

Constituição e Desenvolvimento: Proposta e Perspectivas para um Novo Horizonte

Juízo de Adequação dos Critérios Legais de Concessão do Benefício de Prestação Continuada na Jurisdição Constitucional e as Contribuições da Análise Econômica do Direito

CAROLINA SCHERER BICCA

Procuradora Federal, atualmente exercendo o cargo de Procuradora-Chefe do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, Mestranda em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

RESUMO: O presente ensaio objetiva analisar em que medida o Supremo Tribunal Federal pode avançar na interpretação da Lei Orgânica da Assistência Social, tendo em vista os desígnios da política assistencial do Estado e a adoção de um Estado Democrático de Direito, bem como de que forma a análise econômica do direito pode contribuir com tal propósito.

PALAVRAS-CHAVE: Juízo de adequação; Lei Orgânica da Assistência Social; benefício de prestação continuada; jurisdição constitucional; Estado Democrático de Direito; análise econômica do direito.

ABSTRACT: The present essay views to analyze how the Supreme Court can advance in the interpretation of Organic Law of Social Assistance according to the aims of the social welfare policy of the State and the option for a Democratic State of Law as well as to explain the ways in which the Economic Analysis of Law can contribute to this purpose.

KEYWORDS: Constitutional Appreciation of Law; Organic Law of Social Assistance; benefit of continued assistance; constitutional jurisdiction; Democratic State of Law; economical analysis of Law.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da assistência social; 2 Do Benefício de Prestação Continuada – BPC; 3 O juízo de adequação do critério objetivo de renda do BPC estipulado pelo legislador por delegação do constituinte na jurisdição constitucional; 4 A legitimação do Poder Judiciário na análise/controle/correção da legislação face ao Estado Democrático de Direito; 5 Considerações gerais sobre a análise econômica do Direito; 6 Análise crítica das decisões do Supremo Tribunal Federal acerca do BPC e os aspectos da análise econômica do Direito que podem ser levados em conta nas suas decisões; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por meta analisar em que medida o Supremo Tribunal Federal pode avançar na interpretação da Lei Orgânica da Assistência

Social – Loas¹ em relação aos critérios objetivos definidos pelo legislador para a concessão do Benefício de Prestação Continuada – BPC, tendo em vista os desígnios da política assistencial do Estado e a opção pelo poder constituinte por um Estado Democrático de Direito², bem como demonstrar de que forma a análise econômica do direito pode auxiliar em tais questões.

Em um primeiro momento, teceremos breves considerações sobre em que consiste a assistência social, para, em seguida, tratarmos das características do BPC, por ser um dos benefícios assistenciais de maior relevo na atualidade, por estar focado naquelas pessoas cuja vulnerabilidade é indiscutível, quais sejam, nos deficientes físicos e nos idosos.

Posteriormente, discorreremos sobre as controvérsias existentes acerca da legislação que regulamenta o BPC, no que toca ao requisito de renda estipulado pelo legislador, e como o Supremo Tribunal Federal vem decidindo referidos casos.

Contextualizada a questão, passaremos a tratar do papel do Supremo Tribunal Federal, ao efetuar um juízo de adequação dos critérios legais de concessão do BPC estipulados pelo legislador, por delegação do poder constituinte, tendo em vista o ideal constitucional por um Estado Democrático de Direito.

Por fim, após a análise das premissas básicas a serem observadas pelo Supremo Tribunal Federal no presente caso, demonstraremos de que forma a análise econômica do direito pode auxiliar no julgamento de ações envolvendo políticas públicas, especialmente em relação às políticas públicas assistenciais.

1 DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

A assistência social foi contemplada na Constituição Federal de 1988, sendo que o comando expresso em seu art. 203³ acarretou o dever de adoção de políticas públicas voltadas à assistência social, sendo que tal obrigação recaiu, principalmente, sobre os Poderes Legislativo e Executivo, mas não exime o Poder Judiciário de assegurar que tais políticas sejam implementadas de forma

1 Lei nº 8.742, de 1993.

2 “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]. (Constituição Federal de 1988)”

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

I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II – o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III – a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

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

adequada e eficiente, sem que se perca de vista, contudo, as limitações materiais e jurídicas existentes⁴, uma vez que referido dispositivo constitucional deve ser conjugado com outros de igual importância e há outros direitos igualmente indispensáveis que devem ser custeados pelo Estado, como se demonstrará adiante.

O principal desígnio da assistência social é o amparo a pessoas cuja vulnerabilidade é extrema, constituindo, também, um importante instrumento de redistribuição de renda, principalmente em um país que ostenta índices alarmantes de desigualdade social como o nosso⁵.

Conforme Miguel Ragone de Mattos⁶:

[...] em países de grande desigualdade de renda, a tese da desigualdade como fruto da premiação do esforço pessoal se revela perverso. Realmente, em países como o Brasil as condições de partida são extremamente diferenciadas, o que redundando em um nível significativo de desigualdade no acesso aos bens econômicos. Dessa forma, os programas assistenciais e as demais políticas redistributivas encontram plena justificativa na medida em que tendem “a redistribuir a renda naquilo que ela tem de distorcida em relação à premiação da eficiência econômica”.

A par da necessidade de uma efetiva prestação assistencial do Estado em nosso País, a fim de reduzir a desigualdade social existente, conforme acima observado, cabe mencionar, aqui, a importante ressalva de Ivo Teixeira Gico Junior⁷, em seu artigo intitulado “Liberdade no mundo moderno e o estado meio”:

-
- 4 Nessa linha, Inocêncio Mártires Coelho pondera que: “Diante desse quadro, em que pesem o idealismo e o entusiasmo dos que se batem pela causa dessa geração de direitos, a ponto de afirmarem que ‘a interpretação dos direitos sociais não é uma questão de lógica, mas de consciência social de um sistema jurídico como um todo’, a despeito desse generoso engajamento, forçoso é reconhecer que a efetivação desses direitos não depende da vontade dos juristas, porque, substancialmente, está ligada a fatores de ordem material, de todo alheios à normatividade jurídica e, portanto, insuscetíveis de se transformarem em coisas por obra e graça das nossas palavras. Noutros termos, para conjurarmos esse estado de coisas, temos de admitir, à partida, que estamos condicionados a fatores de ordem material – como o desenvolvimento econômico e a consequente disponibilidade de recursos –, bem assim por decisões políticas fundamentais sobre o modelo de Estado que a nossa sociedade pretenda adotar – liberal, social ou democrático –, pois não são poucos os que, ainda aferrados à ideologia individualista, mostram-se refratários a qualquer forma de solidarismo social custeado com recursos públicos – CF, art. 203 – sob o chocante argumento de que, numa sociedade que assume a liberdade de iniciativa e a livre concorrência como princípios constitucionais, salvo os casos de insuperável deficiência, todo pobre é um incompetente” (MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 676-677).
 - 5 Conforme recentemente noticiado pela ONU, apesar de avanço, Brasil é 10º em *ranking* da desigualdade. “Na seleção de países mencionada no relatório do PNUD, os piores indicadores pela medição de Gini são Bolívia, Camarões e Madagascar (0,6) e Haiti, África do Sul e Tailândia (0,59). O Equador aparece empatado com o Brasil com um indicador de 0,56. Colômbia, Jamaica, Paraguai e Honduras se alternam na mesma faixa do Brasil segundo as diferentes medições” (Disponível em: <<http://www.pb1.com.br/noticia/brasil/onu-apesar-de-avanco-brasil-e-10-em-ranking-da-desigualdade/>>. Acesso em: 7 out. 2010).
 - 6 RAGONE, Miguel. Políticas públicas de inclusão pelo consumo: uma análise dos custos e de sua justificativa. In: GICO JR., Ivo Teixeira; BORGES, Antônio de Moura (Coord.). *Intervenção do estado no domínio econômico – Temas atuais*. São Paulo: Lex e Aduaneiras, 2006. p. 457-500.
 - 7 Disponível em: <

[...] não se olvide da necessidade de assistência social, mas esta não pode ser confundida com paternalismo ou desculpa para a restrição da esfera essencial de liberdade de cada indivíduo. A assistência social, quando necessária, deve ser instrumento de construção da independência e responsabilidade, *não uma droga que vicia o cidadão e o torne dependente social e moralmente do Estado*. Não há dignidade nem solidariedade na dependência social, muito menos no torpor criado pelo *desincentivo ao trabalho*. A tão propalada dignidade humana só pode ser alcançada pelo trabalho e pela responsabilidade. Mas essas são noções que parecem estranhas no mundo de hoje. (grifei)

Não podemos deixar de concordar com a ressalva acima efetuada, de modo que o assistencialismo do Estado só se justifica em situações extremas e moralmente justificáveis e deve ser prestado de modo a não retirar de cada pessoa, à luz do tão propalado princípio da dignidade da pessoa humana, o estímulo para trabalhar e garantir o seu sustento, afinal, por meio do esforço próprio e do trabalho é que a pessoa terá garantida sua verdadeira dignidade.

No âmbito da assistência social, principalmente nos últimos anos, aqui no Brasil, vêm ganhando um grande destaque os programas de renda mínima, em especial o Programa Bolsa-Família (Lei nº 10.836/2004), bem como aquele instituído pela Lei nº 9.533, de 1997, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas.

Entretanto, o Benefício de Prestação Continuada – BPC, tendo em vista seus beneficiários, cujas características denotam uma vulnerabilidade acentuada, e o valor do respectivo benefício, que perfaz o montante de um salário-mínimo, sendo considerado elevado em relação a outros benefícios assistenciais existentes, também desempenham um importante papel de amparo aos necessitados e na redução da desigualdade social, conforme se demonstrará a seguir.

2 DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – BPC

O Benefício de Prestação Continuada – BPC foi, de forma inédita, criado pelo próprio poder constituinte, alcançando, portanto, *status* constitucional, nos termos do inciso V do art. 203 da Constituição Federal de 1988⁸.

Referido benefício consiste em uma transferência monetária mensal no valor de um salário-mínimo, sendo ela destinada a idosos ou pessoas com deficiências que as incapacitam para o trabalho e para a vida independente, e cuja renda familiar *per capita* não ultrapasse 1/4 do salário-mínimo, não sendo con-

8 “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*.”

dicionada a qualquer contrapartida comportamental e financeira, de modo que seus beneficiários têm direito a recebê-la independentemente de ter realizado contribuições anteriores para o sistema de Seguridade Social.

O poder constituinte delegou ao legislador ordinário a regulamentação de referido benefício, tendo sido o mesmo disciplinado pela Lei Orgânica da Assistência Social – Loas (Lei nº 8.742, de 1993).

Com a edição do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 2003), a idade do idoso a ser considerada passou de 70 (setenta) para 65 (sessenta e cinco) anos.

Ademais, o legislador inseriu em referido Estatuto um dispositivo que permite seja ultrapassado o valor de 1/4 do salário-mínimo no caso do idoso que possua na sua família algum membro que já seja beneficiário do Benefício de Prestação Continuada – BPC⁹.

3 O JUÍZO DE ADEQUAÇÃO DO CRITÉRIO OBJETIVO DE RENDA DO BPC ESTIPULADO PELO LEGISLADOR POR DELEGAÇÃO DO CONSTITUINTE NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

No presente tópico, demonstraremos de que forma vem sendo efetuado o juízo de adequação do critério objetivo de renda para a concessão do BPC, estipulado pelo legislador, por delegação do poder constituinte, na jurisdição constitucional.

O legislador ordinário adotou um critério de renda objetivo a ser cumprido para efeito de concessão de referido benefício, qual seja, o da renda familiar *per capita* de 1/4 (um quarto) do salário-mínimo (§ 3 do art. 20 da Lei nº 8.742/1993).

Referido dispositivo legal já foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn 1232-1/DF), sob o argumento de que o dispositivo sob enfoque limita e restringe o direito garantido por norma constitucional (inciso V do art. 203); todavia, o Tribunal julgou-a improcedente, tendo sido, portanto, dado o caráter ambivalente de tal ação, reconhecida a constitucionalidade de tal critério.

Assim restou ementada referida decisão:

Constitucional. Impugna dispositivo de lei federal que estabelece o critério para receber o benefício do inciso V do art. 203 da CF. Inexiste a restrição alegada em face ao próprio dispositivo constitucional que reporta à lei para fixar os critérios de garantia do benefício de salário-mínimo à pessoa portadora de deficiência física e ao idoso. Esta lei traz hipótese objetiva de prestação assistencial do Estado. Ação julgada improcedente.

9 “Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas.

Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do *caput* não será computado para os fins do cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a Loas.”

Cabe ressaltar que o relator da ação, à época o Ministro Ilmar Galvão, restou vencido, de modo que não se pode afirmar que o Supremo Tribunal Federal adotou interpretação conforme, no sentido de que o § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742, de 1993, é constitucional, desde que não se limite o critério definido pelo legislador como o único a atestar a miserabilidade no caso concreto, admitindo-se outros meios de prova, conforme entendimento do relator em seu voto.

O entendimento que preponderou foi aquele adotado no julgamento do pedido cautelar pelo Ministro Maurício Correia, cuja decisão asseverou ser “axiomático no direito que a estipulação de pensão e de outros benefícios deve levar em conta, fundamentalmente, dois fatores: de um lado, a necessidade do beneficiário e, de outro, a possibilidade de quem arca com o encargo”.

Conforme o Ministro Nelson Jobim, relator para o acórdão, lembrou, foi indeferido o pedido liminar, sob o fundamento de que “o legislador, bem ou mal, mas cumprindo o dever de editar a lei, estabeleceu um parâmetro, que teve a virtude de dar eficácia à norma constitucional”.

Desde o julgamento da ADIn 1232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal passou a julgar procedentes as reclamações ajuizadas pelo INSS¹⁰ contra decisões proferidas pelos juízes e Tribunais de instâncias inferiores que, a par do critério legal de 1/4 do salário-mínimo, permitiam a concessão do benefício, caso fosse comprovada a necessidade do idoso ou do deficiente físico, em razão das peculiaridades do caso concreto, ainda que sua renda familiar ultrapassasse o limite fixado na lei.

Como exemplo, podemos mencionar o AgRg 2303/RS, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, em que ficou assentado que o Tribunal definiu que o critério de 1/4 do salário-mínimo é objetivo e não pode ser conjugado com outros fatores indicativos da miserabilidade do indivíduo e de seu grupo familiar, cabendo ao legislador, e não ao juiz na solução do caso concreto, a criação de outros requisitos para a aferição do estado de pobreza daquele que pleiteia o benefício assistencial.

O Supremo Tribunal Federal manteve tal entendimento mesmo nas reclamações ajuizadas contra decisões que, procedendo a uma interpretação sistemática das leis sobre a matéria, concediam o benefício assistencial com base em outros critérios estabelecidos por alterações legislativas posteriores, cujo critério de renda foi alargado, como a Lei nº 10.836/2004 – Bolsa-Família, a Lei nº 10.689/2003 – Programa Nacional de Acesso à Alimentação e a Lei nº 9.533/1997, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas, como se verifica na RCL 2323/PR, de relatoria do Ministro Eros Grau, DJ 20.05.2005.

10 Referida Autarquia Federal é a executora de tal benefício.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no entanto, parece estar se modificando, pois, se, em um primeiro momento, posicionou-se de forma contrária àquilo que vinha sendo decidido em outras instâncias¹¹, ao que parece, está ocorrendo uma ruptura com o sistema interpretativo até então adotado no âmbito da Corte.

Caso o Supremo Tribunal Federal venha a afastar, definitivamente, o entendimento até então adotado em razão do julgamento da ADIn 1232-1, estaremos diante de um daqueles casos de “ativismo judicial”, naquele sentido apresentado por Bradley C. Canon¹², inserido na segunda dimensão do ativismo judicial elencado em seu texto “Defining the Dimensions of Judicial Activism”¹³, qual seja, aquele existente quando há uma ruptura com a estabilidade interpretativa, ou seja, uma ruptura com a jurisprudência até então assentada no âmbito do Tribunal.

Afinal, o Supremo Tribunal Federal, na ADIn 1232-1, já havia considerado o critério previsto no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742, de 1993, constitucional.

Referido tipo de “ativismo judicial” não deve ser considerado ruim, afinal, o Supremo Tribunal Federal pode e até deve rever suas posições, sendo isso até mesmo necessário em certos casos, dada a possibilidade de ocorrência de inconstitucionalidade superveniente; porém, entendemos que, principalmente quando se pretende afastar um critério legal estipulado pelo legislador, por delegação do poder constituinte, bem como romper com um entendimento prévio consolidado no próprio Supremo, referido Tribunal detém uma responsabilidade maior em fundamentar adequadamente sua decisão, devendo, ainda, julgar com base em critérios palpáveis e factíveis, principalmente quando o objeto da ação consiste na averiguação da eficiência de determinada política pública.

Conforme se verá, referido critério de renda vem sendo taxado, pelo Supremo, de ser ineficiente e rigoroso, por deixar uma gama de possíveis destinatários do benefício de fora da proteção assistencial.

Com efeito, o Supremo tem entendido que referido requisito é ineficiente e, com base em tal constatação, muitas vezes alcançada sem nenhum critério real, sem ser fundamentada em bases empíricas¹⁴, vem julgando improcedentes

11 A ampla divergência na jurisprudência nacional quanto ao sentido e alcance do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993 redundou, em um primeiro momento, na Súmula nº 11 da Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, cuja redação era a seguinte: “A renda mensal, *per capita*, familiar, superior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, posteriormente, afastou a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993, na ADIn 1232-1, tendo sido cancelada a Súmula nº 11 da TNU/JEF”.

12 Bradley C. Canon é Professor de Ciências Políticas na Universidade de Kentucky.

13 CANON, Bradley C. Defining the dimensions of judicial activism, *Judicature*, 66.6, 1983.

14 Nesse sentido, válida a ressalva de Ivo Teixeira Gico Junior de que: “Em última instância, os juristas ficaram e permanecem sem qualquer instrumental analítico adequado para avaliar as consequências de suas decisões

as reclamações ajuizadas pelo INSS contra decisões judiciais que ignoram referido critério legal, utilizando interpretação extensiva a tal dispositivo para, de acordo com as características do caso concreto, ou seja, conforme a situação do deficiente ou do idoso, aferida no processo através dos meios de prova disponíveis, permitir a concessão do benefício, ainda que a renda familiar ultrapasse o valor de 1/4 do salário-mínimo.

O Ministro Marco Aurélio sempre deixou claro seu posicionamento no sentido da insuficiência dos critérios definidos pelo § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993 para fiel cumprimento do art. 203, inciso V, da Constituição (RCL 4.164/RS); porém, não se identifica em tal decisão quais os parâmetros utilizados para se chegar a tal constatação.

Há, também, decisão recente proferida na RCL 3.805/SP, DJ 18.10.2006, de relatoria da Ministra Carmem Lúcia, em que se negou seguimento à reclamação interposta pelo INSS, com base na seguinte fundamentação:

O STF, na ADIn 1232, apenas declarou que a norma do art. 20 e seu § 3º da Lei nº 8.742/1993 não apresentava inconstitucionalidade ao definir limites gerais para o pagamento do benefício a ser assumido pelo INSS. Mas não afirmou que, no exame do caso concreto, o juiz não poderia fixar o que se fizesse mister para que a norma constitucional do art. 203, inciso V, e demais direitos fundamentais e princípios constitucionais se cumprissem rigorosa, prioritária e inescusavelmente.

[...] a miséria constatada pelo juiz é incompatível com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF); e a política definida a ignorar a miserabilidade de brasileiros é incompatível com os princípios postos no art. 3º e incisos da CF; e a negativa do Poder Judiciário em reconhecer, no caso concreto, a situação comprovada e as alternativas que a Constituição oferece para não deixar morrer à míngua algum brasileiro é incompatível com a garantia da jurisdição, a todos assegurada como um direito fundamental (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal). [...] Foi exatamente para dar cumprimento à Constituição da República, de que é guarda este Tribunal, que se exarou a sentença na forma que se pode verificar até aqui.

Da mesma forma, tal decisão, baseada fundamentalmente em princípios e objetivos da Constituição Federal de 1988, não analisa a eficiência da legislação de forma objetiva, a fim de constatar a efetividade da política pública escolhida pelo legislador.

Por mais que se pretenda atribuir à Constituição uma ordem de valores¹⁵, a abstração de julgamentos, baseados meramente em princípios genéricos, não se coaduna com a necessária verificação de eficiência de determinada política pública.

ou interpretações, atendo-se a uma retórica formalista sem maiores preocupações empíricas falsificáveis ou pragmáticas" (Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1110>>. Acesso em: 11 out. 2010).

15 Sobre esse assunto, ver: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

Nesse aspecto, vale destacar a observação de Eros Roberto Grau¹⁶ acerca da banalização do uso dos princípios:

A última década do século passado é marcada, no campo da meditação sobre o direito, pelo paradigma dos princípios.

Mas isso se passou de tal modo que, por um lado, foram eles banalizados e, por outro, grande parte do que tem sido referido como doutrina produzida em torno deles dá testemunho acabado de que as pessoas que possuem inteligência bem-formada correm sempre o risco de supor que a criatividade de que são dotadas é suficiente para suprir a falta de leitura de que padecem.

Toma-se a nuvem por Juno, come-se gato por lebre e tudo passa a ser “principlizado” – se é que o termo já foi cunhado. Pautas normativas – como a da proporcionalidade e a da razoabilidade – são tidas como princípios e para imprecisão absoluta quanto ao que se possa ou deva ter como princípios de direito, coisa distinta dos princípios gerais do direito.

Por outro lado, no julgamento da medida cautelar na Reclamação nº 4374 MC/PE, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, fora indeferido o pedido liminar, tendo sido efetuada a seguinte constatação:

Os inúmeros casos concretos têm demonstrado que os critérios objetivos estabelecidos pela Lei nº 8.742/1993 são insuficientes para atestar que o idoso ou o deficiente não possuem meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Constatada tal insuficiência, os juízes nada mais têm feito do que comprovar a condição de miserabilidade do indivíduo que pleiteia o benefício por outros meios de prova.

Como visto, referido acórdão, proferido em sede de liminar, ao contrário dos demais, decidiu, com base nos casos concretos, tendo aproximado-se da realidade para averiguar a (in)eficiência da política pública.

Um dos grandes debates existentes no mundo jurídico concentra-se na tentativa de conciliação entre constitucionalismo e democracia.

Conforme Paulo Gonet Branco¹⁷:

Em influente artigo, abordando o que qualificou como tema precípua da teoria constitucional americana, Frank Michelman verificou que “durante toda a sua existência, a teoria constitucional americana esteve assombrada e preocupada, senão totalmente consumida, pela busca da harmonia entre o que se ouve usualmente como dois compromissos colidentes: o constitucionalismo e a democracia”.

O problema pode ser resumido na expressão “dificuldade contramajoritária”, cunhada por Alexander Bickel para revelar o impasse percebido no fato de um órgão do Judiciário, não eletivo, anular uma deliberação do corpo de representantes do povo.

16 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 46.

17 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 57.

No tópico seguinte, passaremos a discorrer sobre tal questão, pois o Supremo Tribunal Federal, além de necessitar avaliar a eficiência de determinada política pública com base em critérios objetivos e empíricos, deve respeitar a opção constitucional por um Estado Democrático de Direito.

Após referida análise, demonstraremos de que forma a análise econômica do direito pode contribuir no proferimento de decisões baseadas em dados concretos e nas suas consequências e, por decorrência, na observância, pelo Tribunal, do preceito constitucional que previu o Estado Democrático de Direito.

4 A LEGITIMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA ANÁLISE/CONTROLE/CORREÇÃO DA LEGISLAÇÃO FACE AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Um dos temas que vem sendo muito discutido atualmente, em face da sua relevância e preocupação quanto ao seu desfecho, é o papel que o Poder Judiciário vem assumindo frente aos demais Poderes, com a superlativização de suas funções, sendo a maior preocupação aquela referente ao déficit de legitimidade democrática do Poder Judiciário em razão de algumas posturas que vem adotando.

Isso se deve, em grande parte, pela modificação do direito e pelo rompimento provocado pelo Texto Constitucional com o próprio modelo de Estado.

Conforme Lenio Streck¹⁸, o novo Texto Constitucional rompeu com o velho modelo de direito e de Estado (liberal-individualista), em face do seu caráter dirigente e compromissório, e publicizou espaços antes reservados aos interesses privados. Nesse momento, o direito não é mais ordenador nem promovedor, mas sim transformador da realidade, fazendo com que aumente o foco de tensão acerca da jurisdição constitucional, que é a garantidora dos direitos fundamentais-sociais e da democracia no Estado Democrático de Direito.

Alguém poderia objetar não haver na Constituição Federal de 1988 previsão expressa de que o Estado contemporâneo converteu-se em um Estado Social, o que não estaria incorreto; porém, conforme sustenta Ingo Sarlet¹⁹:

Apesar da ausência de norma expressa no direito constitucional pátrio qualificando a nossa República como um Estado Social e Democrático de Direito (o art. 1, *caput*, refere apenas os termos democrático e direito), não restam dúvidas – e nisto parece existir um amplo consenso na doutrina – de que nem por isso o princípio fundamental do Estado social deixou de encontrar guarida em nossa Constituição. Além de outros princípios expressamente positivados no Título I de nossa Carta (como, por exemplo, os da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, etc.), tal circunstância se manifesta particularmente pela previsão de uma grande

18 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1-16.

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

quantidade de direitos fundamentais sociais, que, além do rol dos direitos dos trabalhadores (arts. 7º a 11 da CF), inclui diversos direitos a prestações sociais por parte do Estado (art. 6º e outros dispersos no Texto Constitucional).

Porém, a par de reconhecermos o advento do Estado Social, há que se conciliarem as suas exigências concretizadoras com as implicações pela opção expressa do poder constituinte por um Estado Democrático de Direito.

Oscar Vilhena²⁰, acerca dessas implicações, ressalta que:

A conciliação dessas distintas concepções políticas não se dá sem ambiguidades, principalmente se tomarmos a democracia em seu significado meramente procedimental, enquanto governo da maioria, e o Estado de direito em seu sentido substantivo, enquanto governos das leis, não apenas no sentido de leis positivas, mas de leis justas. [...] As democracias constitucionais contemporâneas representam tentativas de conciliar essas duas concepções que vivem em constante tensão.

Referido autor enfatiza, então, que os Tribunais constitucionais, em face do seu dever de zelar pela aplicação das normas constitucionais, nos sistemas democráticos, são fundamentais na concretização do ideal de Estado Democrático de Direito.

Assim, além dos Tribunais serem responsáveis pela concretização do princípio de Estado Democrático de Direito, os mesmos passaram a ser compromissados a implementar os direitos fundamentais, de forma positiva, não se concebendo mais aquela postura abstensionista, condizente com os ideais liberais de outra época, mas, ao contrário, devendo adequar-se ao novo modelo de direito e de Estado, conforme acima mencionado.

E essa tarefa de conciliar o dever de preservação do Estado Democrático de Direito e o de implementação dos direitos sociais não se tem demonstrado nada fácil, como se verá adiante.

Tratando da mesma questão de fundo, mas sobre outro enfoque, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, em seu texto “O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?”, esclarece que tanto a divisão de Poderes quanto a neutralização do Poder Judiciário sofreram grandes transformações em nosso século, especialmente nos últimos cinquenta anos. E atribui essas alterações ao advento da sociedade tecnológica, movimento este que altera o sentido dos controles sociais, políticos e, conseqüentemente, dos controles jurídicos, bem como as preocupações, que não se voltam mais para o passado, mas sim para o futuro, alterando, ainda, as fórmulas de governo, cujos valores máximos são a eficiência dos resultados e a alta probabilidade de sua consecução, bem como o comportamento do Tribunal, que passa a ser chamado para uma avaliação prospectiva

20 VIEIRA, Oscar Vilhena. Império da lei ou da corte? Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/21/07-oscar.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2010. p. 72.

e um julgamento pautado naquilo que ele poderá fazer. Afirma, então, ser este o contexto que se há de entender o advento do estado do bem-estar social²¹.

A neutralização inerente ao Poder Judiciário sofre uma profunda alteração com o advento do estado do bem-estar social, conforme arremata o autor supracitado:

O crescimento do Estado social ou Estado do bem-estar social reverteu alguns dos postulados básicos do Estado de direito, a começar da separação entre Estado e sociedade, que propiciava uma correspondente liberação das estruturas jurídicas das estruturas sociais. Nessa concepção, a proteção da liberdade era sempre da liberdade individual enquanto liberdade negativa, de não impedimento, do que a neutralização do Judiciário era uma exigência consequente. O Estado social trouxe o problema da liberdade positiva, participativa, que não é um princípio a ser defendido, mas a ser realizado.

E, como não poderia ser diferente, o papel do Poder Judiciário restou modificado nesse contexto, bem como a própria concepção de divisão de Poderes, conforme enfatiza Tércio Sampaio²²:

Os direitos sociais, produto típico do estado do bem-estar social, não são, pois, conhecidamente, somente normativos, na forma de um *a priori* formal, mas têm um sentido promocional prospectivo, colocando-se como exigência de implementação. Isto altera a função do Poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados.

Com isso, enfatiza o autor, a posição do juiz restou alterada, sendo ele agora corresponsável no sentido de uma exigência de ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem alcançadas por uma política legislativa. Com efeito, a responsabilidade do juiz agora é pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do estado social²³.

Essas alterações, todavia, com a desneutralização política do juiz e a repolitização do Judiciário, são alvo de tensões e acirradas discussões acerca dos limites de atuação de referido Poder.

Segundo o autor supracitado, a repolitização do Judiciário, com a expansão tecnológica e as possibilidades de ação geradas por ela, ocasionando a multiplicação do consumo na sociedade de massa, fazem da própria política um bem de consumo, existindo “um verdadeiro *marketing* de manipulação política da própria política”, que acaba atingindo o próprio Poder Judiciário, passando a

21 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/21/02-tercio.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2010, p. 18.

22 Idem, *ibidem*.

23 Idem, p. 19.

sustentar-se por meios políticos, através da busca de apoio da opinião pública, da busca pelo prestígio, etc. Conforme assevera o autor, o maior risco é que essa rendição do Judiciário à tecnologia do sucesso transforme o direito em simples e corriqueiro objeto de consumo.

O autor expressa sua preocupação, ainda, no sentido de que, diante da neutralização do Judiciário, os demais Poderes produzem normas, mas não criam o direito. Os demais Poderes podem até abusar dos direitos, mas os produtos normativos oferecidos por eles não passam de mercadoria, sem um valor em si. A neutralização do Judiciário institucionaliza a prudência, sendo um guardião ético dos objetos jurídicos, sendo que, com a politização da Justiça, tudo passa a ser uma relação de meio e fim, fazendo com que o direito perca o seu sentido de prudência²⁴.

Como se vê, portanto, as preocupações existentes acerca da assunção pelo Judiciário desse seu novo papel não são analisadas apenas sob a ótica da necessidade de observância da divisão de Poderes, mas, também, sobre o dever de respeitarmos a escolha do poder constituinte, que adotou, para o Brasil, a forma de um Estado Democrático de Direito. Conciliar democracia e direito é uma tarefa difícil, cuja responsabilidade está, cada vez mais, nas mãos dos Magistrados.

A esse respeito, merece destaque a abordagem de Mauro Cappelletti²⁵, trazida em seu texto “Juizes legisladores?”, em relação à legitimação democrática do direito jurisprudencial. Cappelletti ressalta que este é o argumento de maior objeção à criação jurisprudencial do direito.

Apesar dos inúmeros argumentos contrários a essa atividade de criação do direito pelo Judiciário, tratados em seu texto, o autor apresenta fortes argumentos para refutá-los, entre os quais²⁶:

- a) [...] dissipou-se em grande parte a utopia tipicamente ocidental, concernente à perfeita capacidade dos poderes “políticos” de alcançar o consenso dos governados, ou pelo menos da sua maioria. [...]
- b) [...] o próprio Judiciário, depois de tudo, não é inteiramente privado de representatividade. Esse argumento há vários anos foi apresentado com grande vigor pelo Professor Robert Dahl. [...] Falando da Corte Suprema dos Estados Unidos – composta, como sabido, de nove juizes vitalícios, nomeados pelo Presidente dos Estados Unidos com o consentimento do Senado –, Dahl demonstrou que, “em média, um novo juiz foi nomeado a cada vinte meses”. Essa relativa rapidez da renovação permite aos outros Poderes certo controle da filosofia política da Corte, de tal maneira que “essa nunca permanece por muito tempo em contraste com a filosofia prevalecente nas maiorias políticas no poder dentro do país”.

24 Idem, p. 21.

25 CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad. Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

26 Idem, p. 94-100.

c) Particularmente, de forma diversa dos legisladores, os Tribunais Superiores são normalmente chamados a explicar por escrito e, assim, abertamente ao público as razões das suas decisões, obrigação que assumiu a dignidade de garantia constitucional em alguns países, como a Itália. [...] Assim, mediante tal praxe, os Tribunais Superiores sujeitam-se a um grau de “exposição” ao público e de controle por parte da coletividade, que também os pode tornar, de forma indireta, bem mais “responsáveis” perante a comunidade do que muitos entes e organismos administrativos não expostos a tal fiscalização continuada do público.

d) [...] os Tribunais podem dar importante contribuição à representatividade geral do sistema [...] Eles, efetivamente, podem permitir o acesso ao *judicial process* e, assim, dar proteção a grupos que, pelo contrário, não estariam em condições de obter acesso ao *political process*.

e) Não há dúvida de que é essencialmente democrático o sistema de governo no qual o povo tem o “sentimento de participação”. Mas tal sentimento pode ser facilmente desviado por legisladores e aparelhos burocráticos longínquos e inacessíveis, enquanto, pelo contrário, constitui característica *quoad substantiam* da jurisdição desenvolver-se em direta conexão com as partes interessadas, que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o fundamental direito de serem ouvidas. Neste sentido, o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública.

Após a utilização de tais argumentos, Capelleti, reconhecendo a maior ligação do Poder Legislativo com a vontade do povo, destaca que²⁷:

Todavia, a legitimação dos juízes não é menos concreta e fundamental, porquanto é, ou pelo menos tem a potencialidade de ser, profundamente radicada nas necessidades, ônus, aspirações e solicitações quotidianas dos membros da sociedade.

Por fim, o autor expõe sua última conclusão a respeito do problema, no seguinte sentido²⁸:

Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um Judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um Judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante outros centros de poder [...], tão típicos das nossas sociedades contemporâneas.

Aquele primeiro argumento de Capelleti, acima citado, a favor da legitimação do Poder Judiciário, qual seja, o de que devemos apagar aquela falsa ideia de que os poderes políticos, entre eles o Poder Legislativo, representam, efetivamente, a vontade do povo, ou pelo menos de sua maioria, já era muito

27 Idem, p. 10-1-104.

28 Idem, p. 107.

antes defendido por grandes economistas, como David Hume (1711-1776) e Adam Smith (1723-1790), com suas teorias sobre os interesses individuais e o bem comum, bem como Schumpeter (1883-1950), com sua tese acerca da democracia como um sistema de competição pelo poder²⁹.

David Hume assumiu que todos os indivíduos agem motivados essencialmente pelos seus próprios interesses. Adam Smith, por sua vez, reconheceu que os indivíduos agem essencialmente, mas não exclusivamente, na prossecução de seus interesses egoístas. Para ele, uma ordem econômica eficiente será aquela que possibilite que esses interesses individuais se exerçam de forma a promover o bem comum³⁰.

Já Schumpeter legou-nos uma análise da democracia enquanto processo competitivo, em que política nada mais é do que a competição entre os políticos pela aquisição e manutenção do poder, contrastando com a teoria clássica de democracia, em que os eleitos são representantes de uma vontade geral (linha de Rousseau).

O alcance da vontade geral, para Schumpeter, é inatingível, sendo que a seleção de pessoas é o que realmente conta, porque o interesse geral (o interesse público) é indefinível e o pressuposto de uma vontade do povo, expressa por representantes, uma ilusão. Caem, assim, por terra as velhas formulações da ilustração do século XVIII, que viram na democracia um método de gerar decisões políticas encaminhadas ao bem comum e tomadas pelo povo através dos seus representantes³¹.

Alguém poderia objetar a aplicação daqueles outros preceitos legitimadores da atividade judiciária, citados por Capelleti, em especial aquele segundo o qual “a função jurisdicional não pode ser exercida senão a pedido da parte”, em relação à ação direta de inconstitucionalidade, dado o seu caráter abstrato; todavia, cabe mencionar a importante observação de Gilmar Ferreira Mendes³², segundo a qual:

A Constituição de 1988 conferiu ênfase, portanto, não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao STF, mediante processo de controle abstrato de normas. A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual – dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar – constituem elemento explicativo de tal tendência.

29 ALVES, André Azevedo; MOREIRA, José Manuel. *O que é a escolha pública?* Para uma análise econômica da política. Cascais: Principia, 2004.

30 Idem, p. 34-35.

31 Idem, p. 35-37.

32 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. O controle incidental ou concreto de normas no Direito brasileiro. 31. ed. atualizada por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 552.

A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao STF, mediante ação direta de inconstitucionalidade.

Assim, o processo abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: é a um só tempo instrumento de defesa da ordem objetiva e de defesa de posições subjetivas.

Assim, o aumento do número de legitimados a ingressar com a ADIn, possibilitando a representatividade de toda a sociedade, litiga em favor do Supremo contra os argumentos de déficit de legitimidade democrática.

Importante, assim, analisarmos se as decisões que estão sendo proferidas estão levando em conta tais premissas, principalmente se estão seguindo aquilo que certos autores, entre eles os acima citados, consideram como fonte de legitimação de tal poder.

Conforme acima demonstrado, Capelleti considera que um dos fatores de legitimação do Judiciário é o fato de tal poder julgar de acordo com o caso concreto, o que o aproxima da realidade e dos anseios da sociedade, tendo afirmado, inclusive, que “a legitimação dos juízes não é menos concreta e fundamental, porquanto é, ou pelo menos tem a potencialidade de ser, profundamente radicada nas necessidades, ônus, aspirações e solicitações quotidianas dos membros da sociedade”.

Tércio Sampaio, por sua vez, afirmou que as alterações ocorridas no âmbito de atuação do Poder Judiciário se devem ao advento da sociedade tecnológica, e constatou que este movimento alterou o sentido dos controles sociais, políticos e, conseqüentemente, dos controles jurídicos, alterando, inclusive, as preocupações e as fórmulas de governo, cujos valores máximos são a eficiência dos resultados e a alta probabilidade de sua consecução, bem como o comportamento do Tribunal, que passa a ser chamado para uma avaliação prospectiva e um julgamento pautado naquilo que ele poderá fazer.

Pois bem, resta saber se, efetivamente, nossos juízes e, em especial, o Supremo Tribunal Federal têm aplicado tais premissas, ou seja, será que está julgando os casos que lhe são submetidos, com base na realidade e nos anseios da sociedade? Será que os Magistrados pensam nas conseqüências de suas decisões?

Luis Roberto Barroso³³, ainda de conformidade com a ideia supramencionada, observa que:

A interpretação da Constituição, a despeito do caráter político do objeto e dos agentes que a levam a efeito, é uma tarefa jurídica, e não política. Sujeita-se, assim, aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação exigíveis das decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Uma Corte Constitucional não deve ser cega ou indiferente às conseqüências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum.

33 BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 116.

Para que o Judiciário alcance tal mister, qual seja, o de julgar sopesando as consequências de suas decisões, nos parece que a análise econômica do direito, com seus conceitos e ferramentas, é de grande utilidade, motivo pelo qual, no próximo tópico, passaremos a tratar de suas características para, ao final, verificar se, no caso em estudo, ou seja, se nas decisões acerca do critério legal de renda previsto para a concessão do benefício de prestação continuada, referido instrumental está sendo utilizado nas decisões emitidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Com isso, queremos demonstrar que a aplicação das ideias da análise econômica do direito pode contribuir para a legitimação do Poder Judiciário frente ao Estado Democrático de Direito.

Não podemos deixar de ressaltar, porém, que, além dos parâmetros legitimadores acima tratados, há outros elementos a serem considerados, afetos à legitimidade do Poder Judiciário, sendo um deles o que diz respeito à extensão, aos limites, da discricionariedade judicial.

Sobre esse aspecto, alguns autores, entre eles Eros Roberto Grau³⁴, posicionam-se de forma contrária a sua liberdade, no seguinte sentido:

O juiz não produz normas livremente.

Todo intérprete, embora jamais esteja submetido ao “espírito da lei” ou à “vontade do legislador”, estará sempre vinculado pelos textos normativos, em especial – mas não exclusivamente – pelos que veiculam princípios (e faço alusão aqui, também, ao “texto” do direito pressuposto). Ademais, os textos que veiculam normas-objetivo reduzem a amplitude da moldura do texto e dos fatos, de modo que nela não cabem soluções que não sejam absolutamente adequadas a essas normas-objetivo.

A “abertura” dos textos de direito, embora suficiente para permitir que o direito permaneça ao serviço da realidade, não é absoluta. Qualquer intérprete estará, sempre, permanentemente por eles atado, retido. Do rompimento dessa retenção pelo intérprete autêntico resultará a subversão do texto.

Eduardo Appio³⁵, ao tratar do controle judicial da discricionariedade política, assevera que:

Os atos essencialmente políticos, para os quais o constituinte de 1988 outorgou ao Poder Executivo – como responsável pela gestão da máquina administrativa – uma elevada margem de liberdade de escolha das políticas pública e sociais a serem executadas, representam um intransponível limite à jurisdição do Poder Judiciário no ambiente constitucional brasileiro. Somente nos casos em que o constituinte já definiu o conteúdo de uma política pública, social ou econômica é que a intervenção positiva do Poder Judiciário se revela compatível com suas funções constitucionais.

34 GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 56.

35 APPIO, Eduardo. *Discricionariedade política do poder judiciário*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 135-136.

A escolha de qual estrada ou hospital deve ser construído ou, ainda, de que forma será regulado um direito constitucional demanda uma legitimidade representativa que milita em desfavor das escolhas judiciais ou do Ministério Público. Estas opções, derivadas de um dever genérico previsto na Constituição, estão diretamente relacionadas com o princípio democrático, sendo certo que somente através da ampliação da democracia participativa se revela possível uma efetiva ampliação do controle judicial das questões políticas.

O Poder Judiciário não pode implementar políticas públicas a partir de deveres genéricos do Poder Executivo previstos na Constituição, porque sequer teria um parâmetro razoável de atuação, diante da natureza jurídica (e não política) de sua atividade.

Assim, por mais que se reconheça a necessidade de aproximação entre o Poder Judiciário, as partes e o caso concreto, a fim de julgar de acordo com os anseios da sociedade e com os valores predominantes da época, deve-se levar em conta, também, o limite a que o texto da norma impõe à atividade interpretativa dos juízes, a fim de se impedir a subversão da lei.

Ademais, impedido está o Poder Judiciário de se fazer substituir pelo legislador e pelo Poder Executivo na definição da política pública a ser implementada, em face de um dever genérico previsto na Constituição Federal.

Outra questão que não pode ser ignorada pelos Magistrados, sendo esta mais uma restrição a ser observada em suas decisões, é a limitação dos recursos orçamentários disponíveis.

Ainda que se empregue à interpretação constitucional atual aquele conceito de construção³⁶, ainda que se reconheça a essencialidade dos direitos fundamentais, não podemos viver na ilusão de que a capacidade material e estrutural do Estado é ilimitada, ou seja, não podemos imaginar que o Estado tudo pode prover, sendo esta uma visão ingênua e dissociada da realidade, sendo notórios os casos do cotidiano que demonstram o contrário, como, por exemplo, a limitação do número de leitos em hospitais públicos e a insuficiência dos recursos orçamentários em si, seja pela destinação prévia a eles atribuída por lei a outras necessidades indispensáveis, seja pelo valor mesmo dos recursos, cuja fonte é limitada.

Conforme Stephen Holmes e Cass R. Sustein, no livro *The cost of rights*³⁷, todos os direitos, inclusive a liberdade dos cidadãos, direito considerado de

36 Conforme Luis Roberto Barroso: “A interpretação constitucional exige, ainda, a especificação de um outro conceito relevante, que é o da construção. Por sua natureza, uma Constituição contém predominantemente normas de princípio ou esquema, com grande caráter de abstração. Destina-se a Lei Maior a alcançar situações que não foram expressamente contempladas ou detalhadas no texto. Enquanto a interpretação, ensina Cooley, é a arte de encontrar o verdadeiro sentido de qualquer expressão, a construção significa tirar conclusões a respeito de matérias que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados. São conclusões que se colhem no espírito, embora não na letra da norma. A interpretação é limitada à exploração do texto, ao passo que a construção vai além e pode recorrer a considerações extrínsecas” (BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 107-108).

37 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. W.W. Norton & Company: New York, NY, 1999.

cunho “negativo”, naquele sentido de que o Estado deve adotar uma postura abstencionista a fim de não agredi-lo, devem ser protegidos, gerando um custo a ser suportado por todos os cidadãos, por meio da tributação.

Assim, a liberdade do cidadão, para ser protegida pelo Estado contra seus próprios agentes e contra terceiros da área privada, acarreta um custo, na medida em que demandará do ente público um quadro de pessoal remunerado e preparado para a defesa de tal direito, bem como instituições oficiais estruturadas devidamente, sendo que tudo isso envolve grandes despesas.

Da mesma forma, para que seja proporcionada a garantida do devido processo legal ao indivíduo, é necessário que se tenha um Judiciário bem equipado, dotado de estrutura e de pessoal capacitado, sendo, do mesmo modo, muito dispendiosa referida despesa.

Portanto, por mais que os ditos chamados direitos “positivos” demandem uma atuação pró-ativa, uma postura concretizadora, por parte do Estado, bem como, por mais que se constate que as necessidades da sociedade são imensas, principalmente naqueles países de modernidade atrasada como o nosso, conforme frisado por Lenio Streck³⁸, há que se levar em conta a escassez dos recursos existentes, recursos esses voltados à garantia de vários outros direitos igualmente indispensáveis, sejam eles de feição negativa ou de cunho positivo, de modo que, nesse sentido, todos os direitos devem ser considerados “positivos”³⁹.

Ignorar esse fato, qual seja, o da limitação dos recursos existentes, pode, até mesmo, favorecer um desrespeito às decisões emanadas pelo Poder Judiciário e, conseqüentemente, gerar um desprestígio e um descrédito em sua atuação, em razão da eventual impossibilidade de cumprimento de suas sentenças pelo governo.

Necessário, todavia, seja reconhecido que a parte interessada, no caso a Fazenda Pública, através de seus procuradores públicos, deve levar esses dados orçamentários ao Judiciário para que este comece a sensibilizar-se com tal argumento, pois, caso contrário, tal defesa fica esvaziada e perde sua força de persuasão.

Por fim, outra hipótese a ser considerada, dentro ainda da abordagem da legitimidade das decisões do Poder Judiciário, e porque afeta ao caso concreto em estudo, qual seja, a análise pelo Supremo Tribunal Federal do requisito legal de renda atinente ao BPC, diz respeito ao papel do Tribunal quando da análise de lei cuja elaboração se deu por delegação do poder constituinte.

Nesse caso, entendemos que a atividade da Corte deve restringir-se à verificação da compatibilidade entre a lei ordinária e as normas da Constituição,

38 Segundo Lenio Streck, no Brasil, em que há muitas deficiências e onde a modernidade é atrasada, o modelo ideal é aquele preconizado pela teoria substancialista, devendo o Poder Judiciário atuar positivamente na implementação dos direitos fundamentais quando os demais Poderes falham. (STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 17-36)

39 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. Op. cit., p. 35-58.

sendo que a interpretação constitucional guarda uma íntima correlação com a interpretação das leis, conforme Luis Roberto Barroso⁴⁰, sendo que “o objeto da interpretação constitucional é a determinação dos significados das normas que integram a Constituição formal e material do Estado”.

Pois bem, se a norma constitucional prevê que determinado direito será usufruído nos termos da lei, não se pode concluir que o Poder Judiciário, em considerando a respectiva lei inconstitucional, possa, por si próprio, legislar positivamente, sob pena de afronta à vontade do constituinte de que determinado direito fosse regulamentado pelo Poder Legislativo.

Nessa hipótese, em que o poder constituinte expressamente determinou que certo direito será usufruído nos termos de lei e o legislador regulamenta tal direito, o Poder Judiciário poderá, no máximo, verificar a constitucionalidade da lei e não alterá-la de acordo com seus critérios.

Nesse caso, se o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade da lei, para que o direito não deixe de ser usufruído, por falta de regulamentação, caberá ao legislador, o mais rapidamente possível, rever os critérios legislados cuja inconstitucionalidade fora reconhecida pelo Supremo, servindo a atuação do Tribunal como um elemento de pressão sobre o legislador.

Eduardo Appio, ao discorrer sobre as normas constitucionais que se sujeitam a uma intervenção obrigatória do legislador, sustenta que⁴¹:

Nestas hipóteses, nas quais o Poder Legislativo regula direitos genéricos previstos na Constituição, o Poder Judiciário não pode, como regra, substituir as escolhas a serem feitas pelo Legislativo ou pelo Executivo, no tocante aos meios através dos quais se alcançarão os fins preconizados pelo Constituinte de 1988, ou seja, não pode ditar as políticas públicas, mas, tão somente, controlar sua implementação.

Conforme referido autor, a única intervenção possível do Poder Judiciário, nesses casos de obrigatória edição de lei por delegação constitucional para que o direito constitucional possa ser usufruído, hipótese em que se deve respeitar a discricionariedade do legislador, seria o exame de constitucionalidade da lei, ou seja, “caso a própria atividade do Legislativo, na escolha dos instrumentos adequados na concretização de um direito previsto na Constituição, seja inadequada, estaremos frente a um exame de constitucionalidade da lei”⁴².

No presente tópico, buscou-se trazer algumas balizas a serem observadas pelos Magistrados no intento de reforçar sua legitimidade perante a sociedade, de modo que, tomando como base referidas diretrizes, no próximo item, pasaremos a efetuar uma análise crítica das decisões do Supremo sobre o critério de renda do BPC.

40 BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 109-110.

41 APPIO, Eduardo. Op. cit., p. 97.

42 Idem. p. 98.

5 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A análise econômica do direito é um novo ramo que pode contribuir muito na identificação de problemas e na avaliação de políticas públicas, bem como na tomada de decisões envolvendo tais políticas.

Com efeito, a partir de seus conceitos e ferramentas, legisladores, administradores e juízes podem dispor de alguns parâmetros que os auxiliam na tomada de decisões de forma racional, levando-se em conta as consequências sociais advindas dessa ou daquela decisão, de modo que, sopesando-se os possíveis resultados decorrentes, tem-se critérios mais palpáveis e concretos de decisão.

Ivo Teixeira Gico Junior nos apresenta a análise econômica do direito da seguinte forma⁴³:

A análise econômica do direito, portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.

Referido autor, ressaltando a importância e a necessidade de existência de instrumentos objetivos a serem utilizados nas decisões sobre políticas públicas, assevera que⁴⁴:

Precisamos de teorias que permitam, em algum grau, a avaliação mais acurada das prováveis consequências de uma decisão ou política pública dentro do contexto legal, político, social, econômico e institucional em que será implementada. Em suma, precisamos de uma teoria sobre o comportamento humano. [...]

Em resumo, é exatamente nesse aspecto que a análise econômica do direito oferece sua maior contribuição do ponto de vista epistemológico jurídico. Se a avaliação da adequação de determinada norma está intimamente ligada às suas reais consequências sobre a sociedade (consequencialismo), a juseconomia se apresenta como uma interessante alternativa para esse tipo de investigação.

A análise econômica do direito pode ser utilizada em vários ramos do direito, desde a área de contratos até o direito constitucional, contribuindo, inclusive, naquelas decisões que envolvam a implementação de direitos fundamentais, decisões essas que se deparam com a escassez de recursos orçamentários e que, portanto, devem ser tratadas com um mínimo de objetividade.

Essa questão, mais uma vez, indica a utilidade da análise econômica do direito em questões atinentes a políticas públicas, tendo em vista a possibilidade de demonstrar os dados necessários, inclusive orçamentários, para uma avaliação madura da eficiência de determinada política.

43 GICO JR., Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1110>>. Acesso em: 11 out. 2010, p. 8.

44 Idem, p. 15.

Ivo Gico Teixeira Junior destaca, ainda, os ramos da análise econômica do direito e sua respectiva utilidade⁴⁵:

Em resumo, a AED positiva nos auxiliará a compreender o que é a norma jurídica, qual a sua racionalidade e as diferentes consequências prováveis decorrentes da adoção dessa ou daquela regra, ou seja, a abordagem é eminentemente descritiva/explicativa com resultados preditivos. Já a AED normativa nos auxiliará a escolher entre as alternativas possíveis a mais eficiente, isto é, escolher o melhor arranjo institucional dado um valor (vetor normativo) previamente definido.

Referido autor destaca, também, que, além da AED positiva e da AED normativa, com suas funções de auxiliar em juízos de diagnóstico e prognose e na escolha de alternativas mais eficientes, a AED pode contribuir, também, para a explicação da própria razão de existência de uma determinada norma jurídica, o que é normalmente o âmbito de investigação da teoria da escolha pública⁴⁶.

Uma das maiores contribuições da teoria da escolha pública é fazer com que nós, antes de efetuarmos qualquer juízo de valor sobre determinado assunto, conheçamos as coisas na sua origem, nos bastidores, pois, as entendendo na sua gênese, passamos a compreender o motivo de sua configuração atual e, dessa forma, podemos decidir sobre algo, de forma mais lúcida.

Com efeito, utilizando-se de referida teoria, podemos alcançar o motivo pelo qual determinada lei apresenta-se da forma como está redigida, ou por que o Poder Executivo e o Judiciário decidem de um determinado modo⁴⁷.

A análise econômica do direito, cuja gênese remonta ao século XVIII, com David Hume, Jeremy Bentham e Adam Smith, recebera essa nomenclatura na segunda metade do século XX, com as suas principais escolas – Yale e Chicago, conforme narrado por Francesco Parisi, em seu texto “The origins of law and economics”⁴⁸.

Os pensadores acima referidos, com a utilização de instrumentos como, por exemplo, a teoria dos jogos e o dilema do prisioneiro⁴⁹, contribuíram para a análise do comportamento dos seres humanos, analisando suas escolhas, mostrando que a economia não é uma ciência exata, pois depende da previsibilidade do comportamento alheio.

Francesco Parisi, no supracitado texto, discorre sobre a história da análise econômica do direito, de procedência propriamente norte-americana.

45 Idem, p. 20.

46 Idem, p. 15.

47 A esse respeito, consultar: ALVES, André Azevedo; MOREIRA, José Manuel. Op. cit.

48 PARISI, Francesco. Methodological debates in law and economics: the changing contours of a discipline. In: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K. (Ed.) *The origins of law and economics – Essays by the founding fathers*. The Locke Institute, 2005. p. 33-53.

49 Vide MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the law: from Posner to post-modernism*. Princeton: Princeton University Press, 1997.

Referido autor, ainda, apresenta algumas teorias para o fim de entendermos a análise econômica do direito, como as formalizadas por Vilfredo Pareto (com seu ótimo, ou seja, a maximização dar-se-ia quando uma das partes envolvida em um negócio sofresse perdas pelo ganho da outra), e por Bentham, acerca do utilitarismo (ou seja, as decisões, mesmo que benéficas a outrem, são tomadas com um fim de utilidade futura)⁵⁰.

O supracitado texto, ainda, aborda a contribuição de Nicholas Kaldor e Hicks a partir da famosa construção do sistema Kaldor-Hicks, segundo o qual se trabalha a eficiência a partir de compensações de prejuízos inerentes à atividade econômica, sendo que essas compensações podem se dar com indenizações, políticas públicas, regulação da concorrência e outras medidas de política econômica⁵¹.

O autor, ainda, não deixa de apresentar a contribuição de John Nash e John Rawls para a análise econômica e o alcance de um sentido de justiça.

Já na obra de Richard A. Posner, um dos maiores expoentes da análise econômica do direito, denominada *Economic analysis of law*, nos são dadas noções básicas da ciência econômica, para, em seguida, ser estabelecido um liame entre a economia e o direito⁵².

Posner apresenta alguns conceitos fundamentais, quais sejam: a eficiência e a utilidade, o que nos remete aos estudos econômicos sobre valor, ou seja, a busca por um bem se deve tanto à sua utilidade quanto à sua escassez. Tudo depende da situação em que o indivíduo se encontra⁵³.

Referido autor, após essa análise, opera com a ligação entre o direito e a economia, até porque tal ramo do conhecimento humano foi considerado, pela escola da análise econômica do direito, como a ciência que mais influencia as decisões judiciais.

Assim, Posner, na supracitada obra, elenca, em cada capítulo, os vários assuntos que podem ser abarcados pela análise econômica aplicada ao âmbito jurídico, como os contratos, as relações de casamento, a questão tributária, entre outras.

50 Henry Ford poderia ser considerado um utilitarista quando, no início do século XX, instituiu, em sua linha de montagem, salários altos. Ora, o fato de conferir salários mais altos do que as demais empresas àquela época não quer dizer que Ford fosse um altruísta. Sua visão era lógica: de que adiantaria produzir em grande quantidade se não houvesse mercado consumidor suficiente para o escoamento da produção? Com essa visão de utilidade e de interesse próprio, terminava por fazer um bem aos trabalhadores de sua empresa e aos consumidores, que puderam ter maior acesso a veículos automotores. Talvez, com esse caso, no século XX, fique mais fácil compreender o lema da “mão invisível” smithiana.

51 Vide FABRI, Andréa Queiroz. *Responsabilidade do estado: plano econômico e iniciativa privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 92-108.

52 POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 7th ed. Austin: Wolters Kluwer, 2007, Capt. 1 e 2.

53 Em um primeiro momento, o indivíduo preferiria uma pepita de ouro a uma copo d’água, posto ser o ouro valioso e com seus recursos adquirir outros bens, além de elevado *status* social. Mas, se esse mesmo indivíduo se encontrar em pleno deserto, de nada lhe serviria o brilho das possibilidades do ouro caso não pudesse abastecer seu organismo com água. Nesse caso, o bem mais valioso se refere ao fator utilidade e não ao fator escassez.

Convém ressaltar que o maior legado da análise econômica do direito é o esforço na criação de critérios objetivos de justiça, com primazia ao ótimo social, contrapondo-se a uma justiça individual nociva à coletividade.

De acordo com a análise econômica do direito, o parâmetro eficiente a ser buscado é aquele que alcança o ótimo social, ao contrário daquele que dá primazia a uma justiça concreta e individualizada, em detrimento da coletividade.

Apesar das críticas que podem ser formuladas em desfavor de tal linha de pensamento jurídico, sendo uma delas a de que o direito deve buscar a sua racionalidade a partir de seus próprios critérios e princípios, pois é isso o que lhe confere a indispensável autonomia sistêmica, não podemos negar que a análise econômica do direito faz um convite aos juristas para que saiam um pouco do seu mundo ideal e aterrissem no mundo real.

Em que pese a análise econômica do direito não tratar especificamente da questão da assistência social, o que se entende, em razão da sua origem norteamericana, sendo tal área de pouco relevo naquele país, o uso das suas ferramentas se demonstra muito útil em questões afetas a qualquer tipo de política pública, eis que quase sempre envolvem a utilização de recursos e, portanto, devem ser restritas a certos beneficiários, pois as respectivas fontes não são ilimitadas.

Assim, não se pode dispensar do processo de interpretação e aplicação da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas a lógica econômica. Por isso, o próximo tópico versará sobre as relações existentes entre a assistência social e a economia, que podem ser levadas em conta pelo Supremo Tribunal Federal nas suas decisões, até para se conciliar, como se viu, a atuação de referido Tribunal com o postulado do Estado Democrático de Direito.

6 ANÁLISE CRÍTICA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DO BPC E OS ASPECTOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO QUE PODEM SER LEVADOS EM CONTA NAS SUAS DECISÕES

Pelas decisões do Supremo Tribunal Federal, acima referidas, verifica-se que, apesar do resultado da ADIn 1232-1/DF, que decidiu pela constitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742, de 1993, está havendo uma discussão no âmbito do Tribunal quanto à eficiência de tal dispositivo, podendo haver uma modificação jurisprudencial no entendimento até então adotado.

Ocorre que a causa desse impasse, qual seja, a ineficiência do critério de renda estipulado pelo legislador, pauta-se, muitas vezes, em premissas não comprovadas, ou seja, algumas decisões fazem conjecturas sem um respaldo empírico que lhes dê sustentação, ao afirmarem que o critério legal em questão é ineficiente, sendo que esta postura prejudica sua legitimidade democrática, como se viu acima.

Ademais, entendemos que aquelas decisões do Supremo Tribunal Federal que optaram pela utilização da técnica da interpretação conforme a Consti-

tuição, considerando que o critério objetivo de renda de 1/4 do salário-mínimo deve ser utilizado apenas como um meio de prova, sendo que, comprovada a obtenção de apenas 1/4 do salário-mínimo, tem-se um caso de prova inconteste da miséria, o que não impede, todavia, que o Magistrado, com base em outras provas obtidas no caso concreto, constate a miserabilidade do indivíduo e, conseqüentemente, defira a ele o benefício, não respeitam o texto legal, subvertendo a lei, causando, ainda, uma grande insegurança jurídica, deixando ao arbítrio dos juízes o deferimento do benefício, sendo referida solução um típico caso de inobservância do limite do texto da lei, a que o Magistrado está adstrito, conforme demonstrado no item anterior.

Como se demonstrou, ainda, há decisões que apenas se embasam em princípios, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, gerando, da mesma forma, uma grande insegurança jurídica, uma vez que, à luz de referido princípio, pode-se decidir a mesma causa de forma diversa, ou seja, pelo princípio da dignidade da pessoa humana pode-se chegar à conclusão de que o benefício assistencial não deve ser concedido a determinada pessoa, pois isso lhe desestimularia a trabalhar, sendo que o trabalho remunerado é o que proporciona verdadeiramente a dignidade à pessoa.

Por sua vez, há decisões que entendem que o requisito legal em questão é muito rigoroso e está em descompasso com a legislação superveniente, que, ao criar outros benefícios assistenciais, ampliou o critério de renda do beneficiário.

Um dos argumentos utilizados pela Corte é o de que os requisitos previstos para a concessão de outros benefícios, como, por exemplo, o do Programa Bolsa-Família, instituído pela Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004, são mais flexíveis e, portanto, devem ser utilizados por analogia também para a concessão do BPC.

Com a devida vênia, entendemos que, com esse argumento, se está pretendendo aplicar as mesmas regras para coisas distintas, para benefícios diferentes que, embora visem a ajudar pessoas carentes e necessitadas, se prestam a objetivos diversos, têm titulares distintos e valores díspares, não guardando uma forte relação entre si.

Com efeito, para a concessão do benefício do Bolsa-Família, a respectiva lei previu requisitos mais simples, pois o Estado almejou alcançar um grande número de pessoas de baixa renda e proporcionar-lhes uma ajuda financeira não apenas para auxiliar na sua subsistência, mas também como forma de incentivar as famílias a arranjar um emprego, a manter seus filhos nas escolas e a cuidar da saúde deles. Referido benefício, portanto, é condicionado, exigindo uma contraprestação por parte dos beneficiários, que, caso não comprovem o seu cumprimento, perderão o auxílio. Como o número de beneficiários visados é muito amplo, fora previsto um valor relativamente pequeno de auxílio, dentro das possibilidades orçamentárias do Estado.

Por outro lado, o Benefício de Prestação Continuada fora instituído em prol apenas dos deficientes físicos e dos idosos que não tenham condições fi-

nanceiras de se manter, sendo concedido independente de qualquer contra-prestação pelos seus titulares. Basta que se preencham os requisitos legais exigidos que o Estado concederá o benefício enquanto perdurarem as condições necessárias, ou seja, por tempo indeterminado. Ademais, o valor pago por este benefício corresponde a um salário-mínimo, valor este muito superior ao pago pelo Bolsa-Família.

Assim, caso o Poder Judiciário aplique, ao contrário do que dispõe a legislação, os mesmos requisitos do benefício do Bolsa-Família, cujo valor é baixo, para a concessão do BPC, no valor de um salário-mínimo, a União poderá ter sérios problemas financeiros, impondo-se ao governo, eventualmente, a cessação de outros benefícios assistenciais destinados a outros beneficiários, cuja importância equivale à do BPC na busca pela redução da desigualdade social.

Conforme relatório e parecer prévio sobre as contas do Governo da República – exercício de 2009⁵⁴, elaborado pelo Tribunal de Contas da União, pode-se verificar em números aquilo acima dito acerca da abrangência e montante dos referidos benefícios, o que corrobora nosso entendimento acerca da impossibilidade de aplicação dos mesmos critérios de concessão do Bolsa-Família para o deferimento do BPC, cujos gastos, mesmo com um número bem reduzido de beneficiários, se comparado com o número de beneficiários do Bolsa-Família, superam os gastos efetuados com referido programa de complementação de renda.

Com efeito, em 2009, o Bolsa-Família beneficiou 12,37 milhões de famílias com um benefício médio mensal de R\$ 94,92. Os recursos financeiros repassados por tal programa para pagamento de benefícios totalizaram R\$ 11,8 bilhões em 2009.

Quanto ao BPC, no exercício de 2009, foram transferidos R\$ 8,7 bilhões a 1,6 milhões de pessoas portadoras de deficiência física e R\$ 8,2 bilhões a 1,5 milhão de idosos.

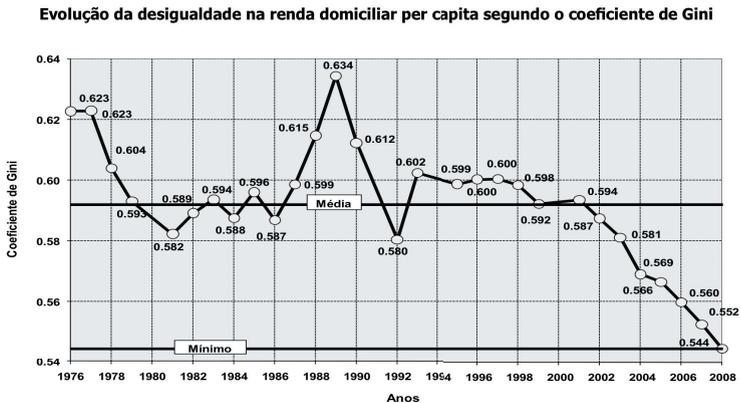
Não restam dúvidas, portanto, de que a expansão do número de beneficiários do BPC, pelo Poder Judiciário, sem levar em conta esses dados quantitativos e orçamentários, pode gerar sérias consequências, inclusive a extinção de outros benefícios criados pelo governo, cuja importância para a redução da desigualdade de renda no País é igualmente significativa.

Mais uma vez, utilizando-se dos dados do relatório e parecer prévio das contas do Governo da República, exercício de 2009⁵⁵, verifica-se que a diferença de renda no País caiu vertiginosamente, de 2001 a 2008, em razão de alguns

54 Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/contas_09/Textos/CG%202009%20Relatório.pdf>. Acesso em: 1º nov. 2010.

55 Idem.

fatores condizentes com desconcentração da renda do trabalho, conjugados com a concessão de diferentes benefícios assistenciais, entre eles o Bolsa-Família e o BPC.



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

As decisões do Supremo Tribunal Federal devem, pois, centrar-se na adequação da opção efetuada previamente pelo legislador em relação à norma genérica prevista na Constituição, sendo que, ao controlar a efetividade da medida eleita pelo legislador, deve utilizar-se de análises empíricas, de estudos de entidades de pesquisa dotadas de capacidade técnica, bem como avaliar as consequências de suas decisões, por envolverem políticas públicas importantes à sociedade, cuja implementação já fora previamente planejada por outros órgãos institucionais governamentais, cujos estudos não podem ser ignorados.

Conforme verificado acima, naquelas decisões em que se considera o critério de 1/4 do salário-mínimo ineficiente, não há uma explicação plausível para tal constatação, não se verifica sequer a explicação de por que se considera referido dispositivo ineficiente, de modo que tal assertiva leva em conta apenas o valor estipulado pelo legislador.

Não se verifica, nos votos dos Ministros, a constatação de que o critério legal, puramente aritmético, é comprovadamente ineficiente. Não se encontram afirmações no sentido de que a realidade social demonstra que muitas famílias com renda superior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo encontram-se na mais absoluta miséria, enquanto outras, com renda inferior ao patamar legal, não teriam direito ao benefício, dado que a concessão dele, em tais casos, pode gerar nefastos efeitos sociais, uma vez que estimularia os membros da família a não adentrarem no mercado de trabalho.

Com efeito, não se verificam, nos acórdãos acima analisados, argumentos nesses sentidos. Tal não ocorre porque suas decisões não são pautadas em dados empíricos, quando se chegaria, talvez, a constatações diversas.

Conforme estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea⁵⁶, que analisou as distribuições de pessoas idosas e deficientes incapazes para o trabalho e para a vida independente, bem como os benefícios e os níveis de cobertura do BPC nos diferentes estratos de renda da população brasileira, chegou-se à seguinte conclusão:

A população de idosos e deficientes incapazes se distribui uniformemente nos estratos de renda, mas os benefícios são distribuídos predominantemente em grupos de renda mais baixa da população. Consequentemente, a cobertura do programa também é maior entre os mais pobres. Aparentemente a cobertura da população-alvo ainda é insuficiente. O programa apresenta erros de focalização, mas estes são, em sua maioria, de baixa intensidade.

Além desse, referida entidade de pesquisa aplicada detém outros estudos acerca do Benefício de Prestação Continuada⁵⁷ e de várias outras políticas públicas, que podem servir como valiosos instrumentos de informação a serem utilizados nos julgamentos de referidas ações.

As decisões proferidas pelo Supremo, principalmente que envolvam políticas públicas, portanto, devem ser fundamentadas com base em critérios palpáveis e falsificáveis, e não em constatações desprovidas de comprovação, sendo as ferramentas da análise econômica do direito um importante instrumental a ser utilizado pela Corte, caso se queira garantir decisões afetas à realidade social em que vivemos e respeitar o Estado Democrático de Direito.

Ademais, conforme acima explanado, os Magistrados devem utilizar teorias que permitam, em algum grau, a avaliação das prováveis consequências de sua decisão, ou seja, necessária a utilização, também, de uma teoria sobre o comportamento humano, sendo a análise econômica do direito útil a tal propósito.

Nessa área da assistência social, tal providência se revela igualmente importante.

Não se pode perder de vista que o pagamento do benefício assistencial, na hipótese de existir um idoso ou deficiente na família, pode funcionar como desincentivo ao trabalho, visto que o pagamento do benefício depende da “continuidade das condições que lhe deram origem” (Loas, art. 21). Assim,

56 MEDEIROS, Marcelo; SAWAYA NETO, Melchior; GRANJA, Fábio Henrique. A distribuição das transferências, público-alvo e cobertura do Benefício de Prestação Continuada (BPC). Texto para Discussão nº 1416. Disponível em: <http://agencia.ipea.gov.br/images/stories/PDFs/TDs/td_1416.pdf>. Acesso em: 11 out. 2010.

57 Vale a pena conferir o estudo do Ipea sobre os efeitos sobre a estratificação social de pessoas com características elegíveis ao Benefício de Prestação Continuada (BPC) de uma mudança do conceito de família utilizado no cálculo dos rendimentos familiares *per capita* dos requerentes e beneficiários, adotando-se, em vez do conceito vigente no BPC, um conceito de família que se aproxima mais do grupo familiar doméstico, em que se concluiu que em 2000, a mudança não afetaria a maioria dos beneficiários e, apesar de gerar alguma alteração nos rendimentos calculados dos indivíduos afetados, não traria alterações expressivas no tamanho da população elegível. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/tds/td_1411.pdf>. Acesso em: 10 out. 2010.

dentro dos padrões normais da cultura brasileira, é provável que a pessoa desempregada, até com o aval da própria família, não envie maiores esforços no sentido de se integrar ao mercado de trabalho, o que lhe garantiria existência digna e geraria riquezas para o País, em face do temor de ter o benefício cancelado pelo INSS.

Veja-se, a propósito, a declaração que prestou o Presidente da Associação dos Deficientes Físicos de Mato Grosso, Mário Lúcio de Jesus, em relação aos beneficiários de amparo assistencial ao deficiente: “O deficiente tem receio de ingressar no mercado de trabalho quando surge uma oportunidade porque existem chances de ele perder o benefício”⁵⁸.

Assim, os Magistrados devem avaliar que sua decisão, além de estar contrariando a legislação, ou seja, além de estar afastando um critério estipulado pelo legislador, que é o primeiro legitimado para estabelecer as políticas públicas necessárias e possíveis, pode estar prejudicando a própria família do beneficiário, bem como a sociedade como um todo.

Acreditamos, também, que a realização de audiências públicas no âmbito do Supremo, bem como a admissão da figura do *amicus curiae*⁵⁹, auxiliará referido Tribunal na busca por dados técnicos e na sua aproximação com a realidade, sendo indispensável, no entanto, a utilização dos dados obtidos mediante a utilização de referidos instrumentos pelos Ministros ao proferirem suas decisões, sob pena de tais ferramentas legitimadoras terem sua função esvaziada.

Com efeito, através da utilização dos argumentos trazidos por técnicos, entre eles economistas, antropólogos, sociólogos, médicos, etc., por meio da realização de audiências públicas e da participação do *amicus curiae*, o Tribunal disporá de elementos concretos para decidir, sendo que, através do cotejo de diversos pontos de vista e dados técnicos, amplia sua compreensão sobre determinado assunto e pode julgar com mais segurança e acerto.

58 Disponível em: <www.sinop.mt.gov.br/assecom/index.php?pg=noticia&codigo=961>. Acesso em: 2 out. 2007.

59 Originário do direito norte-americano, o *amicus curiae* (amigo da corte) é um instituto de matriz democrática, uma vez que permite que terceiros passem a integrar a demanda, para discutir objetivamente teses jurídicas que vão afetar a sociedade como um todo. Encontramos, com mais visibilidade, a atuação do amigo da corte nas ações de controle abstrato de inconstitucionalidade (ADIn) e de constitucionalidade (Adecon), com embasamento constitucional e regulamentadas pela Lei nº 9.868/1999, pois essa lei, em seu art. 7º, *caput*, expressamente veda a intervenção de terceiros no processo que regulamenta, porém, no § 2º do mesmo, admite que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, a manifestação de outros órgãos ou entidades. A Lei nº 9.882/1999, que regulamente o procedimento para Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), em seu art. 6º, § 1º, também prevê a participação do amigo da corte, pois assim reza: “§ 1º Se entender necessário, poderá o Relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou, ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria” (Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6717/o-amicus-curiae-no-direito-processual-brasileiro>>. Acesso em: 1º nov. 2010).

Assim, a humildade da Corte em reconhecer que não é dona da verdade e que não domina todos os assuntos, fazendo uso de instrumentos capazes de ampliar sua visão e conhecimento técnico sobre determinadas questões, contribui sobremaneira para a manutenção do ideal de Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, ou seja, com a utilização pelo Supremo desses instrumentos, é que referido Tribunal estará, efetivamente, aproximando-se da realidade social e proferindo decisões democraticamente legítimas.

Conforme visto no tópico anterior, o Supremo, ao deixar de julgar de acordo com a realidade, com os fatos, sem a utilização de métodos empíricos e falsificáveis, ou seja, sem buscar superar aquela debilidade, denominada por Capelletti⁶⁰, de “incompetência institucional” da Magistratura, operando como “um legislador aleijado”, na definição de Lord Devlin, não estará respeitando o Estado Democrático de Direito, em razão da falta de legitimidade representativa.

Por outro lado, verifica-se, ainda, que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com exceção da decisão da medida cautelar na RCL 4374 MC/PE, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes⁶¹, não estão adentrando na questão da (in)constitucionalidade do dispositivo legal que fixou a renda familiar em 1/4 do salário-mínimo, sendo essa a única intervenção possível pelo Poder Judiciário na hipótese de um dispositivo legal editado pelo legislador por delegação do poder constituinte, conforme acima observado.

Com efeito, verifica-se que a questão da inconstitucionalidade do dispositivo em tela somente foi resgatada na ação supracitada, de modo que, eventualmente, quando do julgamento do mérito da ação, poderá o Supremo declarar a inconstitucionalidade da norma em sede de reclamação, caso o Tribunal reconheça a ocorrência de inconstitucionalidade superveniente, uma vez que, conforme analisado, o Supremo, anteriormente, havia reconhecido a constitucionalidade de tal dispositivo legal.

E, nesse caso, em o Supremo reconhecendo a inconstitucionalidade do dispositivo em questão, entendemos que o Tribunal não poderá substituir o legislador e estabelecer, ele próprio, o critério de renda que entende devido, deixando tal tarefa ao Poder Legislativo.

A título de informação, está tramitando na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 924/2007, do Deputado Marcelo Serafim (PSB/AM), que aumenta para um salário-mínimo *per capita* a renda familiar exigida para a concessão do Benefício de Prestação Continuada (BPC). O projeto está apensado ao PL

60 CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., p. 86-87.

61 Conforme o Ministro Gilmar Mender ressaltou em seu voto: “Toda essa reinterpretação do art. 203 da Constituição, que vem sendo realizada tanto pelo legislador como por esta Corte, pode ser reveladora de um processo de inconstitucionalização do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993”.

3967/1997 e a outras 55 proposições que tratam do mesmo tema, que serão analisadas pelas Comissões de Seguridade Social e Família, de Finanças e Tributação e de Constituição e Justiça e de Cidadania, em caráter conclusivo⁶².

Observe-se que referidos projetos deverão ser alvo de grandes discussões e serão analisados por mais de uma Comissão, no âmbito da Câmara dos Deputados, sendo que, dependendo do resultado dos pareceres emitidos em tais Comissões, poderá ser que, eventualmente, a questão seja levada, ainda, ao Plenário, devendo, também, ir para a análise do Senado Federal, o que demonstra o longo percurso a ser enfrentado, sendo que a questão será amplamente analisada e debatida, quando se verificarão todos os aspectos e implicações decorrentes do aumento do critério de renda para a concessão do BPC, não sendo legítimo, pois, que tal questão seja modificada no âmbito da jurisdição constitucional.

CONCLUSÃO

A discussão em torno da adequada prestação de políticas públicas de assistência social, entre elas a de concessão do Benefício de Prestação Continuada – BPC, demonstra-se atual, relevante e de enorme repercussão social, pois, em nosso País, onde os índices de desigualdade ainda são alarmantes, referidas políticas públicas demonstram-se necessárias e fundamentais.

Tal debate demonstra-se igualmente relevante por suscitar a questão da conciliação entre constitucionalismo e democracia, tendo em vista o constante questionamento acerca da legitimidade do Poder Judiciário no tocante à reforma da legislação, principalmente quando atinente a políticas públicas.

A par da essencialidade de políticas assistenciais no Brasil, o Poder Judiciário, principalmente o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, não pode ignorar certas limitações, algumas delas, inclusive, de ordem constitucional, como a opção por um Estado Democrático de Direito, bem como por outras restrições de ordem material, tendo em vista a escassez dos recursos orçamentários existentes.

Caso o Supremo Tribunal Federal, imbuído de seu dever de averiguar se o legislador cumpriu com determinado mandamento constitucional ao editar uma lei, tenha que analisar questão que envolva políticas públicas, deverá, a fim de garantir sua legitimidade, julgar com base em critérios palpáveis e baseados na realidade, comprovando, efetivamente, que a opção do legislador não foi adequada e que se demonstra ineficiente.

Para tanto, a análise econômica do direito oferece ferramentas importantes, pois o foco desse ramo é, justamente, demonstrar o porquê de as coisas serem como são e quais medidas podem ser adotadas para se alcançar um melhor resultado.

62 Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/113165.html>>. Acesso em: 2 nov. 2010.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal não pode substituir a escolha do legislador, pautada em dados técnicos e orçamentários, pela sua escolha, fundamentada meramente na aplicação de princípios ou em deduções sem comprovação alguma.

Ademais, referido Tribunal deve julgar levando em conta as consequências de suas decisões, sob pena de estar prejudicando os eventuais destinatários dos benefícios assistenciais, bem como a própria sociedade, na medida em que suas decisões podem atrapalhar as políticas públicas planejadas pelo governo com o fim de redução da desigualdade social.

REFERÊNCIAS

ALVES, André Azevedo; MOREIRA, José Manuel. *O que é a escolha pública?* Para uma análise econômica da política. Cascais: Principia, 2004.

APPIO, Eduardo. *Discricionariedade política do poder judiciário*. Curitiba: Juruá, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANON, Bradley C. Defining the dimensions of judicial activism, *Judicature*, 66.6, 1983.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

FABRI, Andréa Queiroz. *Responsabilidade do estado: plano econômico e iniciativa privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

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

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/21/02-tercio.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2010.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. W.W. Norton & Company: New York, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. O controle incidental ou concreto de normas no Direito brasileiro .31. ed. atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the law: from Posner to post-modernism*. Princeton: Princeton University Press, 1997.

GICO JR., Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1110>>. Acesso em: 11 out. 2010.

_____. Liberdade no mundo moderno e o estado meio. Disponível em: <<http://209.85.165.104/search?q=cache:m0AQ3EYzfyl:www.idp.org.br/download.php%3Farquivo%3Dw6r3uecvjin5.doc+%22ivo+gico%22+%22assist%C3%AAncia+socia%22&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=1&gl=br>>. Acesso em: 26 set. 2007.

PARISI, Francesco. Methodological debates in law and economics: the changin contours of a discipline. In: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K. (Ed.). *The origins of law and economics* – Essays by The Founding Fathers. The Locke Institute, 2005.

POSNER, Richad A. *Economic analysis of law*. 7th ed. Austin: Wolters Kluwer, 2007.

RAGONE, Miguel. Políticas públicas de inclusão pelo consumo: uma análise dos custos e de sua justificativa. In: GICO JR., Ivo Teixeira; BORGES, Antônio de Moura (Coord.). *Intervenção do estado no domínio econômico* – Temas atuais. São Paulo: Lex e Aduaneiras, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Império da lei ou da corte? Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/21/07-oscar.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2010.