguar qual a medida ideal de participação judicial na concessão do benefício assistencial de prestação continuada e, em corte pontual, apurar como o ativismo ou a autocontenção judiciais influenciam a interpretação e aplicação do requisito legal da renda familiar *per capita* para fruição do benefício em comento.

Para tanto, ressaltou-se a importância da supremacia constitucional no Estado social e a necessidade de aprimoramento dos meios judiciais para a maior efetivação dos direitos fundamentais sociais, partindo-se de ponderações acerca da legitimidade do Poder Judiciário.

A maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial. De acordo com o conhecimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. Essa afirmação, que reverencia a lógica da separação de Poderes, deve ser aceita com temperamentos, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica. Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do Direito (BARROSO, 2012, *Judicialização...*, p. 28).

A conceituação teórica adotada, por sua vez, baseou-se na adoção de critérios de justiça distributiva pela magistratura, ao invés da usual prática comutativa inapropriadamente presente no Direito Público.

[...] os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios (FARIA<sup>126</sup>).

Não menos importante, o valor da dignidade da pessoa humana e a regra do mínimo existencial foram considerados como inafastáveis da interpretação judicial dos

---

<sup>126</sup> FARIA, José Eduardo. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 105 *apud* SARLET, 2012, p. 252.

direitos sociais, ambos compondo competência decorrente diretamente da Constituição, livres, portanto, das regras de precípua conformação legislativa.

A noção de que as pessoas precisam de certos meios materiais para desenvolver suas capacidades também me parece sábia, além de ter se tornado cada vez mais verdadeira conforme a sociedade e a tecnologia ficam mais complexas (FLEISCHACKER, 2006, p. 184).

A extensão do exercício dos direitos fundamentais sociais aumenta em crises econômicas. Mas é exatamente nesses momentos que pode haver pouco a ser distribuído. [...] é exatamente nos tempos de crise que a proteção constitucional, ainda que mínima, de posições sociais parece ser imprescindível (ALEXY, 2015, p. 513).

A dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário foi exposta como superada, haja vista que incompatível com o conceito moderno de democracia substancial pautado no respeito a todos os direitos fundamentais, pois *“[...] a regra da maioria pode servir como instrumento de opressão que, pouco a pouco, acaba por suplantar os princípios fundamentais de tolerância que caracterizam as comunidades democráticas e plurais”* (APPIO, 2008, p. 37) e, por consequência, *“[...] pode facilmente se converter em ditadura das maiorias, especialmente nas sociedades pós-modernas [...]”* (idem, p. 41).

De forma mais específica, constatou-se que o ativismo judicial possui uma outra face, qual seja, a autocontenção judicial, bem como que ambos são capazes de fazer valer os direitos fundamentais como preceituados na Constituição. A relação entre ambos não é de forma alguma maniqueísta, de conflito puro e simples ou de extremos que não se compatibilizam, mas sim, por outro ângulo, de uma necessária densidade na aplicação da intervenção judicial na esfera outrora precípua dos demais poderes, em formato de graduação múltipla, a depender da presença de parâmetros favoráveis a um ou a outro, sempre no caso concreto.

Em constatação diversa da impressão superficial, apontou-se que a assistência social estatal não se configura, inicialmente, como decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, tratando-se, em verdade, de medida subsidiária e preferencialmente substituível por outras formas de proteção do ser humano. Os demais princípios da assistência social, por sua vez, assinalam para uma ampla (ou maior possível) divisão solidária e universal do orçamento social, prevalecendo argumentos de justiça distributiva ao invés da criação de privilégios.

O Supremo Tribunal Federal, após longo debate iniciado na década de 1990, reconheceu um processo de inconstitucionalização no dispositivo legal que determina o critério de miserabilidade do grupo familiar assistido por benefício de prestação continuada. Pode-se rematar que, dentro dos parâmetros mais adequados ao contexto do ativismo e da autocontenção judiciais, aos direitos sociais e aos seus nortes distributivos, o último posicionamento emitido destoou da designação constitucional que lhe foi atribuída.

Em termos efetivos, o Poder Judiciário instituiu *novos direitos sociais* (dentro da ordem-moldura constitucional, porém de inadequada deliberação pela via judicial), deixando de ponderar questões relacionadas ao custo efetivo daqueles, bem como a ocorrência inequívoca do avanço da judicialização da matéria, haja vista que impossibilitou a ampla concessão (pelos novos critérios que adotou) ao cidadão que utilize a via ordinária administrativa. Com base em um discurso mais político do que principiológico (este sim atinente aos tribunais), o referido poder consignou uma imposição orçamentária bilionária, cerceando qualquer ponderação legislativa da apropriada destinação do orçamento social.

Em descompasso com a evolução do constitucionalismo, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal rejeitou a abertura de diálogo institucional com os demais poderes, em nítida postura adversarial com o parlamento e com a administração pública, eliminando qualquer possibilidade de interação deliberativa. Enfim, não houve cooperação e diálogo, mas sim supremacia e última palavra.

Em conclusão, no tocante a direitos fundamentais sociais a prestações (não vinculados à dignidade da pessoa ou ao mínimo existencial e ainda não estabelecidos como direitos subjetivos), há tendência à autocontenção judicial como exigência hermenêutica para uma melhor ponderação dos interesses envolvidos, levando-se em conta a menor adequação funcional do Poder Judiciário para concretizar justiça distributiva, igualdade material e universalização destes direitos. Não obstante e equivocadamente, na ponderação judicial da constitucionalidade do requisito da renda familiar *per capita* máxima para gozo de benefício de prestação continuada, uma atitude proativa tem prevalecido.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AJOUZ, Igor. **O Direito Fundamental à Assistência Social e a distribuição de Deveres entre o Estado e a Família**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito das Minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ARAÚJO, Eugênio Rosa. **Economia e Justiça – Ativismo Judicial na política monetária**. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Disponível em: <[www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20101215-01.doc](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20101215-01.doc)>. Acesso em 21 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **“Aqui, lá e em todo lugar”: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional**. Revista dos Tribunais, Ano 101, v. 919, 2012, p. 127-196. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/aqui\\_em\\_todo\\_lugar\\_dignidade\\_humana\\_direito\\_contemporaneo\\_discurso\\_transnacional.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/aqui_em_todo_lugar_dignidade_humana_direito_contemporaneo_discurso_transnacional.pdf)>. Acesso em 21 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Disponível em: <[http://www.oab.org.br/editora/revista/revista\\_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf)>. Acesso em 21 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Uberaba/MG: Revista Jurídica UNIJUS, v. 11, nº 15, 2008, p. 13-38. Disponível em: <[http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus\\_15.pdf](http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf)>. Acesso em 21 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Direito e política: a tênue fronteira ou judicialização, ativismo judicial e democracia**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI156926,41046-Direito+e+politica+a+tenu+fronteira+ou+judicializacao++ativismo>>. Acesso em 21 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, nº 225, p. 5-37, 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47562/44776>>. Acesso em 21 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: (Syn)Thesys, v. 5, nº 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <<http://www.e->

publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em 21 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Processual Geral, 2003.

BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BECATTINI, Sérgio Rubens Birchal. **Dilemas da Atuação do Poder Judiciário Ativismo Judicial sob a Ótica do Pensamento de Ronald Dworkin**. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **A quinta geração de Direitos Fundamentais**. Internet: Revista Direitos Fundamentais e Justiça, ed. nº 3, p. 82-93, 2008. Disponível em: <[http://dfj.inf.br/Arquivos/PDF\\_Livre/3\\_Doutrina\\_5.pdf](http://dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf)>. Acesso em 21 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª e 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002 e 2004.

\_\_\_\_\_. **Do Estado liberal ao Estado social**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)**. Internet: Revista Estudos Avançados, v. 18, ed. nº 51, p. 127-150, 2004. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10003/11575>>. Acesso em 21 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: Por um Direito Constitucional de luta e resistência; Por uma Nova Hermenêutica; Por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos; STRINGARI, Amana Kauling. **Hermenêutica aplicada – O Benefício Assistencial de Prestação Continuada à Luz das Teorias Neoconstitucionais**. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: Limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, ano 51, nº 202, 2014, p. 159-179. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/503043/001011324.pdf?sequen ce=1>>. Acesso em 21 set. 2015.

CHAVES, Alexandre Duque de Miranda. **O Caráter Contramajoritário do Senado sob a Ótica do Governo Misto e da Separação de Poderes: uma análise do bicameralismo brasileiro**. Rio de Janeiro: PUC/Rio, 2010. Disponível em: <[http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/biblioteca/php/mostrateses.php?open=1&arqtese=0821986\\_10\\_Indice.html](http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/biblioteca/php/mostrateses.php?open=1&arqtese=0821986_10_Indice.html)>. Acesso em 21 set. 2015.

COELHO, Inocêncio Mártires. **A dimensão política da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, nº 225, p. 39-44, 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47563/44777>>. Acesso em 21 set. 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013, v.1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2009, v. 2.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade**. In: FELLET, André; PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, v. 1. Disponível em: <<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ativismo%20soltas.pdf>>. Acesso em 21 set. 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas: Normatividade, Operatividade e Efetividade**. São Paulo, Revista dos Tribunais: 2001.

FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. São Paulo: Marins Fontes, 2006.

GARCIA, Maria. **Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GODOY, Arnaldo. **Alexander Bickel e a metáfora do Judiciário como o mais fraco dos poderes**. Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2014-ago-03/embargos-culturais-alexander-bickel-metafora-judiciario-fraco-poderes#\\_ftnref4](http://www.conjur.com.br/2014-ago-03/embargos-culturais-alexander-bickel-metafora-judiciario-fraco-poderes#_ftnref4)>. Acesso em 21 set. 2015.

GUEDES, Néviton. **Alexander Bickel e o ano do Supremo Tribunal Federal**. Consultor Jurídico, 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-25/constituicao-poder-alexander-bickel-ano-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em 21 set. 2015.

HELENA, Eber Zoehler Santa. **Justiça distributiva na Teoria da Justiça como Equidade de John Rawls**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, ano 45, nº 178, 2008, p. 337-346. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176536/000842803.pdf?sequence=3>>. Acesso em 21 set. 2015.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. Niterói: Impetus, 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 1997.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

\_\_\_\_\_. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, ano 36, nº 144, 1999, p. 239-260. Disponível em:

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/545/r144-17.PDF?sequence=4>>. Acesso em 21 set. 2015.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do Possível e Mínimo Existencial: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

MALDONADO, Maurílio. **Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no Estado brasileiro**. Disponível em: <[http://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao\\_de\\_poderes.pdf](http://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf)>. Acesso em 21 set. 2015.

MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do Direito e do Poder Judiciário: Neoconstitucionalismo ou Poder Constituinte permanente?**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MARINONI, Luís Guilherme. **A jurisdição no Estado Constitucional**. 2012. Disponível em: <[http://www.marinoni.adv.br/baixar.php?arquivo=files\\_/A%20JURISDI%C3%87%C3%83O%20NO%20ESTADO%20CONSTITUCIONA1.doc](http://www.marinoni.adv.br/baixar.php?arquivo=files_/A%20JURISDI%C3%87%C3%83O%20NO%20ESTADO%20CONSTITUCIONA1.doc)>. Acesso em 21 set. 2015.

MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. **O Benefício Assistencial de Prestação Continuada. Reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à seguridade social**. São Paulo: LTr, 2009.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisdicional na “sociedade órfã”**. Revista Novos Estudos, nº 58, p. 183-202, 2000. Disponível em: <[http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/92/20080627\\_judiciario\\_como\\_superego.pdf](http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/92/20080627_judiciario_como_superego.pdf)>. Acesso em 21 set. 2015.

MENDES, Conrado Hübner. **Diálogo Institucional**. Entrevistado por Henrique Rosilho, 2008. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/observatorio\\_ver.php?idConteudo=12](http://www.sbdp.org.br/observatorio_ver.php?idConteudo=12)>. Acesso em 21 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008. Disponível em: <[http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE\\_CONRADO\\_HUBNER\\_MENDES.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf)>. Acesso em 21 set. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discurso/anexo/munster\\_port.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discurso/anexo/munster_port.pdf)>. Acesso em 21 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional**. Brasília: Editora IDP, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2ª e 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008 e 2009.

MENEQUIN, Fernando; BUGARIN, Tomás. **Qual o critério para ser miserável no Brasil? (e como o Judiciário agrava a miséria)**. Instituto Fernand Braudel de Economia Mundial, 2015. Disponível em: <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/?p=2444>>. Acesso em 21 set. 2015.



MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. **Ativismo judicial e a efetivação de direitos no supremo tribunal federal**. São Paulo: Sérgio Antônio Fabris, 2012.

MIRANDA, Alessandro Santos de. **Ativismo Judicial na Promoção dos Direitos Sociais**. São Paulo: LTr, 2013.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000, v. IV.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. **O conceito de justiça distributiva no Estado Democrático de Direito: uma compreensão da justiça distributiva e do acesso à justiça no estado constitucional democrático brasileiro**. Belo Horizonte: PUC/MG, 2009. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_MoraisME\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MoraisME_1.pdf)>. Acesso em 21 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Sobre a evolução do Estado. Do Estado absolutista ao Estado Democrático de Direito**. Teresina: Revista Jus Navigandi, ano 16, nº 2.833, 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18831>>. Acesso em 21 set. 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NERY, Pedro Fernando. **Qual o programa assistencial mais caro do Brasil? (Não é o Bolsa Família)**. Instituto Fernand Braudel de Economia Mundial, 2014. Disponível em: <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/?p=2331>>. Acesso em 21 set. 2015.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Método, 2013.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade Frente à Reserva do Possível**. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

PACHECO, Felipe José Minervino. **Justiça Social e estratégias de positivação dos direitos fundamentais sociais na constituição brasileira de 1988: o mínimo vital como condição à inclusão e desenvolvimento sociais**. São Paulo: PUC/SP, 2010. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp138662.pdf>>. Acesso em 21 set. 2015.

PAULA, Alexandre Sturion de. **Ativismo Judicial no Processo Civil – Limites e Possibilidades Constitucionais**. Campinas: Servanda Editora, 2012.

PERLINGEIRO, Ricardo. **A impugnação judicial de atos administrativos na defesa de interesses difuso, coletivo e individuais homogêneos**. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Estado, v. 7, p. 255-272, 2007. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2250854](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2250854)>. Acesso em 21 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **A tutela judicial do direito público à saúde no Brasil**. Direito, Estado e Sociedade (Impresso), v. 41, p. 184-203, 2012. Disponível em:

<[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2250121&download=yes](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2250121&download=yes)>. Acesso em 21 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **É a reserva do possível um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais?**. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, v. 2, p. 163-185, 2013. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2343965](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2343965)>. Acesso em 21 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Novas perspectivas para a judicialização da saúde no Brasil.** Braga/Portugal: Scientia Iuridica, Tomo LXII, nº 333, p. 519-539, 2013. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2363398](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2363398)>. Acesso em 21 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **O devido processo legal administrativo e a tutela judicial efetiva. Um novo olhar?**. São Paulo: Revista de Processo, v. 239, p. 293-331, 2015. Disponível em: <<https://www.academia.edu/9877908>>. Acesso em 21 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Os cuidados de saúde dos idosos entre as limitações orçamentárias e o direito a um mínimo existencial.** Revista de Direito Sanitário, v.15, p. 83-118, 2014. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2441607](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2441607)>. Acesso em 11 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Princípios fundamentais e regras gerais da jurisdição administrativa.** Rio de Janeiro: Revista da EMARF, v. 23, nº 1, p.311-365, 2015. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2662737](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2662737)>. Acesso em 21 set. 2015.

PINHEIRO, Régis Gonçalves. **A teoria da justiça de John Rawls e a constitucionalidade das ações afirmativas no Brasil.** Brasília: Revista CEJ, ano XVII, nº 59, 2013, p. 100-108. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1684/1708>>. Acesso em 21 set. 2015.

QUEIROZ, Victor Santos. **A dignidade da pessoa humana no pensamento de Kant. Da fundamentação da metafísica dos costumes à doutrina do direito. Uma reflexão crítica para os dias atuais.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7069>>. Acesso em: 21 set. 2015.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAWLS, John. **Justiça como Equidade: uma reformulação.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo\\_Ing\\_o\\_DF\\_sociais\\_PETROPOLIS\\_final\\_01\\_09\\_08.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ing_o_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf)>. Acesso em: 21 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um Constitucionalismo Dirigente possível.** Salvador: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, nº15, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-15-SETEMBRO-2008-INGO%20SARLET.pdf>>. Acesso em 21 set. 2015.

SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Diálogos Institucionais e Ativismo.** Curitiba: Juruá Editora, 2012.

SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia.** Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, nº 212, p. 89-94, 1998. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47169/45637>>. Acesso em 21 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Dignidade (da pessoa) Humana, Mínimo Existencial e Justiça Constitucional: algumas aproximações e alguns desafios.** Disponível em: <<http://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/24/28>>. Acesso em 21 set. 2015.

SILVA, Naiane Louback. **A Judicialização do Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social.** São Paulo: Revista Serviço Social e Sociedade, nº 111, 2012, p. 555-575. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-66282012000300009&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-66282012000300009&script=sci_arttext)>. Acesso em 21 set. 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais.** Revista Direito do Estado 4, 2006, p. 23-51. Disponível em: <[http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2006-RDE4-Conteudo\\_essencial.pdf](http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf)>. Acesso em 21 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **O proporcional e o razoável.** Revista dos Tribunais, ano 91, nº 798, 2002, p. 23-50. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/69\\_SILVA,%20Virgilio%20Afonso%20da%20-%20O%20proporcional%20e%20o%20razoavel.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/69_SILVA,%20Virgilio%20Afonso%20da%20-%20O%20proporcional%20e%20o%20razoavel.pdf)>. Acesso em 21 set. 2015.

STRECK, Lênio. **Ativismo judicial não é bom para a democracia.** Entrevistado por Aline Pinheiro, 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul#top>>. Acesso em 21 set. 2015.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VIEIRA, José Ribas. **Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil.** Juiz de Fora/MG: Estação Científica, v. 1, nº 4, p. 44-57, 2009. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/2654368/artigo%203%20revisado.pdf>>. Acesso em 21 set. 2015.