



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I – CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

MARIANA VIEIRA RIBEIRO

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA BRASILEIRA: O controle judicial de
constitucionalidade e o problema da Reclamação 4.374-PE**

**CAMPINA GRANDE – PB
2014**

MARIANA VIEIRA RIBEIRO

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA BRASILEIRA: O controle judicial de
constitucionalidade e o problema da Reclamação 4.374-PE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Hugo César Araújo de Gusmão

**CAMPINA GRANDE – PB
2014**

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

R484j Ribeiro, Mariana Vieira.

Judicialização da política brasileira [manuscrito] : o controle de constitucionalidade e o problema da reclamação 4.374-PE / Mariana Vieira Ribeiro. - 2014.

28 p. : il. color.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2014.

"Orientação: Prof. Dr. Hugo César Araújo de Gusmão, Departamento de Direito Público".

1. Controle Judicial. 2. Constitucionalidade. 3. Judicialização. 4. Reclamação 4.374-PE. 5. Judicialização de Políticas Públicas. I. Título. 21. ed. CDD 342

MARIANA VIEIRA RIBEIRO

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA BRASILEIRA: O controle judicial de
constitucionalidade e o problema da Reclamação 4.374-PE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Bacharelado em Direito da
Universidade Estadual da Paraíba, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Aprovada em 18/11/2014.

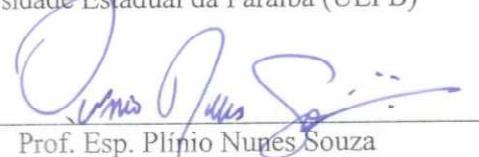
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Hugo César Araújo de Gusmão (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Ms. Maria Cezilene Araújo de Moraes
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Esp. Plínio Nunes Souza
União de Ensino Superior de Campina Grande (UNESC)

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer ao meu pai, professor desta instituição de ensino, Emmanuel Pedro Sormanny Gabino Ribeiro, por inculcir em mim o amor pelo conhecimento, pela leitura – pelo saber. Obrigada, pai!

Agradeço à minha família pelo apoio, afeto e amor constantes.

Ao meu namorado, João Gustavo, com quem divido as pequenas e grandes alegrias da vida cotidiana e, também, as responsabilidades e dificuldades de uma vida em comum.

Ao meu filho, João Gabriel, por me apresentar ao amor infinito e irrestrito.

À minha grande amiga e companheira, Yasmim, que foi apoio e alento nos cinco longos anos de graduação.

À esta instituição de ensino, seus professores; técnicos e empregados; à seu Jadir, Marquinhos e Djalma; minha sincera gratidão.

Ao meu orientador, Hugo César Araújo de Gusmão, pela paciência, compreensão e competência na orientação deste trabalho, meu muito obrigada. O senhor sempre será sinônimo de exemplo e inspiração.

Aos professores da banca examinadora que aceitaram meu convite, agradeço imensamente.

A todos que, direta ou indiretamente, fizeram parte da minha formação, sou grata.

Por fim: agradeço a Deus pela vida, e por toda força e coragem durante toda esta longa caminhada.

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA BRASILEIRA:
O controle judicial de constitucionalidade e o problema da Reclamação 4.374-PE

RIBEIRO, Mariana Vieira¹.

RESUMO

O controle judicial de constitucionalidade surge como um mecanismo para corrigir distorções em sistemas jurídicos, e funciona adequando o regramento infraconstitucional às disposições da Constituição. Ocorre que a constitucionalização de direitos fundamentais, aliada à crise de legitimidade enfrentada pelos órgãos eleitos, principalmente em razão de sua inefetividade, favoreceu o movimento de judicialização de questões sociopolíticas e morais. As decisões tomadas pelo Supremo, contudo, a cada dia tornam-se menos óbvias e mais questionáveis, e não existe possibilidade nem meios de recurso, após esgotados os recursos processuais cabíveis. Para apresentar concretamente o problema, expõe-se o caso da Reclamação 4.374-PE, julgada pelo Supremo em 18 de abril de 2013, decisão através da qual se permitiu que o Judiciário interferisse em questões de natureza política, como a execução de políticas públicas de assistência social. Além de esbarrar em problemas orçamentários imediatos, o STF desrespeita o próprio texto constitucional, ao delegar a órgãos judiciais uma tarefa que a própria Constituição atribuiu à lei. Do exposto, faz-se necessário revisitar os fundamentos do mecanismo de controle de constitucionalidade, observando os objetivos para os quais foi criado e os limites de sua utilização.

PALAVRAS – CHAVE: Controle judicial de constitucionalidade. Judicialização. Reclamação 4.374-PE. Judicialização de políticas públicas.

¹ Bacharelada do Curso de Direito, pela Universidade Estadual da Paraíba. marianavieirar@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO	10
2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: IDEIA GERAL E BREVE HISTÓRICO	11
2.1. O modelo americano	11
2.2. O modelo europeu	13
2.3. Críticas ao controle judicial de constitucionalidade	13
3. O MODELO DE CONTROLE ADOTADO PELO BRASIL	16
4. A ASCENSÃO DO JUDICIÁRIO	19
5. O CASO LOAS: CRITÉRIO DO JULGADOR	19
6. CONCLUSÃO	25
REFERÊNCIAS	27

1. INTRODUÇÃO

Este estudo surge a partir da observação de uma discrepância nas decisões entre os magistrados de primeira instância e entre estes e os Tribunais, quanto à concessão do benefício de prestação continuada (BPC), especialmente no que se refere a um de seus critérios: a comprovação de miserabilidade de um grupo familiar.

Percebe-se que tal divergência se deve à decisão declaratória da inconstitucionalidade do artigo de lei que definia o conceito de miserabilidade. O STF, ao julgar a Reclamação 4.374-PE, afastou o referido critério legal, transferindo para o Poder Judiciário a tarefa de, em concreto e caso a caso, definir o que é e se foi comprovado tal requisito.

Ocorre que, de acordo com a Constituição Federal de 1988, que em seu art. 203 instituiu o aludido benefício, a tarefa de definição daquele conceito foi atribuída ao legislador. É possível então, que o Supremo Tribunal Federal, através do controle de constitucionalidade, reveja uma decisão que foi adotada pelo próprio constituinte?

O presente ensaio tem por objetivo revisitar os fundamentos do controle judicial de constitucionalidade, pontuando seus objetivos e seus limites. Em razão da brevidade deste estudo, é possível que a pergunta feita não seja respondida satisfatoriamente, contudo, é o primeiro passo de um questionamento, que apenas se inicia, acerca dos limites do poder – aparentemente ilimitado – conferido ao Supremo Tribunal Federal.

É que o caso citado, no qual o STF declarou a inconstitucionalidade do dispositivo de lei, permitiu a interferência direta do Judiciário na concessão do benefício assistencial, que é uma política pública de assistência social. Deve-se observar que a execução de políticas públicas é diretamente dependente da existência de recursos: trata-se de uma questão preponderantemente política e que não admite – a princípio – a interferência de outro Poder, por estar vinculada à chamada “reserva do possível”.

Assim, este estudo se mostra relevante por apresentar problemas que poderão interferir diretamente na manutenção do Estado e de seus recursos, em razão de uma atuação exacerbada – e, quem sabe, ilegítima – do Poder Judiciário brasileiro.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: IDEIA GERAL E BREVE HISTÓRICO

O controle de constitucionalidade baseia-se na concepção do ordenamento jurídico como um sistema. Considerando-se que um sistema pressupõe organização – ordem – é de se observar que, para funcionar corretamente, todas as suas partes devem estar trabalhando de maneira harmoniosa, ou seja, sem entrar em conflito umas com as outras. Quando uma das partes passa a trabalhar de maneira errada, o próprio sistema prevê mecanismos de reparação, com o fito de restabelecer sua ordem original.

Neste sentido, foi concebida a ideia de controle de constitucionalidade. Deste modo, o ordenamento jurídico, que se organiza de forma piramidal – pois a Constituição, lei suprema e fundamental, está no topo – todo o regramento inferior (leis e atos normativos infraconstitucionais) deve estar em conformidade com os seus preceitos. Conforme destacado, a norma em conflito com a Constituição deve ser apreciada por um mecanismo apto a verificar sua adequação com as normas constitucionais.

Assim, o controle de constitucionalidade emerge como um meio de corrigir distorções no ordenamento jurídico, adequando todo o arranjo normativo inferior à Constituição que não esteja de acordo com os seus ditames.

O controle de constitucionalidade foi consolidado pela via judicial, consagrando o Judiciário, na atualidade, como intérprete final da Constituição. É possível identificá-lo em duas vertentes, que serão destacadas a seguir.

2.1. O modelo americano

A primeira vertente foi desenvolvida nos Estados Unidos. A despeito das controvérsias acerca de seu surgimento (alguns sustentam que este controle já estava previsto na Constituição – outros, que foi uma construção jurisprudencial)², o que importa é que, a partir de 1803, no julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, o controle judicial de constitucionalidade ganhou o mundo. O juiz John Marshall, presidente da Suprema Corte – e responsável pela decisão – fundamentou a existência do controle de constitucionalidade em dois argumentos básicos: a supremacia da Constituição, lei fundamental de um Estado, e a

² MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco – 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

competência do Poder Judiciário para dizer o direito – as leis – e, portanto, o significado da Constituição. Assim, se a lei ordinária estivesse em conflito com a lei suprema, prevaleceria a segunda. Embora amplamente criticada, a tese de Marshall prevaleceu, fato que conferiu à Suprema Corte dos Estados Unidos a possibilidade de rever atos do Executivo e do Legislativo atacados pela via jurisdicional.

Em razão desse “controle” ser feito unicamente de forma concreta, ou seja, na aplicação da lei no caso concreto, o modelo americano também ficou conhecido como modelo concreto ou incidental. Antes de decidir o mérito da controvérsia, deve o juiz pronunciar-se a respeito da constitucionalidade – ou não – da lei em questão. É importante salientar que esse modelo se desenvolveu no sistema de *common law* americano – um sistema que possui, como principal fonte de aplicação do direito, as decisões jurisprudenciais. Em razão disso, estabeleceu-se uma hierarquia entre estas decisões: do contrário, corria-se o risco de uma série de jurisprudências variadas e conflitantes entre si. Assim, as decisões de um Tribunal Superior passaram a ter um caráter vinculante em face dos juízes e tribunais inferiores. Trata-se da teoria do *stare decisis* – que significa “ficar com as coisas decididas”. Isto aplicado ao controle de constitucionalidade também vai ter resultados. A princípio, se uma Corte decidisse, em um caso concreto, pela inconstitucionalidade de uma norma, como o controle é feito no caso concreto, geraria efeitos apenas *inter partes* – entre as partes. Contudo, por força do *stare decisis*, a decisão de inconstitucionalidade da Corte Suprema vinculará as instâncias inferiores – não podendo ser a lei aplicada por nenhum juiz ou tribunal.

Observou-se um problema relacionado ao controle americano. Uma vez decidida a questão pela Suprema Corte – e, em razão do seu efeito vinculante, – outros casos idênticos teriam de ser julgados de forma idêntica ao que decidiu o Tribunal Superior. Nessa senda, é possível que nem todos os argumentos ou questões tenham sido suscitados no julgamento – fato que poderia afetar outros interesses, em outros casos. Assim, surgiu a figura do *amicus curiae* – o amigo da corte – que confere a um interessado, a possibilidade de habilitar-se no processo em que se discuta a controvérsia constitucional. Permite-se, dessa forma, que a Suprema Corte aprecie o máximo de argumentos possíveis, pois, uma vez decidida a questão constitucional, dificilmente a mesma será revista – e seu posicionamento será seguido por todos os juízes e tribunais.

Pode-se constatar que, mesmo nesse modelo – atrelado ao subjetivismo do caso concreto – o controle de constitucionalidade assume uma feição objetiva, pois o Judiciário – na figura de seu órgão de cúpula – decidirá, de forma definitiva, uma questão constitucional, e

sua decisão vinculará todos os demais órgãos judiciais, no julgamento de casos idênticos. A lei inconstitucional será afastada do ordenamento jurídico, não podendo mais ser aplicada.

2.2. O modelo europeu

Na segunda vertente – difundida na Europa, a partir do modelo austríaco, em razão da influência do pensamento de Kelsen – a verificação da compatibilidade de leis com a Constituição é privativa dos Tribunais Constitucionais, constituídos especificamente para este fim. Assim, se um juiz, na aplicação da lei em concreto, entender que uma lei é inconstitucional, ele suspenderá o processo e remeterá a indagação acerca da constitucionalidade da lei para a Corte Constitucional. Uma vez declarada a inconstitucionalidade pela Corte, o juiz prosseguirá seguindo aquele entendimento: a lei não mais poderá ser aplicada.

Embora fundamentados na mesma premissa, a supremacia da Constituição, o modelo europeu constitui-se em uma crítica ao modelo americano, ao rejeitar a ideia de que qualquer juiz ou tribunal possa verificar a compatibilidade de uma lei com a Constituição. Somente o Tribunal Constitucional detém essa prerrogativa, enquanto guardião da Constituição.

O modelo europeu traz, ainda, a possibilidade de controle abstrato de normas. Permite-se, desse modo, que alguns entes e órgãos provoquem a Corte Constitucional sem nenhuma razão específica, a respeito da constitucionalidade de uma lei.

2.3. Críticas ao controle judicial de constitucionalidade

Independentemente das experiências históricas diversas, ou das concepções filosóficas que deram ensejo à criação de tais vertentes, o que interessa é que esse mecanismo foi criado tendo por base a mesma premissa: a supremacia da Constituição. O modelo de controle de constitucionalidade adotado não altera, substancialmente, o objetivo de sua instituição nos diversos sistemas jurídicos, que é a aplicação da Constituição, através da correção de qualquer tipo de incompatibilidade com suas normas.

Uma das grandes descobertas do pensamento moderno foi a Constituição, entendida como lei superior, e vinculante até mesmo para o legislador. A supremacia da Constituição se irradia sobre todas as pessoas, públicas ou privadas, submetidas à ordem jurídica nela fundada.³

³ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro. – 6. ed – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33

A Constituição, como norma fundamental do sistema jurídico, regula o modo de produção das leis e demais atos normativos e impõe balizamentos a seu conteúdo. Assim, quando um juiz ou Tribunal – seja no modelo americano ou europeu - analisa a constitucionalidade de uma lei, ele aprecia, tanto a forma de elaboração, quanto a adequação de seu conteúdo. Ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma, ela tem sua eficácia paralisada. No modelo americano, porque não poderá mais ser aplicada, em razão do caráter vinculante da decisão da Corte Suprema – e no europeu, porque a declaração de inconstitucionalidade decreta a nulidade da norma inconstitucional. Assim, esta é retirada do ordenamento jurídico.

A grande crítica com relação ao controle judicial de constitucionalidade diz respeito à sobreposição da vontade do Judiciário à vontade do legislador. A princípio, argumentou-se pela ilegitimidade da decisão judicial por afastarem leis elaboradas por representantes eleitos (sendo que os seus próprios não são). A segunda crítica consiste na impossibilidade de controle das decisões judiciais, uma vez esgotados os recursos processuais cabíveis.

Esses dois argumentos foram combatidos seguindo a seguinte lógica: se a Constituição é obra do poder constituinte originário, e expressão mais alta da soberania popular, estaria acima do poder constituído, subordinando, inclusive, o legislador. Repetindo os argumentos de John Marshall que justificaram o controle de constitucionalidade americano, repisou-se que, sendo a Constituição uma norma jurídica, caberia ao Judiciário interpretá-la e aplicá-la. E, mesmo quando decidir conflitos de natureza política, os critérios adotados no controle de constitucionalidade são jurídicos.

Desse modo, a interpretação das normas constitucionais pelo Judiciário é, na verdade, uma revelação da vontade do constituinte – ou seja – do povo, sendo legítima, portanto, a sobreposição de sua vontade à das maiorias parlamentares eventuais.

Num primeiro momento, a visão do controle de constitucionalidade relacionava-se à visão do ato judicial como um ato meramente cognitivo, da simples revelação da vontade contida na norma, não envolvendo criação ou escolhas pelo intérprete. Garantia-se, desse modo, o princípio da separação clássica de poderes, pois o Juiz se limitaria a fazer atuar a decisão do constituinte ou do legislador.

No campo da dogmática jurídica moderna, contudo, não mais se entende que as normas jurídicas possuam um sentido único: ao contrário, elas oferecem diversas possibilidades interpretativas – constituindo-se em uma moldura dentro da qual irá atuar a

criatividade do intérprete. Assim, o trabalho de interpretação da norma jurídica sempre envolverá um ato de escolha, de valoração, da interpretação mais adequada.

A partir do momento em que não mais se reconhece o ato judicial como um ato puramente cognitivo (em que o intérprete revelaria a vontade do povo, através do constituinte), – perde-se a legitimidade outrora conferida ao controle de constitucionalidade, baseada na teoria da separação dos Poderes.

Dessarte, buscou-se uma nova argumentação que justificasse a legitimidade da jurisdição constitucional, voltada para a ampliação da atuação do Poder Judiciário. No cenário atual, com a constitucionalização dos direitos fundamentais, e onde se vislumbra, por diversos fatores, a insuficiência da tradicional separação dos poderes, bem como a superação do modelo de democracia puramente representativa, defende-se o protagonismo do Judiciário por uma série de motivos, dentre os quais destacam-se os seguintes:

- a) A crise de legitimidade dos órgãos eletivos (seja por sua inefetividade, seja por abuso de poder e desvirtuamento da máquina administrativa);
- b) A tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, que constituem o núcleo democrático atual;
- c) A possibilidade de assegurar o exercício e o desenvolvimento dos procedimentos democráticos, permitindo a participação adequada das minorias no processo decisório.

Conforme salienta BARROSO, é preciso reconhecer que a democracia não se assenta apenas no princípio majoritário, ou seja, da vontade da maioria - mas, também, na realização de valores substantivos, na concretização dos direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todas as pessoas nos processos decisórios. A tutela desses valores, direitos e procedimentos é o fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional.⁴

A Constituição deve firmar consensos mínimos, essenciais, que garantam a dignidade das pessoas e o funcionamento do regime democrático, e que devem ser salvaguardados (entenda-se, pela jurisdição) independente das maiorias políticas ocasionais. Por outro lado, também deve ser assegurado o espaço político, representado pelo conjunto de decisões, num dado momento e contexto histórico, tomadas pelos órgãos eleitos pelo povo. Isso significa que existem limites para a juridicização: não se pode suprimir a deliberação legislativa majoritária e adentrar no espaço próprio pertencente à política.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro. – 6. ed – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 81

3. O MODELO DE CONTROLE ADOTADO PELO BRASIL

A história constitucional brasileira revela que, num primeiro momento, a distribuição dos Poderes do Estado era extremamente desigual, vigorando um verdadeiro protagonismo do Poder Executivo, na figura do poder Moderador, que estava acima de todos os demais poderes. Passando pelos regimes ditatoriais, como o do presidente Getúlio Vargas, o poder Legislativo, na figura do Parlamento, chegou a ser extinto, com a Constituição de 1937. É natural, portanto, que no cenário democrático atual, preze-se pela manutenção dos procedimentos democráticos e proteção dos direitos fundamentais, que constituem uma limitação ao Poder do Estado.

No que concerne ao controle de constitucionalidade, observa-se que foi introduzido no Brasil com a República, tendo previsão expressa na Constituição de 1891. O primeiro modelo adotado tinha um perfil tipicamente americano, incidental, tendo em vista o surgimento de uma necessidade específica: resolver a controvérsia concreta com base em uma lei supostamente inconstitucional. Essa mesma Constituição também delegou ao STF a função de guardião da Constituição, através da qual avaliava a constitucionalidade do direito aplicado por meio de um recurso especial.

Antes de adentrar o tema propriamente dito, destacam-se alguns incidentes que vão ser determinantes para a evolução desse controle. O primeiro deles, cuja previsão constava da Constituição de 1891, foi o habeas corpus. Em razão da forma como foi positivado naquela Constituição, passou-se a dar uma exagerada ênfase a esse instrumento como um meio de proteção de todos os direitos de índole constitucional. Contudo, embora fosse o único instrumento constitucional específico para a proteção das liberdades em geral, havia uma crítica generalizada com relação a seu uso indiscriminado. Desse modo, em 1926, houve uma reforma constitucional que delimitava o âmbito de proteção desse instrumento, dando-lhe os contornos que conhecemos hoje: o uso do HC destinado à proteção da liberdade de locomoção. Por ser o único instrumento até então direcionado à proteção de direitos, gerou-se uma lacuna legislativa significativa, quando de sua limitação. Tal lacuna somente foi preenchida com a Constituição de 1934, que introduziu o mandado de segurança na seara de proteção dos direitos constitucionais fundamentais.

O segundo incidente relaciona-se com os abusos cometidos pela União na relação com os estados-membros. Muitas vezes, decretava-se intervenção federal, sem que houvesse justificativa política ou jurídica plausível para isso. Assim, a reforma constitucional de 1926,

já citada, limitou essa prática, ao inserir na Constituição os primeiros princípios sensíveis, que hoje encontram-se na CF/88 em seu art. 34, inciso VII.

Tais mudanças consolidaram-se com a Constituição de 1934, que institucionalizou o fim da República Velha, após a Revolução de 1930. Essa Constituição manteve os instrumentos de defesa dos direitos fundamentais (habeas corpus e mandado de segurança) – o que explica a existência de tantos instrumentos para proteção desses direitos na atualidade. A Constituição de 1934 estabeleceu, ainda, o efeito vinculante em relação às decisões proferidas pelo Supremo. No Brasil, diferentemente dos Estados Unidos, em que havia o instituto do *stare decisis* (devido ao sistema jurisprudencial adotado), não havia uma forma de atribuir efeito vinculante às decisões da Corte. Assim, delegou-se ao Senado a função de suspender a aplicação de uma lei após a declaração de sua inconstitucionalidade. Essa exigência foi repetida na Constituição de 1988, perdurando até hoje.

Ainda, a Constituição de 1934 exigiu que, para declarar a inconstitucionalidade de uma lei, deve haver uma maioria absoluta (tal cláusula também foi repetida na Constituição de 1988). Isto significa que, sendo uma questão submetida a um Tribunal, somente o pleno poderá apreciar a inconstitucionalidade, declarando-a por voto de sua maioria.

Mas a grande mudança trazida pela Constituição de 1934 diz respeito à introdução da ação direta de constitucionalidade. Essa ação ainda vai estar associada à ideia de intervenção federal: o decreto de intervenção somente poderia ser feito mediante edição de lei federal, que seria submetida à apreciação do Supremo, por iniciativa do procurador-geral da República. Sendo constitucional, o governo poderia executar a intervenção.

Esse foi o contexto de surgimento da ação direta de inconstitucionalidade: a necessidade de judicialização do processo de intervenção federal, com objetivo de limitar a atuação do Poder Executivo.

A Constituição de 1946, surgida após o período ditatorial, buscou resgatar as conquistas previstas na Constituição de 1934, consolidando-as. A ação direta passou a permitir que o procurador-geral da República impugnasse diretamente a lei ou ato normativo estadual que afrontasse os princípios sensíveis da Constituição. O estado-membro, assim, deveria adotar a orientação da decisão do Supremo, evitando uma possível intervenção federal. Essa ação foi utilizada amplamente após 1946, sendo uma das práticas que levaram ao avanço na ação direta de inconstitucionalidade.

Finalmente, em 1965, foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro a ação genérica de inconstitucionalidade, a partir da Emenda Constitucional de nº 16. Permitia-se, assim como

nos Tribunais Constitucionais europeus, um controle abstrato e concentrado da constitucionalidade de uma lei. Manteve-se, ainda, o controle incidental, de modo que ambos passaram a conviver entre si.

O Brasil ainda vivenciou uma grave crise, a propósito da representação de constitucionalidade, no período da ditadura militar. O MDB, único partido oposicionista permitido pelo governo, levou ao Supremo uma reclamação que questionava o arquivamento de uma arguição de inconstitucionalidade pelo procurador-geral da República. O MDB alegou que o PGR estava usurpando a função do STF, ao fazer um juízo de (in)constitucionalidade prévio, e determinar o arquivamento da arguição, sem que o Supremo a avaliasse.

Embora – à época – o STF tenha decidido pela legitimidade da conduta do procurador-geral da República, esse talvez tenha sido um dos motivos para que, em 1988, a nova Constituição tenha alargado de forma significativa o rol de legitimados para proposição de ações diretas. O constituinte de 1988 quis assegurar que não haveria mais possibilidade de arquivamento de uma ação direta perante o Supremo Tribunal Federal.

Dessarte, com o advento da Constituição de 1988, consolidou-se o controle misto, mantendo-se, por um lado, a possibilidade de juízes e tribunais afastarem a aplicação de lei inconstitucional, e, por outro, consolidando o controle abstrato, através da inserção de vários tipos de ações genéricas. A CF trouxe consigo uma série de inovações, com importantes consequências práticas. Em suma, as mais relevantes são as seguintes: a) a ampliação dos legitimados a propor ação direta; b) a inserção de mecanismos de controle por omissão, como a ação direta por omissão e o mandado de injunção; c) a arguição de descumprimento de preceito fundamental (introduzida com a EC nº 3, de 1993); d) a limitação do recurso extraordinário às questões constitucionais (EC nº 45, de 2004).

A ampliação do rol de legitimados a propor ações perante o STF é vista como uma das principais inovações, pois permitiu o amplo acesso ao Supremo, pondo fim ao monopólio antes exercido pelo Procurador-Geral da República. Assim, podem incitar o controle de constitucionalidade: o Presidente da República, as Mesas do Senado, da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas, o Governador de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A introdução de novos meios de provocar o controle de constitucionalidade pela via principal evidencia uma forte tendência no Brasil do alargamento da jurisdição constitucional

abstrata e concentrada, o que, de forma clara, tem como consequência uma expansão da atuação do Poder Judiciário, mormente seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal.

4. A ASCENSÃO DO JUDICIÁRIO

Conforme dito acima, a ampliação do acesso ao STF, através do controle de constitucionalidade, foi um dos fatores que impulsionaram a ascensão do Poder Judiciário no Brasil. Ademais, o processo de constitucionalização dos direitos fundamentais no Brasil, notadamente a partir da Constituição Federal de 1988, permitiu que esses temas passassem a ser objeto de apreciação pelo Supremo. Hoje, diversas controvérsias em matéria constitucional já foram, estão sendo ou serão ajuizadas perante o STF, por meio de ações diretas. A lista de temas atualmente judicializados é interminável. Somente para ilustrar, podemos citar: pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3.510-DF); liberdade de expressão e racismo (HC 82.424-RS); interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF).⁵

Observa-se, como corolário, um quadro de transferência de poderes para o Judiciário, que passa a discutir matérias de relevância moral, política e social. A judicialização é uma realidade inevitável, e se apresenta como um dos meios de manutenção do regime democrático, promovendo a concretização de seus objetivos, como já foi dito alhures.

Entretanto, não há como garantir que a expansão da judicialização venha a favorecer o enriquecimento da democracia. Pois o Poder Judiciário – especialmente o STF - vai se consolidando como a última instância de deliberação sobre todas as questões surgidas na sociedade, que se relacionem com a Constituição⁶. No mesmo passo, suas decisões vêm se tornando, gradualmente, menos óbvias e mais questionáveis.

Para corroborar essa afirmação, apresentar-se-á o “Caso LOAS”, fruto da decisão proferida na Reclamação 4.374-PE, na qual o Supremo Tribunal Federal, revendo posicionamento anterior da própria Corte, declara inconstitucionalidade de dispositivo da Lei nº 8.742/93, afrontando disposições da própria Constituição Federal.

5. O CASO LOAS: CRITÉRIO DO JULGADOR

⁵ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro. – 6. ed – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 368

⁶ Idem.

O caso LOAS refere-se à Lei Orgânica da Assistência Social, que regulamenta as formas de concessão do benefício assistencial de prestação continuada (BPC). De início, é mister fazer uma breve análise da recente história da concessão judicial do benefício assistencial.

O benefício de prestação continuada encontra-se previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal, e consiste na garantia de um salário mínimo mensal – independente de contribuição à Seguridade Social – à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem a impossibilidade de sustento próprio, ou de tê-lo provido por sua família, ou seja - que se enquadre numa situação de miserabilidade. O aludido dispositivo constitucional atribuiu à lei, a tarefa de regulamentar os critérios para concessão da benesse, de modo que, em 07 de dezembro de 1993, foi promulgada a Lei nº 8.742 – a qual, além de disciplinar as exigências acima citadas, dispõe sobre a organização da Assistência Social.

Desde a sua edição, a Lei Orgânica da Assistência Social tem ensejado diversas controvérsias quanto à sua aplicação, na medida em que estabeleceu rigorosas condições para concessão do amparo assistencial, tanto no que concerne à deficiência quanto, ao critério socioeconômico.

De acordo com a LOAS, para que um determinado grupo familiar fosse considerado miserável, sua renda *per capita* não poderia ultrapassar o valor de $\frac{1}{4}$ de salário mínimo mensal. Essa exigência gerou uma verdadeira celeuma na seara judicial, uma vez que os juízes e Tribunais buscavam todo tipo de soluções hermenêuticas para driblar o critério de $\frac{1}{4}$, concedendo benefícios em situações de patente miserabilidade que, por alguma razão, não atendiam ao requisito.

Esse tema foi levado ao Supremo Tribunal Federal. A ADI nº 1.232-1/DF, julgada em 27 de Agosto de 1998, foi proposta, sob o argumento de que o referido dispositivo legal, ao definir como critério único para aferição de miserabilidade o valor de $\frac{1}{4}$ de salário mínimo, estaria limitando uma garantia constitucional – não sendo, portanto, compatível com o sistema constitucional vigente.

Nos termos do parecer da Procuradoria-Geral da República, somente se se entendesse que aquela norma fixaria uma presunção *juris et de jure* – ou seja, uma presunção absoluta – é que haveria de se falar em constitucionalidade. Desse modo, além do critério de $\frac{1}{4}$ de salário mínimo, a comprovação do critério socioeconômico poderia, ao menos em juízo, ser feita através de outros meios de prova, a serem analisados, no caso concreto, pelo juiz sentenciante.

O relator do acórdão, o Ministro Ilmar Galvão, mostrou-se inclinado a acolher parcialmente a tese, no intuito de alargar as possibilidades de concessão do benefício, ao reconhecer que a hipótese prevista na LOAS não limitaria os meios de prova da condição de miserabilidade da família do necessitado. Contudo, venceu o voto do Ministro Nelson Jobim, restando assentado o entendimento de que cabe à Lei, e somente a esta, dispor sobre a forma de demonstração da miserabilidade. Em havendo necessidade de criação de outros mecanismos de comprovação, seria um problema da própria lei. Assim, foi julgada improcedente a ação, tendo sido decretada a constitucionalidade do art. 20, §3º da Lei nº 8.742/93.

De fato, conforme se depreende da leitura do art. 203, V, da CF/88⁷, observa-se que o constituinte outorgou ao legislador ordinário a tarefa de estabelecer os meios de comprovação do critério socioeconômico. A exigência da comprovação da renda inferior a ¼ do salário mínimo *per capita* tem por objetivo alcançar algumas pessoas ou famílias hipossuficientes economicamente, na medida em que o benefício se constitui em uma transferência direta de renda ao beneficiado, independente de qualquer contribuição.

Inobstante o posicionamento do STF, o Judiciário de primeira e segunda instância continuou a exarar decisões que desafiavam o patamar de ¼ de salário mínimo estabelecido pela Lei. A autarquia previdenciária responsável pela operacionalização do benefício – o Instituto Nacional do Seguro Social – seguia aplicando o critério legal, haja vista sua atuação estar pautada pelo princípio da legalidade – ensejando o indeferimento sucessivo dos benefícios na via administrativa, que eram, a seguir, concedidos judicialmente.

Os Tribunais vinham formando seu entendimento no sentido de acompanhar as inovações legislativas que traziam critérios mais elásticos relacionados a situações de vulnerabilidade social, e continuaram a desprezar o critério objetivo definido pela Lei nº 8.742/93.⁸

⁷ O art. 203, inciso V, da Constituição Federal possui a seguinte redação:

“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. (Grifei)**

⁸ TRF5 - ACÓRDÃO - AC398986/PE - “EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA AO DEFICIENTE. PERÍCIA JUDICIAL. INCAPACIDADE PARA VIDA INDEPENDENTE E PARA O TRABALHO. COMPROVADA. RENDA PER CAPITA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO.

(...)

3. Embora a renda per capita familiar, no caso dos autos, seja de 1/2 (meio) salário mínimo, o que, a princípio, afastaria o requisito da miserabilidade, previsto no art. 20, parágrafo 3º, da Lei nº 8.742/1993,

Não bastasse, além da tentativa de construir um critério mais flexível para concessão do amparo – a jurisprudência segmentou-se em outro caminho, que preservava a exigência de ¼ de salário mínimo, mas utilizava-se de outros subterfúgios para que, mesmo nos casos em que a renda era flagrantemente superior à norma, fosse possível enquadrá-los na hipótese legal. Alguns magistrados, quando do cálculo da renda do grupo familiar, excluem gastos mensais básicos do requerente (v.g., aluguel, medicação, roupas...). Outros, somente abatem os gastos com medicação. E assim por diante.⁹

A variada gama de decisões que contrariavam o julgamento da ADIN 1.232-1/DF deu ensejo a inúmeras reclamações e recursos extraordinários por parte do INSS. Até que, em 2007, em decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, foi julgada improcedente medida liminar nos autos da Reclamação 4.374-PE – mantendo-se, naquela ocasião, a decisão do juízo de 1ª instância, que concedia o benefício assistencial, apesar de não observados estritamente os critérios legais. À época, o STF aventou a hipótese de que o

entende-se, no caso concreto, que o fato da mãe da autora receber um salário mínimo não elide a condição de miserável da família. (Grifei)

-
Turma Nacional de Uniformização: SUM 11 “A renda mensal, per capita, familiar, superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º da Lei nº. 8.742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante.”

-
STJ - Ementa: AGRAVO INTERNO. PREVIDENCIÁRIO. ASSISTÊNCIA SOCIAL . AFERIÇÃO DO ESTADO DE MISERABILIDADE POR OUTROS MEIOS QUE NÃO A RENDA FAMILIAR "PER CAPITA" INFERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. MATÉRIA DECIDIDA PELO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. 1. Preliminar de sobrestamento do feito prejudicada, ante o julgamento do REsp 1112557/MG, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, em 20/11/2009, pelo rito dos recursos repetitivos, no mesmo sentido da decisão agravada. 2. **É possível a aferição da condição de hipossuficiência econômica do idoso ou do portador de deficiência, por outros meios que não apenas a comprovação da renda familiar mensal "per capita" inferior a 1/4 do salário mínimo.** 3. Agravo ao qual se nega provimento. (STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO AgRg no Ag 1117071 SC 2008/0246372-6, Data de publicação: 19/04/2010). (Grifei)

⁹ TRF2 - AC 388508 RJ 2004.51.05.000840-0 - EMENTA: BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. COMPROVAÇÃO DA DEFICIÊNCIA MENTAL E FÍSICA RENDA FAMILIAR CONSIDERADA SUPERIOR AO LIMITE DA LOAS. COMPROVAÇÃO DE AQUISIÇÃO DE REMÉDIOS PARA TODA A FAMÍLIA E DE DESPESAS COMUNS. PECULIARIDADE DA HIPÓTESE. NECESSIDADE DA CONCESSÃO DO AUXÍLIO ASSISTENCIAL. APELAÇÃO PROVIDA.

O Autor apela em face de sentença que, embora reconhecendo a deficiência físico-mental do autor (portador de retardo mental profundo, aliado a epilepsia), impossibilitado de auferir ganhos para seu sustento e dependente para todos os atos da vida comum, julgou improcedente o pedido, por considerar a renda familiar superior ao limite previsto na LOAS. - **Comprovação pela parte Autora, por meio de documentos e também em face de Auto de Constatação lavrado por Oficial de Justiça do Juízo, de haver aquisição de grande número de medicamentos, sendo os do autor de venda controlada e de uso continuado, e para os demais membros da família (sendo os pais idosos e também com problemas de saúde), além de expressivas despesas comuns (compras mensais de mercado e conta de luz), demonstrando a necessidade da concessão do benefício em prol do Autor, que também necessita mensalmente de pelo menos quarenta fraldas para adultos (despesas comprovadas).** - Irmã aposentada por invalidez, com traumatismo craniano e perda da coordenação motora, dependente dos cuidados dos mesmos pais idosos, e consumindo boa quantidade de medicamentos mensalmente, indicando que o que auferir não é levado em benefício do irmão deficiente físico-mental.. - Peculiaridade da hipótese autorizando a concessão do auxílio assistencial. Apelação provida. (Grifei)

critério de $\frac{1}{4}$ de salário mínimo poderia ser conjugado com outros fatores indicativos do estado de miserabilidade do indivíduo para concessão do amparo assistencial. Após essa decisão, o número de reclamações diminuiu consideravelmente, contudo, o trânsito dos recursos extraordinários permaneceu inalterado.

Finalmente, em 18 de abril de 2013, foi julgada improcedente a reclamação 4.374-PE, declarando-se a inconstitucionalidade do §3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93.

A tese vencedora, também do Ministro Gilmar Mendes, pautava-se em dois argumentos principais para sustentar a inconstitucionalidade do dispositivo legal:

- a) A inconstitucionalidade parcial por omissão, em relação ao dever constitucional de efetivar a norma do art. 203, V, da Constituição;
- b) O processo de inconstitucionalização do dispositivo legal em cotejo.

A omissão legislativa quanto ao cumprimento do art. 203, V, da Constituição – que traduz o problema da eficácia da referida norma - já fora uma hipótese ventilada no julgamento da ADIN 1.232-1/DF, pelo Ministro Sepúlveda Pertence, entretanto, o STF mantinha, à época, o entendimento pela “infungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e omissão, assim como entendia que a constatação da omissão inconstitucional apenas deveria ser comunicada ao legislador”.

De acordo com o Ministro Gilmar Mendes, a norma constante no art. 203, V, impôs ao legislador ordinário o dever constitucional de legislar – de forma a garantir eficácia total e irrestrita ao dispositivo constitucional. Os direitos fundamentais erigidos pela Constituição (dentre os quais se inclui a assistência) contêm um postulado de proteção, que, no caso do dispositivo da Lei nº 8.742, fora insuficiente. O estado de omissão (ou insuficiência) que, aparentemente, caracteriza a situação em foco, permite, segundo sua tese, o controle pelo Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, a declaração de inconstitucionalidade baseou-se no processo de inconstitucionalização da norma, em virtude de importantes alterações fáticas e jurídicas da realidade. As mudanças socioeconômicas que trouxeram critérios mais elásticos para aferir a situação de miserabilidade (v.g., Programa Nacional de Acesso à Alimentação; Bolsa Família) assentaram o valor de $\frac{1}{2}$ de salário mínimo como referencial para concessão desses benefícios. Assim, o critério de $\frac{1}{4}$ de salário mínimo estaria defasado, sendo, portanto, inadequado para aferir a situação de miserabilidade.

Somada às duas linhas de fundamentação, o Ministro ainda propôs a manutenção do critério de $\frac{1}{4}$ por mais dois exercícios financeiros, cabendo ao legislador a edição de lei

posterior para suprir a omissão declarada. Contudo, não foi alcançado o quórum de 2/3 para modulação dos efeitos da decisão – tampouco foi feito apelo ao legislador. O que houve foi puramente a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo – acrescente-se, sem a pronúncia de sua nulidade.

Assim, enquanto não sobrevier nova regulamentação legislativa quanto ao tema, tem-se que a miserabilidade deve ser verificada com base na conjuntura socioeconômica existente, não estando o julgador adstrito a qualquer padrão de renda da família. O conceito de miserabilidade sofreu processo de indeterminação, ficando a critério do juiz da causa concluir pela comprovação ou não da miserabilidade, independentemente da existência de parâmetro objetivo ou limitação legal.

O fato é que a Constituição Federal de 1988 delegou, expressamente, ao legislador a tarefa de definir esse conceito: trata-se, notadamente, de uma decisão de cunho eminentemente político, e, portanto, fora da esfera das pretensões judicializáveis.

6. CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, procurou-se demonstrar que o controle de constitucionalidade, inicialmente concebido como um meio de corrigir distorções no sistema jurídico, tornou-se uma importante ferramenta de manutenção dos regimes democráticos, mormente no cenário de crise enfrentado pelo modelo tradicional de democracia puramente representativa. Se, por um lado, permite a concretização dos objetivos constitucionais, através da participação igualitária de todas as pessoas nos processos decisórios, deve observar-se seu limite de atuação quanto a espaços eminentemente políticos.

Acredita-se que esse seja precisamente o caso representado pela Reclamação 4.374-PE, que declarou a inconstitucionalidade de dispositivo da Lei Orgânica da Assistência Social.

É certo que a superação da teoria da separação dos poderes clássica dificultou a tarefa de demarcação das atribuições de cada Poder. Contudo, confia-se que a forma mais segura de delimitação dos espaços de atuação político e jurídico seja através das previsões da própria Constituição Federal: e é, precisamente, a hipótese do art. 203, inciso V. O constituinte outorga, clara e expressamente, uma atribuição ao legislador, atribuição esta que, em razão da decisão do STF, foi usurpada e agora pertence ao julgador, à mercê de casuísmos e subjetivismos inaceitáveis nesse contexto.

O trabalho encerra aqui, numa terminalidade meramente metodológica: espera-se que o tema possa ser ampliado e aprofundado em outras oportunidades, em razão de sua relevância.

JUDICIALIZATION OF THE BRAZILIAN POLITICS: The judicial review and the problem
of the Claim 4.374-PE

ABSTRACT

The judicial review arises as a mechanism for correcting distortions in legal systems, and works suiting the infra constitutional rules to the provisions of the Constitution. Is that the constitutionalization of fundamental rights, put together with the crisis of legitimacy faced by elected bodies, mainly because of its ineffectiveness, favored the legalization of sociopolitical and moral issues movement. However, the decisions made by the Supreme become less obvious and more questionable every day, and there is no possibility of appeal, after the applicable procedural resources are exhausted. To present the problem concretely, the case of the claim 4374-PE is exposed, judged by the Supreme on April 18th, 2013, a decision which allowed the judiciary to interfere in political issues, such as the implementation of social assistance public policies. Besides bumping into immediate budget problems, STF violates the constitutional text itself, when delegating a task to courts that the Constitution has assigned itself the law. From the above, it is necessary to revisit the basis of the judicial review mechanism, noting the objectives for which it was created and the limits of its use.

KEYWORDS: Judicial review. Judicialization. Claim 4.373 – PE. Public policies judicialization.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro. – 6. ed – São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Regulamenta o art. 203 da Constituição Federal. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em:< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm>. Acesso em 24 de setembro de 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 4ª edição reformulada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo, v. 12, n. 34, 1997.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco – 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

STF. ADI 1232, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/1998, DJ 01-06-2001.

STF. RE 567985 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 08/02/2008, DJe-065 DIVULG 10-04-2008 PUBLIC 11-04-2008.

STF. RE 567985 RG, Relator p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, julgado em 18.04.2013.

STF. Rcl. 4374, Relator Min. GILMAR MENDES, julgado em 18.04.2013.

WEBER, Aline Machado. Critério legal ou a critério do julgador? O benefício assistencial após a declaração, pelo STF, da inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3875, 9 fev. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26660>>. Acesso em: 18 ago. 2014.