



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

Carlos Frederico Valadares Rocha Torres

**SUBJETIVISMO E ATIVISMO JUDICIAL COMO FATORES GERADORES
DE INSEGURANÇA JURÍDICA NAS CAUSAS DE SEGURIDADE SOCIAL:
Existe um limite legitimador?**

Recife
2022

Carlos Frederico Valadares Rocha Torres

**SUBJETIVISMO E ATIVISMO JUDICIAL COMO FATORES GERADORES
DE INSEGURANÇA JURÍDICA NAS CAUSAS DE SEGURIDADE SOCIAL.**

Existe um limite legitimador?

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel(a) em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional; Direito Previdenciário; Seguridade Social; Filosofia do Direito.

Orientador: Joaquim Lustosa Filho

Recife
2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Torres, Carlos Frederico Valadares Rocha.

Subjetivismo e Ativismo Judicial como fatores geradores de insegurança jurídica nas causas de Seguridade Social. Existe um limite legitimador? / Carlos Frederico Valadares Rocha Torres. - Recife, 2022.

59 f.

Orientador(a): Joaquim Lustosa Filho

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2022.

1. Ativismo Judicial. 2. Subjetivismo. 3. Neoconstitucionalismo. 4. Separação dos Poderes. 5. Seguridade Social. I. Lustosa Filho, Joaquim. (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

CARLOS FREDERICO VALADARES ROCHA TORRES

**SUBJETIVISMO E ATIVISMO JUDICIAL COMO FATORES GERADORES
DE INSEGURANÇA JURÍDICA NAS CAUSAS DE SEGURIDADE SOCIAL.**

Existe um limite legitimador?

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel(a) em Direito.

Aprovado em: 19/10/2022

BANCA EXAMIDADORA

Prof. Dr. Joaquim Lustosa Filho (Orientador)

Universidade Federal de Pernambuco

Profa. Dra. Tereza Cristina Tarragô Souza Rodrigues (Examinadora interna)

Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. Eric Moraes de Castro e Silva (Examinador interno)

Universidade Federal de Pernambuco

AGRADECIMENTOS

Ao Criador, pela dádiva da vida.

Aos meus pais, por toda a estrutura que proporcionou a minha graduação.

Às minhas avós, sobretudo a bisavó, que sem dúvidas foi a pessoa que mais acreditou em mim até mesmo com a inocência da idade avançada.

À Ana, companheira, que me apoiou em todos os momentos dessa jornada.

Ao professor Joaquim Lustosa, pela disponibilidade e gentileza.

Ao ensino público Federal, que por meio de sua estrutura e servidores, desde o Instituto Federal de Pernambuco, me deu base, conhecimento e maturidade para ingressar na Faculdade de Direito do Recife e concluí-la.

EPÍGRAFE

Veni, vidi, vici

Júlio César, 47 a.c

RESUMO

Esta monografia tem como escopo realizar uma análise de impacto do ativismo judicial e subjetivismo aplicada nas causas de Direito Previdenciário e Assistência Social. Começa-se tecendo comentários acerca da evolução das escolas filosóficas até a ascensão do neoconstitucionalismo e seus efeitos no Direito, dentre os quais está o ativismo judicial e subjetivismo. Na ocasião, discute-se esses efeitos quando aplicados nas áreas da Seguridade Social, sobretudo a assistência social e previdência. Demonstrou-se ainda, que o neoconstitucionalismo atribuiu ao Judiciário poderes que podem torná-lo mais poderoso que os demais, se usado de maneira descabida e desarrazoada. Apesar disso, quanto bem utilizado, o subjetivismo do julgador e o ativismo judicial podem ser importantes ferramentas de concretização da justiça. Para comprovar tal tese, foram utilizados julgados da Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Pernambuco em que a interpretação restritiva da lei poderia causar injustiças frente a finalidade da norma analisada. De maneira contrária, também foram trazidos casos em que as partes formalmente preenchiam os requisitos da norma objetiva, mas que materialmente não estavam enquadrados como o alvo finalístico que o legislador pretendeu alcançar.

Palavras-chave: Ativismo judicial; Subjetivismo; Neoconstitucionalismo; Separação dos poderes; Seguridade Social.

ABSTRACT

This monograph aims to perform an analysis of the impact of judicial activism and subjectivism applied in Social Security Law and Social Assistance causes. It begins by commenting on the evolution of philosophical schools until the rise of neoconstitutionalism and its effects on Law, among which are judicial activism and subjectivism. In this occasion, these effects are discussed when applied in the areas of Social Security, especially social assistance and social security. It was also shown that neoconstitutionalism has given the Judiciary powers that can make it more powerful than others, if used in an unreasonable way. Nevertheless, when well used, the judge's subjectivism and judicial activism can be important tools to achieve justice. To prove this thesis, It was used judgments of the "Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Pernambuco" in which the restrictive interpretation of the law could cause injustices against the purpose of the rule under analysis. On the contrary, cases were also brought in which the parties formally met the requirements of the objective rule, but materially were not framed as the final target that the legislature intended to achieve.

Keywords: Judicial activism; Subjectivism; Neoconstitutionalism; Separation of Powers; Social Security.

LISTA DE SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

BPC – Benefício de Prestação Continuada

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CNIS – Cadastro Nacional de Informações Sociais

CTPS – Carteira de Trabalho e Previdência Social

DER – Data de Entrada do Requerimento

DPU – Defensoria Pública da União

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

JEFs – Juizados Especiais Federais

LOAS – Lei Orgânica da Assistência Social

MVF – Mandado de Verificação

PEDILEF – Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

TNU – Turma Nacional de Uniformização

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	NEOCONSTITUCIONALISMO COMO FATOR DERIVADOR DO ATIVISMO JUDICIAL	12
2.1	CARACTERÍSTICAS DO NEOCONSTITUCIONALISMO	14
2.2	DEFINIÇÃO DE ATIVISMO JUDICIAL E A DIFERENCIAÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO	15
2.3	O CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE COMO INFLUENCIADOR DO ATIVISMO JUDICIAL	18
2.4	OMISSÃO LEGISLATIVA E O SUPRIMENTO PELO PODER JUDICIÁRIO	21
3	ASSISTÊNCIA SOCIAL NO BRASIL: ENTRE A SUBJETIVIDADE E A OBJETIVIDADE DO OPERADOR DO DIREITO	23
3.1	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS REQUISITOS DO BENEFÍCIO AUXÍLIO EMERGENCIAL	24
3.2	O SUBJETIVISMO NA AFERIÇÃO DO CRITÉRIO SOCIOECONÔMICO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA E A INSEGURANÇA JURÍDICA.	31
4	OS DESAFIOS DO SEGURADO ESPECIAL NA EFETIVA COMPROVAÇÃO DO LABOR RURAL ANTE A AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS CLAROS PARA SEU ENQUADRAMENTO	47
5	A INSEGURANÇA JURÍDICA DIANTE DA SUBJETIVIDADE E FLEXIBILIZAÇÃO DOS CRITÉRIOS LEGAIS. EXISTE UM LIMITE LEGITIMADOR?	53
6	CONCLUSÃO	55
	REFERÊNCIAS	57

1 INTRODUÇÃO

Os modelos de Estado e de Constituição adotados pelo Brasil foram inspirados pela Escola Filosófica do Pós-positivismo, cuja ascensão tem ligação direta com a crise enfrentada pelo formalismo Positivista em meados do Séc. XX vivenciado no pós-guerra. Tal Escola tem como maior característica a permeabilidade da moral no ambiente jurídico, sobretudo na interpretação de normas jurídicas, florescendo, principalmente, na seara do Direito Constitucional, que passa a ser dotado de princípios jurídicos com força normativa para reger o ordenamento jurídico como um todo.

Com a referida influência sobre as Constituições, o pós-positivismo, quando aplicado ao Direito Constitucional, passou a ser chamado de neoconstitucionalismo; ideologia que permite uma interpretação jurídica aberta e com substancial subjetividade, já que justificadas por princípios abstratos. Essa nova hermenêutica jurídica acabou por permitir constante aprimoramento de técnicas de ponderação, passível, portanto, da infiltração da moral de cada jurista no campo do Direito.

O mundo jurídico passou a ser assim, então. O jurista não mais é a boca da lei, mas sim sujeito ativo de sua criação, cuja função antes era reservada ao Poder Legislativo. Nesse sentido, o Poder Judiciário passou a deter cada vez mais poder, resultando no que posteriormente se chamou de “ativismo judicial”. O modelo ativista representa a conduta do Poder Judiciário, principalmente dos juízes, em transcender a atuação técnica meramente subsuntiva da lei para se tornarem criadores de Direito.

Até aqui, foram mencionados dois termos importantes para o trabalho proposto: ativismo judicial e subjetividade. Tais termos comportam a problemática da insegurança jurídica verificada pelo neoconstitucionalismo não apenas no Brasil, mas também em outras nações de *civil law* em que a moral penetrou o Direito. Importante fato ainda não mencionado é que apesar de ter florescido principalmente no Direito Constitucional, o neoconstitucionalismo prevê a superioridade hierárquica da Constituição, a qual deve irradiar-se partindo de seus princípios gerais e abstratos na forma de direitos fundamentais para os demais ramos do direito. Dentre estes ramos, temos a Seguridade Social, ramo que será o enfoque da demonstração da irradiação dos princípios gerais do direito na legislação pátria.

Para tanto, deve ser observado que a Constituição da República de 1988 se subdivide em subsistemas, dos quais nos interessa o da seguridade social. Nesse sentido, foram

estabelecidas normas gerais sobre a saúde, previdência social e assistência social, áreas normalmente abarcadas pela seguridade social. Assim sendo, o constituinte estabeleceu ao legislador infraconstitucional o dever de editar normas específicas para que fossem criados e regulamentados benefícios; determinando e estabelecendo requisitos apropriados que respeitassem os direitos fundamentais salvaguardados pela Carta Magna de 1988.

Dado o grau de subjetividade outrora mencionado, o que se percebe na prática atual é a inobservância, partindo das decisões judiciais, dos requisitos estabelecidos pela legislação infraconstitucional. Para tanto, as decisões partem da hermenêutica aplicada aos requisitos dotados de abstração genérica frente à subjetividade típica dos princípios gerais do direito que regem e legitimam o novo constitucionalismo brasileiro. O resultado repercute em decisões por vezes benéficas ao segurado, que objetivamente não preenchia os requisitos e, em outros momentos, em decisões que restringem o direito de recebimento do benefício ao requerente que cumpre os requisitos objetivos, mas não os subjetivos, aos olhos dos magistrados. Assim sendo, questiona-se: qual é o parâmetro utilizado pelos operadores do direito para decidir se estão ou não transcendendo as funções típicas do Poder Judiciário?

Para realização deste trabalho, pretende-se utilizar processos judiciais distribuídos para a Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Justiça Federal de Pernambuco, na qual atualmente exerço a função de estagiário. Para tanto, almeja-se fazer a monografia a partir da análise de casos práticos não só da referida Turma Recursal, mas ancorando opinião nos posicionamentos dos Tribunais Superiores e na Turma Nacional de Unificação (TNU) sobretudo nos processos envolvendo o Auxílio-Emergencial, o Benefício de Prestação Continuada e o reconhecimento do indivíduo como segurado especial de acordo com a Lei 8.212/1991.

Por fim, almeja-se estabelecer uma discussão acerca da existência de um limite da atuação do Poder Judiciário para legitimar seu ativismo frente a invasão de competência dos demais poderes. Existe um limite legitimador em nome da justiça social? Quais são os impactos gerados por esse comportamento alopoiético na justiça social?

2 NEOCONSTITUCIONALISMO COMO FATOR DERIVADOR DO ATIVISMO JUDICIAL

O prefixo *neo* pressupõe algo que é novo, que rompe com o conhecido e antigo; elemento que veio para alterar. A expressão neoconstitucionalismo foi utilizada pela primeira vez na década de 90 pela doutrina italiana e, depois, disseminada para outros territórios que não o europeu. Isso porque o neoconstitucionalismo é um fenômeno avassalador no constitucionalismo ocidental, pois consubstancia um intermédio de sistemas dicotômicos, como o jusnaturalismo x juspositivismo ou até mesmo *civil law* x *common law*.

No Brasil, um dos responsáveis por trazer essa nova perspectiva constitucional foi o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, que trabalhando um conceito sintético do termo, traz arcabouço retórico na introdução (BARROSO, 2005. p. 1):

Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos pós e neo: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo ainda é incerto. Poder ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus.

Ao tratar por essa perspectiva, Luís Roberto Barroso traz o neoconstitucionalismo à perspectiva similar do conceito de modernidade. Modernidade, concebida para muitos filósofos como a mudança de paradigma; ao “novo”, que rompe com o tradicional e costumeiro hábito, por exemplo. Ao contrário, porém, dos demais indivíduos que se apropriam do termo “moderno” para descrever algo geralmente positivo e progressista, Barroso se mantém cético quanto aos efeitos que o neoconstitucionalismo pode trazer no futuro.

Para se falar de teoria neoconstitucionalista, necessária é a regressão à história evolutiva do Direito Constitucional. Essa história remonta a meados do século XIX, em que a teoria jurídica realizou movimentos no sentido a sua secularização e positivação, que por sua vez culminou na separação do Direito e da Moral. A “Teoria pura do Direito”, de Hans Kelsen, é a expressão máxima desse movimento, que passa a ver o Estado sob um enfoque estritamente jurídico, de forma neutra, sem utilizar de juízos de valor.

Como consequência teórica do positivismo, o enfoque crítico de ordenamentos jurídicos produzidos por Estados autoritários deixou de ser feito, gerando uma legitimação de uma política repressiva com base na lei; ao *modus operandi* da Escola da *Exegese*. Apesar de alguns doutrinadores fazerem parecer que a razão de governos autoritários ao modo do fascismo ser causa direta do positivismo, não cabe razão a tal argumento ainda que haja alguma influência,

pois esses governos, à exemplo do nazista alemão, desconsidera uma das maiores premissas do positivismo, qual seja o respeito ao princípio da legalidade.

Não obstante isso, em momento posterior à “Segunda Guerra Mundial”, as teorias do direito buscaram maneiras de retomar a conexão do Direito e da moral. A tentativa de retomar ao ideal jusnaturalista não vingou, diante da complexificação social que não mais comportava conceitos metafísicos para explicar o direito, fazendo com que nesse embate jusfilosófico surgisse o que se chama hoje de “pós-positivismo”.

O pós-positivismo é justamente o retorno da moral ao campo do Direito, a partir de uma interpretação de princípios jurídicos abertos a que é atribuída força normativa. Esse conceito está intrinsicamente ligado ao neoconstitucionalismo, que floresce em um contexto de desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo. Para esse fenômeno, há certa rejeição ao formalismo legalista, se utilizando de teorias argumentativas que por sua vez irradia sobre os demais ramos do direito, que não só o Direito Constitucional. É o que os doutrinadores chamam de constitucionalização do direito. Além disso, há uma espécie de judicialização da política, com eventual deslocamento de poder do Legislativo e do Executivo, que se concentra no Poder Judiciário, causando sua hipertrofia.

Com essa concentração de poder, o Judiciário passa cada vez mais a figurar nos holofotes do meio político, segundo Daniel Sarmiento (2009, p.7):

Nesse contexto, cresceu muito a importância política do Poder Judiciário. Com frequência cada vez maior, questões polêmicas e relevantes para a sociedade passaram a ser decididas por magistrados, e sobretudo por cortes constitucionais, muitas vezes em razão de ações propostas pelo grupo político ou social que fora perdedor na arena legislativa. Esse fenômeno se potencializou com a expansão da jurisdição constitucional, que vem ocorrendo em praticamente todo o mundo após a Segunda Guerra Mundial. No novo quadro, de poder quase nulo, torna-se “mera boca da palavra da lei”, como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo.

No mesmo sentido, é possível perceber que o neoconstitucionalismo passa, de certa forma, a excetuar o princípio da separação dos poderes, uma das teorias fundantes do Estado Moderno. O neoconstitucionalismo passa a modificar os limites da atuação jurisdicional em defesa dos valores constitucionais, que por sua vez passa a cercear a atividade legislativa em uma suposta defesa dos direitos fundamentais e das minorias. A Constituição, dotada de princípios jurídicos abstratos, passa a ser o centro do ordenamento que, junto ao entendimento jurisprudencial, cria um “governo de juízes”.

Por ter sido no Poder Judiciário depositado grandes atribuições e poderes, a crítica paira sobre seu caráter “antidemocrático” ou “contramajoritário”, pois é o único poder que não representa e nem tem a intenção de representar o povo. Isso porque em uma democracia se espera que decisões políticas fundamentais sejam tomadas pelo Poder Legislativo, eleito de forma democrática para representar a população. Apesar disso, é bem verdade que a democracia não é, por fim, a escolha de qualquer decisão política de forma deliberada e irrestrita; também há, no Poder Judiciário, sua importância em vedar uma espécie de “ditadura da maioria”, segundo a própria ideia de Alexis de Tocqueville (1788).

Outrossim, outra consequência do novo constitucionalismo é exatamente um dos enfoques deste trabalho, o ativismo judicial. É que na sobreposição dos princípios do direito às regras, pode haver uma anarquia jurisdicional na metodologia da *decisium*, o que, por sua vez, pode acarretar insegurança jurídica, fato que, notoriamente pode ser percebido no atual cenário político nacional.

2.1 CARACTERÍSTICAS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

A transição do constitucionalismo contemporâneo para o neoconstitucionalismo trouxe substancial alteração no modo como o Direito Constitucional se posicionava diante dos demais ramos do direito. A Constituição passou a ter força normativa. É que até meados do século passado a Constituição era uma espécie de carta política de intenções, à qual o legislador deveria seguir, sem, contudo, a ela se vincular. Também não havia no judiciário a função de verificar se estava havendo ou não violação de seus termos. Com a chegada do neoconstitucionalismo, a constituição ganha novos contornos e passa a ter *status* de norma jurídica superior às demais quando se pensa no escalonamento normativo de Hans Kelsen.

Com isso, o Direito Constitucional ganha espaço frente aos demais ramos do direito, ao que se chamou doutrinariamente de “constitucionalização do Direito”. Antes, o centro do ordenamento jurídico era visto, comumente, no Código Civil; agora a Constituição assume seu plano de destaque como lei suprema.

Em contrapartida, essa constitucionalização traz limitações ao Poder Legislativo, que perde sua total liberdade ao exercer sua atividade principal, porquanto tenha que observar as disposições constitucionais que impediriam que uma norma a contrariasse. Esse fato acabou por gerar uma crise de legitimidade desse Poder e, ao mesmo tempo, um aumento na

importância do Judiciário, que na figura do Supremo Tribunal Federal carrega o título de guardião da Constituição.

Outra característica bastante latente é também a força normativa dos princípios gerais do direito. É que no contexto positivista, os princípios eram tidos como ideais sem função normativa. Uma decisão jurídica poderia sofrer influência da subjetividade do julgador, mas sua fundamentação somente poderia ser fundada em normas positivadas no sistema jurídico. Com o início do declínio positivista, os princípios passaram a ganhar cada vez mais notoriedade, assumindo uma função subsidiária à da lei, como mostra o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil que possui o seguinte enunciado: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (BRASIL, 1942).

Apesar disso, com a chegada do neoconstitucionalismo, os princípios deixam sua função meramente supletiva e passam a figurar com função fundamentadora normativa; passam a poder sobrepor regras e deter funções interpretativas sem nenhum caráter subordinativo em relação às regras. Impende transcrever as palavras de Thiago Bomfim:

Importante operar a distinção entre as diversas funções desempenhadas pelos princípios, pelo fato de que os princípios constitucionais abordados ao longo deste trabalho, [...] representam efetivamente princípios jurídicos, com força normativa suficiente para condicionar a aplicação das normas jurídicas e não apenas princípios puramente retórico-argumentativos, com a intenção meramente orientadora. Não obstante, é possível que um princípio desempenhe tanto função fundamentadora como interpretativa. **O que se deve definitivamente repisar é que a pura e simples função supletiva, outrora dominante, não pode ser vista como regra nesse novo contexto pós-positivista.** (BOMFIM, 2008, p. 67).

Desse modo, é possível perceber que o neoconstitucionalismo embasa de maneira concreta o fenômeno do ativismo judicial, o qual passo a tecer alguns comentários no tópico seguinte, buscando, posteriormente, realizar um comparativo com a judicialização do Direito.

2.2 DEFINIÇÃO DE ATIVISMO JUDICIAL E A DIFERENCIAÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO

O termo “ativismo judicial” ganhou notoriedade através de um artigo publicado na revista “*Fortune*” atribuído a Arthur Schlesinger, em 1947. Na ocasião, o autor se propôs a realizar uma pesquisa distintiva dos juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, os dividindo entre ativistas e passivistas. Ativistas eram considerados os juízes que em suas decisões utilizavam as próprias concepções do bem comum, extrapolando o limite estabelecido

pelo legislador em nome da efetivação da justiça da decisão. Claro, a concepção de justiça era pessoal, uma vez que baseado em suas próprias concepções. Por outro lado, existiam os passivistas, que eram os juízes tendentes a preservar a margem estabelecida pelo legislador.

Antes de adentrar nas mais profundas definições do termo, é importante que se entenda a multidimensionalidade do termo “ativismo judicial”. Essa característica não acomete apenas juízes progressistas, como se pode pensar. O ativismo judicial é a extrapolação da norma, podendo se dar em um caráter progressista ou conservador. Nessa acepção, é possível haver ativismo quando ocorre a anulação de um ato normativo qualquer, seja ele do Executivo ou do Poder Legislativo. A exemplificação deste caso será comentada adiante, no caso de pedidos de Auxílio-Emergencial em que a declaração de renda anual ultrapassava o limite legal estipulado pela lei. Outra acepção do termo se dá na criação judicial de um direito, quando o Judiciário ignora os limites de sua atribuição e o princípio da separação dos poderes para criar direitos ou requisitos não estipulados pelo legislador.

Com isso, crítica cabível para magistrados ativistas seria que estes julgariam orientados pelo resultado, aos moldes do realismo jurídico estadunidense. Partindo da visão de ativistas, o juiz deve rejeitar uma ideia absoluta de justiça baseada no formalismo e na crença de um direito natural ou positivista, mas deve estar atento à realidade social em que vive, de modo que o direito se molde àquela.

Em que pese os comentários e características supramencionadas, é importante cautela na concepção geral do tema. É que no Brasil o termo ativismo judicial muitas vezes é revestido de conotação negativa, passando a imagem de um Judiciário sem limites e usurpador de competências; por vezes até tirânico. Essa imagem é corroborada pelo fato de ser o único dos poderes não eleito, com caráter até mesmo contramajoritário, caso seja necessário. Assim, o Poder Judiciário enfrenta, por vezes, o questionamento acerca de sua legitimidade democrática.

Apesar disso, tal disposição faz parte de nossa Constituição, bem como da de outros Estados democráticos; reservando uma parcela de poder político a ser exercido por agentes públicos que não sejam eleitos, em que a atuação se dá, ou deveria, de maneira imparcial e técnica. Por este motivo, quando o magistrado vai contra a ato de outro Poder, ainda que este Poder esteja legitimado em mais de cinquenta milhões de votos e desde que esteja agindo nos limites dispostos na Constituição e na legislação infraconstitucional, este magistrado age, na concepção de Rousseau, pela vontade geral. A vontade geral não se confunde, portanto, com a vontade da maioria e nela não pode sobrepor.

Por outro lado, a judicialização é o fenômeno em que diversas questões da vida política e social são levadas ao Poder Judiciário. Assim, questões que são geralmente decididas na esfera do Poder Legislativo ou Executivo passam a ser ampliadas para a área de atuação do Poder Judiciário para além de sua legitimidade. Nesse prisma, a primeira grande diferença se dá em que na judicialização, não existe um ato positivo do Judiciário, mas sim a inércia; a ele são levadas questões do cotidiano para a decisão. No ativismo judicial, por sua vez, o julgador sobrepõe à vontade do legislador ou avança em matéria que ainda não foi por ele regulada, partindo de seus princípios, vontades e subjetivismo para prolação de uma decisão. Segundo a definição de Luís Roberto Barroso (2009, p.3):

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

Luís Roberto Barroso (2009, p.3) atribui como a primeira grande causa da judicialização, a redemocratização do país no contexto da promulgação da Constituição da República de 1988. Na ocasião, houve a previsão para além dos inúmeros direitos e garantias fundamentais, do fortalecimento e independência do Poder Judiciário, que passou a ser dotado de poder político suficiente para “tomar as rédeas” da realidade política brasileira. Uma nova Constituição, cidadã, como foi intitulada, recheada de direitos sociais em 1988, na contramão de outras Constituições da época dava poderes ao órgão máximo do Judiciário para ser seu guardião; função essa cumulada com a de órgão de cúpula.

No mesmo contexto, a Constituição de 1988 favoreceu o fenômeno já discutido anteriormente e intitulado pela doutrina de *neoconstitucionalismo*. Tal fenômeno tem como uma de suas características a constitucionalização dos demais ramos do direito, irradiando a matéria constitucional na figura de princípios e espelhando o suposto desejo e valores do povo para todo o Direito. Para tanto, insta mencionar que nossa Constituição é classificada, quanto à extensão, como analítica; como consequência da prolixidade e abrangência de matérias constitucionalizadas, temos a transformação de matérias políticas atinentes aos demais Poderes em ações judiciais para questionar se medida “X” está de acordo com norma “Y”.

Partindo desses pressupostos, não é difícil perceber que o resultado do sistema político e jurídico brasileiro resultam em que praticamente qualquer questão política de relevância nacional pode ser levada ao órgão máximo do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal,

que acaba sendo instado a decidir matérias políticas que sequer precisariam serem levadas a juízo. Importa mencionar que o fenômeno da judicialização não é espécie de usurpação de competência. Trata-se, na verdade, de característica do sistema político brasileiro; escolhas políticas alavancadas geralmente por democracias jovens que não são totalmente crentes em seus legisladores.

Exemplos clássicos são citados por Barroso (2009, p. 5) à época em que redigiu o artigo “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”:

Ao se lançar o olhar para trás, pode-se constatar que a tendência não é nova e é crescente. Nos últimos anos, o STF pronunciou-se ou iniciou a discussão em temas como: (i) Políticas governamentais, envolvendo a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição de inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça); (ii) Relações entre Poderes, com a determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebras de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal; (iii) Direitos fundamentais, incluindo limites à liberdade de expressão no caso de racismo (Caso Elwanger) e a possibilidade de progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos. Deve-se mencionar, ainda, a importante virada da jurisprudência no tocante ao mandado de injunção, em caso no qual se determinou a aplicação do regime jurídico das greves no setor privado àquelas que ocorram no serviço público.

Como característica da judicialização é a inércia do Judiciário, em todos esses casos o Supremo Tribunal Federal não sobrepôs à competência dos outros poderes, mas foi provocado a se manifestar, como quem tem o dever para decidir, sem diretrizes muito claras, a vontade do constituinte. A ausência de diretrizes é pelo fato de que, apesar de fenômenos diferentes, porém muito parecidos, é possível afirmar que na maior parte dos casos a judicialização acaba gerando ativismo judicial por parte dos magistrados, que se manifestam inovando na ordem jurídica baseados em seu senso de justiça sobre algo que não foi regulamentado pelo Legislativo ou Executivo.

Todos os casos narrados demonstram, portanto, o limiar que separa a política do direito no mundo pós-positivista. Mundo esse em que ao Judiciário são levadas demandas políticas e sociais geralmente causadas pela crise democrática e crise de legitimidade de outros poderes, fazendo com que se transfira ao magistrado a responsabilidade de estabelecer os limites do bom senso moral, social e político.

2.3 O CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE COMO INFLUENCIADOR DO ATIVISMO JUDICIAL

No contexto do constitucionalismo clássico sob estrutura meramente formal, as constituições eram restritas a limitar o poder do Estado e estabelecer procedimentos legislativos. Passadas as fases e evolução outrora mencionadas, a ideia de materialidade das Constituições passou a integrar esse caráter básico formalista a uma teoria de direitos prestacionais por parte do Estado para com seus cidadãos com a presença de direitos fundamentais de caráter juridicamente vinculante.

Esse contexto de uma constituição material extensiva e inserida em uma reconstrução de teoria social foi relatada por Canotilho (1982) em sua tese de doutorado. Na ocasião, o autor lusitano nomeou esta nova fase do constitucionalismo como “dirigente”, consistindo em uma Constituição com fins econômicos e sociais politicamente vinculante que incorporasse finalidades a serem atingidas pelo Estado a fim do bem-estar social. Outrossim, a principal característica é que na constituição dirigente, o Estado assume o escopo de transformador da realidade social da população mediante comando constitucional de prestações positivas.

A partir dessa perspectiva, a noção de Constituição clássica perde força diante do estabelecimento de normas programáticas baseadas no contexto histórico que plana sobre cada nação em promessas e planos provenientes do Estado. Apesar disso, a ideia de Canotilho foi frustrada na prática pelo caráter meramente reflexivo que as normas programáticas tomaram. Isso pois, apesar do estabelecimento de um programa progressista, as normas de caráter dirigente estabeleciam apenas uma diretriz do que era a vontade do constituinte, cabendo ao Legislativo tomar medidas concretas na realização de tais medidas. É que o Constitucionalismo dirigente não é autossuficiente para realizar as transformações materiais emancipatórias previstas, mas sim vincula o legislador à sua essência e materialidade.

Em que pese haja tal vinculação formada entre as políticas programáticas do constitucionalismo dirigente e o dever do legislador de efetivar tais políticas, se estabeleceu a morosidade deste último, causando o que no Brasil conhecemos por inconstitucionalidade por omissão. Essa realidade passou a ser vista como um novo constitucionalismo moralmente reflexivo, que nas palavras de Carlos Alberto Simões de Tomaz (2008) frustrou a ideia de Canotilho:

Conquanto efetivamente Canotilho tenha introduzido sensíveis modificações em seu pensamento, não se pode dizer, todavia, que tenha decretado a morte da Constituição Dirigente. Na verdade, observa-se que nas palavras dele o fim do Constitucionalismo Dirigente encontrar-se-ia atrelado a duas circunstâncias: 1^a) entender-se o dirigismo constitucional como normativismo constitucional capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias; e 2^a) o fechamento da constituição ao processo de abertura ensejado pelo direito internacional e pelos espaços supranacionais. É sob o

influxo desses dois aspectos que ele compreende um constitucionalismo moralmente reflexivo como contraponto à Constituição Dirigente. E Canotilho reconhece que veio a perceber isso tarde e lentamente demais dando a compreender que a história já se encontrava finda, quanto, na verdade, nalgumas experiências estatais, como no Brasil, o projeto constitucional dirigente encontra-se apenas deslançando. (TOMAZ, 2008, p.49)

Partindo das características mencionadas acerca do Constitucionalismo dirigente, não é difícil perceber que ele é um dos responsáveis pela judicialização de matérias que antes eram restritas ao meio político do Poder Legislativo e Executivo. Com o ingresso dessas matérias no corpo da Constituição, tais assuntos passaram a ser levados ao Judiciário como forma de cobrança no cumprimento ou para contestar a omissão da política social por parte dos outros Poderes. Segundo Lenio Streck (2011, p. 190):

É a situação hermenêutica instaurada a partir do segundo pós-guerra que proporciona o fortalecimento da jurisdição (constitucional), não somente pelo caráter hermenêutico que assume o direito, em uma fase pós-positivista e de superação do paradigma da filosofia da consciência, mas também pela força normativa dos textos constitucionais e pela equação que se forma a partir da inércia na execução de políticas públicas e na deficiente regulamentação legislativa de direitos previstos nas Constituições.

Dessa maneira, o Poder Judiciário ganha notoriedade através do controle de constitucionalidade, podendo ser exercido na modalidade difusa, em que permite que qualquer juiz realize controle sobre um caso concreto, ou o controle concentrado de constitucionalidade, por meio de ações diretas propostas no Supremo Tribunal Federal, quando tratar-se de inconstitucionalidade sobre o texto da Constituição de 1988. Assim, a judicialização da política se torna, no contexto nacional, o habitual. É que diante de poderes políticos impopulares perante seus eleitores, que geralmente não se sentem representados, o Poder Judiciário desponta como espaço em que os cidadãos pleiteiam os direitos previstos na Carta Magna, servindo, portanto, as ações diretas como grandes ferramentas de conquista e efetivação de políticas públicas e direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, uma das ações diretas desponta das demais ferramentas como a mais utilizada para a finalidade de suprir a omissão legislativa ou executiva na regulamentação de um determinado direito: ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Esta ação é utilizada partindo de um conjunto de fatores que se desdobram e levam o caso ao Poder Judiciário. O primeiro deles é que a Constituição da República de 1988 previu um rol de direitos fundamentais, civis e sociais por meio de normas de eficácia limitada, aquelas que necessitam de regulamentação para vencer sua aplicabilidade mediata, indireta e reduzida. Tal normatização, geralmente, deve partir do Poder Legislativo que não o faz. O segundo fator é

que, para concretização de tais direitos a demanda é levada ao Poder Judiciário, que atua sobre a proibição do *non liquet* e, por consequência, precisa decidir quando provocado.

Nesse ínterim, se confirma o que outrora foi alegado: a judicialização da política não decorre da vontade do Judiciário, mas do constituinte e de suas demais escolhas contidas no texto constitucional. Esse fenômeno do direito pós-moderno alarga a competência do Poder Judiciário e o torna importante ferramenta de controle e efetivação de direitos e políticas públicas que antes eram de competência apenas do Legislativo e Executivo.

2.4 OMISSÃO LEGISLATIVA E O SUPRIMENTO PELO PODER JUDICIÁRIO

De volta ao tema da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, bem como do mandado de injunção, importa mencionar a sua importância para o suprimento da omissão legislativa inconstitucional pelo Poder Judiciário.

A omissão legislativa inconstitucional é o descumprimento de um mandamento contido no texto da Constituição para que o legislador atue de maneira positiva na regulamentação de uma determinada matéria. De início e para reforço do que já fora exposto nos argumentos do sub-tópico anterior, tais mandamentos têm o caráter de norma de eficácia limitada. Na ocasião, o Poder Legislativo fica inerte quanto a normatização que lhe foi atribuída o dever. Para tanto, podemos estabelecer uma ligação direta do Constitucionalismo Dirigente com tais omissões, uma vez que as políticas programáticas exigem um comportamento progressista do Legislativo e Executivo, o que não acontece.

Declarada a inconstitucionalidade por omissão, questiona-se a medida mais adequada para o suprimento do silêncio normativo. Em respeito à teoria da tripartição dos poderes, por óbvio o Poder Judiciário não poderia usurpar a competência típica do Legislativo para regulamentar o mandamento constitucional. De acordo com o art. 103, §2º, a medida adequada quando se tratar de omissão proveniente de outro Poder, é dar ciência ao Poder omissor para que supra a omissão. Mais à frente, o Supremo Tribunal Federal, no MI 283, estabeleceu prazo para a autoridade competente editasse norma regulamentadora e a penalidade se limitava a autorizar o prejudicado a buscar reparação financeira. Somente posteriormente, no julgamento da ADO 26 o Supremo adotou uma posição concretista direta, deixando de simplesmente constituir o Legislativo em mora para dar interpretação conforme à Constituição para enquadrar a homofobia nos tipos da Lei 7.716/1989 equiparando ao gênero racismo.

Comportamento parecido se deu no julgamento dos MI 670, 708 e 712 que discutia a omissão legislativa na regulamentação do direito de greve dos servidores públicos. Na ocasião, o STF após ter constituído o poder público em mora para suprir a omissão inconstitucional, tomou medida mais enérgica para aplicar a Lei 7.783/1989, que institui a Lei Geral de Greve aos servidores, até que a mora seja suprida. Sobre o caso, em 2016 durante discurso no Palácio do Planalto, o Ministro Teori Zavaski afirmou que:

A opção de conferir ao mandado de injunção o perfil normativo-concretizador, como faz o STF, importa, em boa medida, atribuir ao Judiciário uma atividade tipicamente legislativa, cujo resultado será uma decisão com especialíssimas características, a saber: (a) uma decisão com natural eficácia prospectiva, ou seja, com efeitos normalmente aptos a se projetar também para o futuro (o que não é comum nas sentenças em geral); (b) uma decisão que, por isso mesmo, fica sujeita, quando necessário, a ajustes em função de supervenientes modificações do estado de fato ou de direito; e, enfim, (c) uma decisão com natural vocação expansiva em relação às situações análogas, efeito esse que, aliás, também decorre e é imposto pelo princípio da isonomia, inerente e inafastável aos atos de natureza normativa. (ZAVASKI, 2016).

Dessa maneira, uma vez que legislar de forma direta, isto é, editando lei regulamentadora, confrontaria de maneira clara as diretrizes da tripartição dos poderes, o Supremo Tribunal Federal, sob a égide da “interpretação conforme à Constituição” se utilizou do ativismo judicial para romper com a omissão inconstitucional e solucionar o caso, uma vez que, como já mencionado, no ordenamento jurídico nacional existe a proibição do *non liquet*.

Outrossim, é importante esclarecer que não é a intenção deste trabalho levantar um juízo de valor direto sobre esta conduta em específico do Poder Judiciário. Busca-se, portanto, reconhecer os malefícios e benefícios que a medida pode trazer ao cidadão e ao fortalecimento ou enfraquecimento da democracia. Na ocasião, a judicialização da política foi possibilitada pelo constituinte, que dotou o judiciário de ferramentas para “correção” e controle de atos dos outros Poderes, atendendo, neste caso específico aos anseios de parte da população de ter seu direito fundamental e social reconhecidos. Do mesmo modo, o Supremo Tribunal Federal tentou por diversos anos tomar atitudes menos ativistas e mais conservadoras, não obtendo, contudo, sucesso nas suas decisões, uma vez que a constituição em mora geralmente tinha caráter simbólico e não vinculante, já que não possuía coercitividade.

3 ASSISTÊNCIA SOCIAL NO BRASIL: ENTRE A SUBJETIVIDADE E A OBJETIVIDADE DO OPERADOR DO DIREITO

Em que pese reverbere no mundo jurídico o termo “Direito Previdenciário” ao se referir a casos que envolvem o INSS, mais correto seria a utilização da expressão “Seguridade Social”. Isso porque o direito previdenciário é, na verdade, apenas uma das áreas abrangidas pela Seguridade Social, esta composta pela assistência social, previdência e saúde.

A Seguridade Social é um sistema pensado para efetivar algumas pretensões do Estado Social, dirimindo riscos sociais que poderiam gerar violações aos direitos fundamentais de segunda geração. Com a crise do Estado Liberal e ascensão de ideologias socialistas impulsionadas pela Revolução Soviética, cresceu a influência mundial do Estado Social, gerando a expansão de políticas públicas voltadas ao bem-estar da população em geral. Nesse contexto, o Poder Público passou a assumir, de maneira gradativa, a responsabilidade pela efetivação de prestações positivas econômicas e sociais, sobretudo nas áreas citadas de saúde, assistência social e previdência.

Dentro da Seguridade Social, habitam dois subsistemas: contributivo e não contributivo. O primeiro é aquele que abarca a previdência social, cujo fundamento pressupõe o pagamento de contribuições dos segurados para cobertura e manutenção de seus dependentes. O subsistema não contributivo, por sua vez, é integrado pela assistência social e saúde pública cujo sustento é custeado pelo pagamento de tributos em geral. Neste último, independe de qualquer pagamento contributivo por parte dos usuários que queiram usufruir das benesses oferecidas pelo Estado, argumento que se consubstancia no princípio da universalidade de cobertura.

Para que esse sistema continue funcionando de maneira regular, o Brasil adotou a teoria do triplice custeio, de modo que a multiplicidade de fontes de custeio seja comprometida pelo estrangulamento de uma fonte única. Dessa maneira, o Poder Público divide essa participação com as empresas e os trabalhadores em geral, de forma direta e indireta. Para regulamentar esses subsistemas foram editadas algumas leis e medidas provisórias, dentre as quais trataremos da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) – Lei 8.742/1993; Lei 8.213/1991, que trata dos benefícios e planos da previdência social e, por fim e de maneira breve, da Medida Provisória 937/2020.

A maior parte dos benefícios da Seguridade Social trazem requisitos objetivos para enquadramento dos beneficiários. Porém, como veremos a seguir, quase sempre esses requisitos

não são suficientes para abarcar a complexidade social brasileira, que amarga sérias desigualdades sociais até mesmo entre a população mais pobre de cada região do país. É que com dimensões continentais e população de mais de 210.000.000 de habitantes, o Brasil enfrenta problemas sociais mais acentuados em algumas regiões do que outras. Exemplo disso é a pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2019), que revelou através da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios que o rendimento médio mensal domiciliar não alcançava sequer o salário-mínimo nem na região Norte (R\$872,00), nem na região Nordeste (R\$884,00). O Sudeste, por sua vez, obteve média de R\$1.720,00.

Dessa maneira, a estipulação de requisitos objetivos, sobretudo envolvendo situação econômica, acaba trazendo problemas de compatibilização e segurança jurídica quando comparada com essas realidades. Ora, é imperioso notar que o custo de vida no Maranhão, que amarga uma das piores rendas *per capita* é substancialmente menor que o de residentes no Distrito Federal, por exemplo. Com isso ao julgar um pedido judicial de Benefício de Prestação Continuada, por exemplo, em que a controvérsia paira acerca do requisito miserabilidade, muitos órgãos julgadores desconsideram o limite legal de $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo *per capita*, tomando por base principal o laudo pericial de um assistente social ou se utilizando do Mandado de Verificação (MVF).

De mais a mais, por vezes o órgão julgador se vê diante de um requisito que considera desarrazoado e, calcado na subjetividade dos princípios do direito, se utiliza do controle difuso de constitucionalidade para declarar aquele requisito inconstitucional, driblando a escolha política do legislador, fato que aconteceu nas ações que demandavam o benefício “Auxílio Emergencial” que foi instituído pela Medida Provisória 937 de 2020 para suprir necessidades causadas pela pandemia do Covid-19. Escolho, portanto, começar tratando desde último, ancorado em casos julgados pela Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Justiça Federal de Pernambuco.

3.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS REQUISITOS DO BENEFÍCIO AUXÍLIO EMERGENCIAL

O benefício intitulado de Auxílio Emergencial foi um benefício criado a partir da Medida Provisória 937, de 2020, com a abertura de crédito extraordinário e posteriormente instituído pela Lei 13.982/2020 para combater a crise econômica e social causada pela pandemia da Covid-19. Com o evento danoso à saúde pública, medidas constritivas de liberdade

tiveram de ser tomadas com fulcro na proteção do bem jurídico “vida”; essas medidas incluíam o fechamento do comércio e paralisação industrial como meios de retardar o avanço do desconhecido vírus que assolava a população mundial.

Tais regras foram suficientes para criar uma crise sem precedentes em uma economia já fragilizada por crises anteriores ainda não estabilizadas. A política de austeridade fiscal adotada pelos governos desde a segunda década do século XXI, bem como reformas estruturais à exemplo da Reforma Trabalhista de 2017 apontaram o crescimento do que Ludmila Costhek Abílio (2017) chama de transformação do trabalhador em microempreendedor ou trabalhador amador produtivo, como no caso da “uberização” do trabalhador. Essas mudanças são carregadas de certa instabilidade e vulnerabilidade, uma vez que o Brasil não possui regulamentação clara ou sequer reconhece uma relação de emprego entre os aplicativos e seus trabalhadores, que são considerados autônomos.

De mais a mais, segundo dados do IBGE (2020) no primeiro trimestre de 2020 o Brasil possuía cerca de 40% de sua população economicamente ativa como trabalhadores informais, fato que, com as medidas de enfrentamento da pandemia, tal população foi a primeira e a que mais profundamente foi atingida pela crise que se alastrou rapidamente pelo país. Além dos ditos “autônomos”, grande quantidade de empresas foram fechadas, gerando a dispensa de milhares de empregados que passaram a não possuir renda, de modo que ocasionou um retrocesso na linha da pobreza do Brasil.

Como medida de enfrentamento a este contexto socioeconômico, em 02/04/2020 foi sancionada a Lei 13.982/2020 pelo Presidente da República, com os seguintes requisitos:

Art. 2º Durante o período de 3 (três) meses, a contar da publicação desta Lei, será concedido auxílio emergencial no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) mensais ao trabalhador que cumpra cumulativamente os seguintes requisitos:

I - seja maior de 18 (dezoito) anos de idade;

II - não tenha emprego formal ativo;

III - não seja titular de benefício previdenciário ou assistencial ou beneficiário do seguro-desemprego ou de programa de transferência de renda federal, ressalvado, nos termos dos §§ 1º e 2º, o Bolsa Família;

IV - cuja renda familiar mensal per capita seja de até 1/2 (meio) salário-mínimo ou a renda familiar mensal total seja de até 3 (três) salários-mínimos;

V - que, no ano de 2018, não tenha recebido rendimentos tributáveis acima de R\$ 28.559,70 (vinte e oito mil, quinhentos e cinquenta e nove reais e setenta centavos); e

VI - que exerça atividade na condição de:

a) microempreendedor individual (MEI);

b) contribuinte individual do Regime Geral de Previdência Social que contribua na forma do caput ou do inciso I do § 2º do art. 21 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991; ou

c) trabalhador informal, seja empregado, autônomo ou desempregado, de qualquer natureza, inclusive o intermitente inativo, inscrito no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico) até 20 de março de 2020, ou que, nos termos de autodeclaração, cumpra o requisito do inciso IV. (BRASIL, 2020)

Dentre os requisitos estipulados, dois geraram mais controvérsias do que os demais. Os constantes no art. 2º, IV e V. O do inciso IV gerou conflitos interpretativos acerca da cumulatividade ou não diante da conjunção alternativa “ou” ao dispor que a renda familiar mensal não poderia ultrapassar $\frac{1}{2}$ salário-mínimo ou que a renda familiar mensal total fosse de até 3 salários-mínimos. Apesar de ter causado diversas demandas judiciais, tal requisito não nos interessa neste trabalho, uma vez que seu conflito é meramente acerca dos métodos hermenêuticos aplicados.

Diferente do inciso IV, o V estipulou que o trabalhador não poderia ter recebido, no ano de 2018, rendimentos tributáveis acima de R\$28.559,70. Com isso, inegável que tal requisito iria trazer grande discussão ao mundo jurídico. Ora, é importante mencionar que o auxílio em questão objetiva amparar economicamente os trabalhadores desempregados ou com baixa renda em decorrência da grave e inesperada crise econômica que assolou o país como resultado da pandemia do coronavírus. As medidas de isolamento necessárias para o combate à pandemia tornou a manutenção ou obtenção do emprego excepcionalmente difícil, além de ter prejudicado aqueles que atuavam na informalidade.

Nesse sentido, aqueles que procuraram o Judiciário para questionar o indeferimento do seu benefício baseado no referido requisito, alegaram que não se pode avaliar hipossuficiência econômica ou estado de necessidade de amparo financeiro com base em dados relativos ao ano de 2018, a menos que se trate de riqueza tamanha verificada naquela época que possa colocar em dúvida a necessidade atual do amparo. Não é o que ocorre, entretanto, em relação a um limite de renda anual de R\$ 28.559,70, que equivale a uma média mensal inferior a R\$ 2.400,00. Apesar disso, o Legislador foi claro ao disciplinar o controverso requisito, dando a entender que trabalhadores em tais condições no ano de 2018 são capazes de realizar algum planejamento econômico outro que dirimisse sua hipossuficiência na atual crise.

Como argumentos contrários ao requisito, litigantes suscitarão a inconstitucionalidade do inciso em questão, ao argumento que teria havido violação ao princípio da isonomia, ao tratar de maneira diferente pessoas que se encontravam em situações semelhantes: ambos em vulnerabilidade social causada pela pandemia. O pedido pelo controle difuso de constitucionalidade causou divergência entre os vários juízos federais do país e pelo motivo claro de envolver a subjetividade do julgador na análise do requisito duvidoso. O dilema passou a ser se o requisito poderia ser considerado, de fato, inconstitucional ou apenas uma escolha, ainda que ruim, do legislador.

A partir desse contexto, sentenças conflitantes começaram a ser prolatadas dentre as diversas varas do Juizado Especial Federal. Com razão, recursos inominados foram interpostos para as Turmas Recursais, dentre as quais a Terceira Turma Recursal dos Juizados Federais da Justiça Federal de Pernambuco, onde atuo, questionando decisões que tanto haviam considerado o requisito inconstitucional, como outras que haviam considerado escolha política do legislador. Tal insegurança demonstra como a subjetividade pode ser, por vezes, danosa ao mundo jurídico ao causar um direito “aleatório” proporcional a distribuição processual. O Direito passa a ser não mais o ditado pela lei, mas aquele que o juiz diz ser Direito; a depender de o processo ser distribuído para uma Vara específica o resultado pode ser “X”; caso seja distribuída para outra Vara, o resultado pode ser “Y” para o mesmo caso concreto.

Tomando por base esta controvérsia, a Terceira Turma Recursal da JFPE decidiu pela impossibilidade de decretar a inconstitucionalidade do dispositivo, criando jurisprudência por manter a aplicação do indeferimento administrativo feito pela União. À título de exemplificação, cabe emanar um dos casos julgados pelo Órgão Colegiado (2021):

EMENTA

AUXÍLIO EMERGENCIAL. REGULAMENTAÇÃO NOS TERMOS DA LEI 13.982/20. MP 1000/2020. REQUISITOS NÃO ATENDIDOS. SEPARAÇÃO DOS PODERES. RECURSO INOMINADO DA UNIÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso interposto pela UNIÃO em face de sentença que julgou procedente o pedido de concessão de auxílio emergencial considerando satisfeitos os requisitos previstos na Lei 13.982/20 - a declaração de rendimentos indicava renda tributável acima de R\$ 28.500,00.

Na sentença o magistrado entendeu que: *“Dessa forma, torna-se prescindível a declaração de inconstitucionalidade da lei, se a interpretação autêntica já foi promovida pelo legislador. Tanto isso é verdade, quanto foi o primeiro caso analisado por este juízo concernente ao pleito em comento. Não há infringência*

indevida do Poder Judiciário em assuntos afetos ao Legislativo, tampouco se precisa questionar o dispositivo legal, pois”.

A UNIÃO em recurso inominado alega violação da separação dos poderes visto que os requisitos da Lei 13.982/20 são claros quanto ao valor do rendimento estipulado.

Devidamente relatado, passo a fundamentar.

No presente caso, a parte autora alegou fazer jus ao benefício de auxílio emergencial criado pela lei nº 13.982, de 02 de abril de 2020, cujo art. 2º segue:

Art. 2º Durante o período de 3 (três) meses, a contar da publicação desta Lei, será concedido auxílio emergencial no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) mensais ao trabalhador que cumpra cumulativamente os seguintes requisitos:

I - seja maior de 18 (dezoito) anos de idade;

II - não tenha emprego formal ativo;

III - não seja titular de benefício previdenciário ou assistencial ou beneficiário do seguro-desemprego ou de programa de transferência de renda federal, ressalvado, nos termos dos §§ 1º e 2º, o Bolsa Família;

IV - cuja renda familiar mensal per capita seja de até 1/2 (meio) salário-mínimo ou a renda familiar mensal total seja de até 3 (três) salários mínimos;

V - que, no ano de 2018, não tenha recebido rendimentos tributáveis acima de R\$ 28.559,70 (vinte e oito mil, quinhentos e cinquenta e nove reais e setenta centavos); e

(...)

No caso concreto, o requerimento administrativo foi indeferido por não ter sido preenchido o requisito de "rendimentos tributáveis menor que R\$ 28.559,70 declarados no Imposto de Renda 2018" (anexo 10), tese ratificada pela União em contestação.

Não verifico, no caso em tela, o preenchimento dos requisitos assentados na Lei 13.982/20.

O fato de julgar um requisito desnecessário ou disparatado não autoriza que o Poder Judiciário atue como legislador. Trata-se de decisão política. Prova disso é o fato de o Presidente da República ter vetado a revogação do referido artigo discutido.

O Poder Público, ao criar referido auxílio emergencial, estabeleceu diversos requisitos para seu acesso, de forma a qualificar o público-alvo que pretende atingir com o socorro financeiro. Exemplo disso é que as informações constantes no Cadastro Único e os inseridos na Plataforma digital da Caixa são submetidas a cruzamentos com as bases de dados do Governo Federal e o não atendimento aos critérios previstos no art. 2º da Lei 13.982/20 induz ao indeferimento do auxílio emergencial.

Não pode o Poder Judiciário utilizar o controle difuso de constitucionalidade para sobrestar atuação do Legislativo sem fundadas razões que façam crer a inconstitucionalidade da norma.

Volto a reiterar que é preciso observar atentamente ao princípio da separação dos poderes nos moldes do julgado a seguir:

"Ao Judiciário não cabe legislar. A atribuição que tem de interpretar a lei, quando é chamado a aplicá-la, não o autoriza agir como se fosse legislador, acrescentando ou tirando direitos nela não previstos" (STJ, REsp n.º 967.137). 9.

(...)

Nesse sentido, não preenchidos os requisitos legais, entendo que o benefício é indevido.

(...)

ACÓRDÃO

Decide a 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Pernambuco, à unanimidade, DAR PROVIMENTO AO RECURSO INOMINADO DA UNIÃO, nos termos do voto supra.

(Processo n. 0500898-38.2021.4.05.8311. Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Justiça Federal de Pernambuco. Rel. Juiz Federal Claudio Kitner. Julgado em: 15/07/2021)

O julgado em comento simboliza estrita observância ao princípio da legalidade pelo Poder Judiciário. O argumento enfrentado pelo magistrado se baseava na abstratividade dos princípios, dentre eles o da isonomia. Segundo os principais argumentos encampados por quem defende a tese da inconstitucionalidade do requisito em questão, está o de que tal exigência violaria o princípio da isonomia, uma vez que os requisitos legais devem fazer referência à situação atual da necessidade, e não à situação pretérita. Ou seja, não seria razoável tratar de maneira diferente pessoas que estão em mesma situação no presente, apenas por uma delas ter estado em melhor condição no passado.

Tal argumento não é de todo dispensável. É passível de crítica, de fato, a escolha do legislador, que estabelece requisito disparatado na escolha dos beneficiários do auxílio emergencial, o que não torna, entretanto, o requisito inconstitucional. Isso pois a inconstitucionalidade abarca flagrante violação a dispositivo ou princípio tido como parâmetro, não sendo possível, portanto, a simples discordância do requisito ou considerá-lo impertinente ser utilizada para afastar a aplicação da lei em prol da interpretação do magistrado. Desconsiderar tal requisito básico significaria invasão indevida do Judiciário nas atribuições do Legislativo em definir os benefícios que cria, ofensa ao princípio constitucional da separação de poderes e do devido processo legislativo, além de ofensa aos princípios e normas orçamentários de esfera constitucional e legal.

Em contrapartida, para os que são contra à declaração de inconstitucionalidade do dispositivo, não haveria que se falar em violação ao princípio da isonomia, porque o critério discriminatório adotado pelo legislador no presente caso tem por finalidade prestigiar o preceito fundamental de assistência aos desamparados (art. 6º da CF/88), de modo a justificar a adoção do requisito relativo aos rendimentos tributáveis para percepção do benefício assistencial:

revela-se bastante provável que aquele que recebeu rendimento tributável superior a R\$28.559,70 no ano base anterior ao início da pandemia apresentaria melhores condições socioeconômicas de enfrentar os efeitos da crise econômica em relação àqueles que receberam valores inferiores.

Para tanto, compreende-se que uma declaração proveniente do Poder Judiciário que afastasse a aplicação do requisito em comento em prol de uma suposta violação a preceito constitucional abstratamente considerado sem, contudo, se encaixar nos parâmetros corretos do controle de constitucionalidade. Nesse sentido, julgado do TRF2 acerca de ação civil pública que discutia os limites do controle judicial (2019):

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DPU. DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ES. DIREITO À MORADIA. OCUPAÇÃO DE PRÉDIOS PÚBLICOS. POLÍTICAS PÚBLICAS E JUDICIÁRIO. SEPARAÇÃO DE PODERES. Ação civil pública ajuizada pelas Defensorias Públicas da União e do Estado do Espírito Santo para que os réus garantam o direito de moradia às famílias que ocuparam certos prédios públicos e foram desalojadas. **A ação civil pública não é veículo apto a levar o Judiciário a tomar para si o mérito de políticas públicas ou substituí-las sob alegação de omissão em implementar direitos genéricos, de cunho amplo e vago. Nessa linha, o Judiciário resolveria a canetadas os problemas do país e bastaria a propositura de ação civil pública e a obtenção de sentença (preferencialmente, mudando todo o Brasil para a Europa). A atuação do Judiciário é adstrita ao exame da regularidade e da legalidade do ato administrativo, e a tomada de seu mérito configura ofensa à separação dos poderes, consagrada no artigo 2o da Lei Maior. Apelo desprovido.**

(TRF2 2017.50.01.014870-6 - Classe: Apelação - Recursos - Processo Cível e do Trabalho - Órgão julgador: VICE-PRESIDÊNCIA - Data de decisão: 03/06/2019 - Relator: GUILHERME COUTO DE CASTRO)

Neste toar, a usurpação da competência no caso em análise seria clara ofensa à separação dos poderes, uma vez que, ausente flagrante inconstitucionalidade do dispositivo discutido, não há como o Poder Judiciário operar o controle do mérito de políticas públicas se utilizando de alegações genéricas para suscitar controle de constitucionalidade. Tal ato seria suficiente para em pouco tempo esvaziar a função típica do Poder Legislativo de legislar e, por conseguinte, fortalecer uma supremacia do Judiciário, que partindo de um juízo subjetivo passaria a controlar não mais a legalidade, mas o mérito de um ato administrativo por meio de argumentos infundados.

Concluiu-se, portanto, que a exigência de rendimentos tributáveis referentes ao ano-calendário de 2018 justificou-se pela necessidade de que os dados fornecidos e extraídos do CadÚnico fossem submetidos a processamento e cruzamento de dados constantes em bancos de dados do governo, como os da Receita Federal do Brasil. Partindo desse pressuposto, observou-se que a pandemia teria provocado alterações no cronograma de entrega das

declarações de imposto de renda referentes ao ano de 2019, ocasionando na impossibilidade do completo e correto processamento das informações mais atualizadas ao evento da Lei 13.982/2020.

Após as controvérsias transitarem pelas várias Turmas Recursais dos JEFs, tendo havido decisões divergentes tanto pela aceitação do controle de constitucionalidade sob o argumento da violação do princípio da isonomia, tanto pela sua rejeição em prol da separação dos poderes, o caso chegou na Turma Nacional de Unificação – TNU, que editou o Tema 293:

Tema 293: É constitucional o requisito estabelecido no artigo 2º, inciso V, da Lei nº 13.982/2020, que impede a concessão do auxílio emergencial a quem auferiu rendimentos superiores a R\$ 28.559,70 (vinte e oito mil, quinhentos e cinquenta e nove reais e setenta centavos) no ano de 2018.

(Pedilef 0521830-35.2020.4.05.8100/CE. Turma Nacional de Unificação. Rel. Juíza Federal Susana Sbrogio Galia. Julgado em 07/04/2022.)

Com isso, é possível perceber que houve a tentativa de avanço, por parte do Poder Judiciário, da função típica do Poder Legislativo em situação que acabaria por afastar decisão política sem qualquer inconstitucionalidade flagrante em prol do juízo de subjetividade de alguns operadores do direito, sem, contudo, avaliar a situação sob a perspectiva da separação dos poderes. É importante, pois, que tal análise seja realizada de maneira cautelosa para que um ato tomado com base no sentimento de justiça de cada jurista se torne ferramenta propagadora de ativismo judicial que prejudica a harmonia entre os três Poderes.

Em que pese tal observação, não se pode olvidar que, conforme descrito nos objetivos deste trabalho, nem sempre o ativismo judicial opera com tamanha prejudicialidade à citada harmonia dos Poderes, vindo, também, a complementá-lo em sua função típica um fato que deixou de se observar. Passemos, portanto, a analisar possíveis outras situações, ainda no campo da Seguridade Social.

3.2 O SUBJETIVISMO NA AFERIÇÃO DO CRITÉRIO SOCIOECONÔMICO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA E A INSEGURANÇA JURÍDICA.

A assistência social é um direito constitucionalmente previsto no artigo 203 da Constituição da República de 1988, apelidada por muitos como “Constituição cidadã”. Tal direito social é previsto a todos quem dele precisar, independente de qualquer contribuição de seus beneficiários. Partindo dessa ideia, o inciso V do referido artigo previu o direito a um

salário-mínimo mensal a qualquer idoso ou pessoa com deficiência que comprove não possuir meios de prover a própria subsistência ou de tê-la provida por sua família (BRASIL, 1988).

Tendo sido incumbido o legislador a estabelecer os critérios para concessão do benefício em questão, foi editada a Lei 8.742/1993, denominada de Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), que instituiu, por sua vez, o Benefício de Prestação Continuada (BPC), o qual será objeto de análise, por promover grande controvérsia interpretativa em seus requisitos objetivos.

Na ocasião, o legislador estabeleceu dois requisitos cumulativos, devendo o requerente (1) possuir, no mínimo, 65 anos de idade na data do requerimento ou estar enquadrado como pessoa portadora de deficiência e (2) condição de hipossuficiência, também chamado de estado de vulnerabilidade social ou miserabilidade, sendo este considerado quando a renda *per capita* do núcleo familiar inferior a ¼ do salário-mínimo. *In verbis*:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei no 12.435, de 2011) (Vide Medida Provisória no 871, de 2019) (Vigência)

§ 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (Redação dada pela Lei no 13.146, de 2015) (Vigência)

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. (Redação dada pela Lei no 12.435, de 2011)

§ 10. Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2º deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos. (Incluído pela Lei no 12.470, de 2011) (BRASIL, 1993).

Em breves comentários, por não ser o enfoque deste trabalho, no que diz respeito ao critério de deficiência, a lei considera a pessoa que possui impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial que, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com demais pessoas. Nesse sentido, percebe-se de plano que o conceito é dotado de abstratividade, causando dúvida, perante sua generalidade, acerca de quem seria enquadrado como portadora de impedimento de longo prazo. Apesar disso, a jurisprudência consolidada por meio do Tema 173 da Turma Nacional de Unificação (TNU) foi pelo mesmo sentido do dispositivo legal, *in verbis*:

Para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada, o conceito de pessoa com deficiência, que não se confunde necessariamente com situação de incapacidade laborativa, exige a configuração de impedimento de longo prazo com duração mínima de **2 (dois) anos**, a ser aferido no caso concreto, desde o início do impedimento até a data prevista para a sua cessação (tese alterada em sede de embargos de declaração). (TNU, 2020, *on-line*)

Dessa maneira, estando o indivíduo acometido de deficiência ou preencher o requisito etário (65 anos de idade), passa-se a analisar a hipossuficiência, que completa os requisitos estipulados pelo legislador para concessão do benefício em questão.

Como referido no início deste tópico, a Constituição de 1988 transferiu ao legislador ordinário a competência para regulamentar os requisitos necessários para auferir o BPC, uma vez que tenha se limitado a citar que é destinado àqueles que não possuem meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Com isso, devidamente regulamentado pela Lei 8.742/1993, considerou-se hipossuficiente aquele cuja renda do núcleo familiar fosse inferior a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo vigente.

Em que pese a redação clara dada pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), discussões surgiram entorno do referido critério socioeconômico quanto ao parâmetro por ela estabelecido, ou seja, limitando o benefício àqueles que possuíssem renda inferior a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo. Para quem defendeu a ideia de uma suposta inconstitucionalidade do requisito, argumentou-se que o texto constitucional nada citava acerca de uma suposta miserabilidade estabelecida nos parâmetros dados pelo legislador ordinário; muito pelo contrário, o texto constitucional teria sido abrangente, abarcando todos aqueles que não tenham condições de sozinho ou com auxílio de sua família de suprir suas necessidades substanciais. Decerto que o caso chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio da ADI 1232/DF cujo principal argumento era o de que limitar o benefício às pessoas cuja família possua renda inferior a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo violaria determinação constitucional de amparo assistencial a todas as pessoas que comprovassem não possuir meios de prover o sustento.

In casu, o Plenário do STF julgou em 1998 a ação como improcedente, decidindo pela constitucionalidade do requisito sob o argumento de que no texto do art. 203, V da CF/88 o constituinte deixou claro a liberdade do legislador na regulamentação do benefício, sob a expressão “conforme dispuser a lei”. Ou seja, teria sido a vontade do constituinte que a criação dos requisitos para concessão do BPC partisse do legislador ordinário. Nesse caso, a vulnerabilidade social continuou a ser auferida pelo requisito legal de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

Em que pese tivesse sido colocado, supostamente, uma “pá de terra” sobre a constitucionalidade do requisito, a discussão não cessou na jurisprudência. A incongruência acerca do requisito tem razão de existir, visto que tentar consubstanciar a realidade social de uma nação com dimensões continentais sob um requisito objetivo limitado como este em questão, não parece razoável, de fato. É que partindo da análise do custo de vida médio nas cinco regiões do Brasil, é possível perceber a disparidade existente entre Estados como São Paulo ou o próprio Distrito Federal (*sui generis*) e Estados como Maranhão, por exemplo. Ou seja, a renda de ¼ de salário mínimo *per capita* pode ser suficiente para manutenção básica de um núcleo familiar residente em um município do Maranhão, enquanto a mesma renda pode ser muito inferior ao mínimo necessário para manutenção do núcleo familiar em um município de São Paulo.

Partindo desse pressuposto, torna árdua a tarefa do Judiciário e demais funções essenciais à justiça “fecharem os olhos” para a realidade socioeconômica aplicável ao caso concreto em prol de um requisito objetivo que é imaleável por natureza, sem reservar nenhuma margem para análise caso a caso. Apesar disso, os Juizados Especiais Federais e o próprio Superior Tribunal de Justiça escolheram adotar posicionamento que fosse condizente com a razoabilidade, a considerar, portanto, a realidade social do núcleo familiar do caso concreto. Assim, os JEFs e STJ passaram a considerar não apenas o requisito objetivo, mas outros meios de prova que comprovasse sua situação de hipossuficiência.

Outra situação abarcada pela interpretação flexível do requisito era a de famílias cujos gastos eram extraordinariamente superiores ao normal em razão de fato especial constante naquele núcleo, à exemplo de gastos com medicamentos necessários para controle de doença de membro daquela família. Imaginemos, pois, uma família de 4 indivíduos cuja renda seja de cerca de 02 salários mínimos; tal valor excede o mínimo legal, não preenchendo, pois, o requisito objetivo. Imaginemos ainda, que tal família possui um membro portador de doença rara cujo tratamento envolve medicamentos e terapias não supridas totalmente pelo SUS; ocasião em que o valor mensal de tal tratamento causa ônus substancial nas finanças da família a ponto de lhe sujeitar a privações que ferem sua dignidade. Nesse caso, para o STJ:

A limitação do valor da renda *per capita* familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo.

(REsp. Repetitivo 1.112.557/MG. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 28/10/2009).

Portanto, a partir do entendimento consolidado no precedente supramencionado, o STJ afirma que o requisito objetivo seria apenas um balizador para ensejar uma presunção de miserabilidade daquele que o preencher. *A contrario sensu*, aquele que excede tal renda, necessitaria de uma “análise refinada” frente à sua realidade e contexto social para que o magistrado, imbuído em seu sentimento de justiça, deferisse ou não o Benefício de Prestação Continuada.

O fato é que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) se insurgiu contra tal posicionamento, o qual foi considerado frontalmente oposto ao decidido pelo STF na ocasião da ADI 1232/DF. O caso chegou, mais uma vez, ao órgão de cúpula, por meio de recursos extraordinários, ocasião em que, em clara mudança de posicionamento, foi declarada de maneira incidental a inconstitucionalidade do requisito objetivo que aferia a miserabilidade a partir da renda inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo *per capita*. Na ocasião, o Ministro Gilmar Mendes destacou que:

A economia brasileira mudou completamente nos últimos 20 anos. Desde a promulgação da Constituição, foram realizadas significativas reformas constitucionais e administrativas com repercussão no âmbito econômico e financeiro. A inflação galopante foi controlada, o que tem permitido uma significativa melhoria na distribuição de renda.

(STF. Plenário. RE 567985/MT e RE 580963/PR, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgados em 17 e 18/4/2013. Info 702).

O entendimento do relator teria sido pela utilização do parâmetro de $\frac{1}{2}$ do salário mínimo como referencial econômico para concessão de outros benefícios assistenciais, de modo que o parâmetro anterior de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo estaria defasado para a realidade brasileira do século XXI. Tendo em vista que se passaram cerca de 15 anos entre a reapreciação do tema pela Corte máxima do Judiciário, possível perceber que a não vinculação do STF às suas decisões impede a fossilização da Corte Constitucional, evoluindo seus entendimentos de maneira compatível com a realidade social brasileira. Como consequência da consolidação do referido entendimento, o legislador ordinário, por meio da Lei 13.146/2015 inseriu o §11 ao artigo 20 da Lei 8.742/93:

Art. 20

(...)

§ 11. Para concessão do benefício de que trata o caput deste artigo, poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme regulamento.

§ 11-A. O regulamento de que trata o § 11 deste artigo poderá ampliar o limite de renda mensal familiar per capita previsto no § 3º deste artigo para até $\frac{1}{2}$ (meio) salário-mínimo, observado o disposto no art. 20-B desta Lei.

(BRASIL, 2015).

Nesse sentido, o legislador decidiu positivar a possibilidade de se utilizar outros meios probatórios que não a renda, para atestar a condição de vulnerabilidade social do grupo, uma vez que o requisito objetivo apenas geraria uma presunção relativa de miserabilidade. Apesar disso, o §11-A do art. 20 condicionou a ampliação do requisito objetivo a decreto presidencial que, até a data deste trabalho, não tinha sido editado. Outro fator que corrobora para o alinhamento da legislação ao entendimento jurisprudencial foi a edição da Lei 14.176/2021, que acrescentou o artigo 20-B, prevendo as diretrizes a serem observadas pelo órgão julgador na flexibilização do requisito objetivo, quais sejam:

Art. 20-B. Na avaliação de outros elementos probatórios da condição de miserabilidade e da situação de vulnerabilidade de que trata o § 11 do art. 20 desta Lei, serão considerados os seguintes aspectos para ampliação do critério de aferição da renda familiar mensal per capita de que trata o § 11-A do referido artigo:

I – o grau da deficiência;

II – a dependência de terceiros para o desempenho de atividades básicas da vida diária; e

III – o comprometimento do orçamento do núcleo familiar de que trata o § 3º do art. 20 desta Lei exclusivamente com gastos médicos, com tratamentos de saúde, com fraldas, com alimentos especiais e com medicamentos do idoso ou da pessoa com deficiência não disponibilizados gratuitamente pelo SUS, ou com serviços não prestados pelo Suas, desde que comprovadamente necessários à preservação da saúde e da vida.

§ 1º A ampliação de que trata o caput deste artigo ocorrerá na forma de escalas graduais, definidas em regulamento.

§ 2º Aplicam-se à pessoa com deficiência os elementos constantes dos incisos I e III do caput deste artigo, e à pessoa idosa os constantes dos incisos II e III do caput deste artigo.

§ 3º O grau da deficiência de que trata o inciso I do caput deste artigo será aferido por meio de instrumento de avaliação biopsicossocial, observados os termos dos §§ 1º e 2º do art. 2º da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e do § 6º do art. 20 e do art. 40-B desta Lei.

§ 4º O valor referente ao comprometimento do orçamento do núcleo familiar com gastos de que trata o inciso III do caput deste artigo será definido em ato conjunto do Ministério da Cidadania, da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia e do INSS, a partir de valores médios dos gastos realizados pelas famílias exclusivamente com essas finalidades, facultada ao interessado a possibilidade de comprovação, conforme critérios definidos em regulamento, de que os gastos efetivos ultrapassam os valores médios.

(BRASIL, 2021).

Importa mencionar que a referida inovação legislativa foi completamente baseada nos entendimentos consolidados acerca da matéria e já aplicados nos Tribunais do país. A flexibilização do critério possuía mecanismos que possibilitavam ao magistrado uma melhor análise da necessidade real do requerente, considerando as especificidades de cada núcleo familiar. Em Ação Civil Pública 5044874-22.2013.404.7100/RS julgada em 2016 pelo TRF-4,

o Tribunal decidiu pela exclusão do cálculo da renda do núcleo familiar todo gasto relacionado a medicamentos, consultas médicas ou qualquer outra despesa hospitalar cujo Estado tivesse obrigação de prover e não o fez. Para o Tribunal, o Poder Público não poderia invocar a “reserva do possível” para se eximir da efetivação dos direitos constitucionalmente previstos, imputando o ônus ao cidadão. (TRF-4- APELREEX: 5044874-22.2013.404.7100/RS. Relator: Vânia Hack de Almeida. Data de julgamento: 27/01/2016, Sexta Turma, data de publicação: D.E: 04/02/2016).

Com isso, é possível perceber que o avanço do Judiciário frente a uma normatização dúbia e imprecisa forçou o Legislativo a atualizar as diretrizes do programa de assistência social, se alinhando ao entendimento jurisprudencial. O ativismo judicial, no caso em epígrafe, forçou uma evolução legislativa para que os requisitos fossem alinhados com a realidade socioeconômica da população brasileira, diminuindo qualquer sinal deslegitimador do posicionamento dos magistrados.

Tais alterações reforçam ainda o programa neoconstitucionalista mencionado no início deste trabalho, transferindo ao magistrado o poder de “legislar novos requisitos” a cada processo, uma vez que diante do caso concreto possui melhores condições de averiguar a real necessidade enfrentada pelos requerentes do benefício. É do juízo, portanto, a tarefa de valorar a realidade social do necessitado e ponderar se ele se adequa ao *telos* estabelecido pela Lei de Organização da Assistência Social.

Esse ativismo judicial transvestido de hermenêutica constitucional pode ser louvado ou criticado, a depender do ponto de vista de que é tomado a análise ou de quem o considera. Tendo como ponto de referência um indivíduo que não preenchia o requisito objetivo, mas que aos olhos do magistrado se enquadrava no quesito “miserabilidade social”, o subjetivismo pode ser encarado como benéfico em sua perspectiva. De maneira oposta, sob a perspectiva do INSS, a prática judicial é potencialmente lesiva à ordem jurídica.

Nesse ínterim, a observação de processos que tramitam no Juizado Especial Federal da Justiça Federal de Pernambuco, bem como em outros Estados evidencia uma tendência à desconsideração relativa da renda da parte autora. Isto é, com fulcro no entendimento que encampa a relativização dos critérios objetivos, já esposado neste trabalho, os magistrados tendem a direcionar sua atenção aos laudos sociais ou Mandados de Verificação Social – MVF, em que há a constatação mais apurada da realidade socioeconômica a que o requerente está

inserido. Como acabo de mencionar, a desconsideração é apenas relativa e costuma estar inserida em processos cuja renda *per capita* exceda de maneira singela o limite legal, de modo que o magistrado, a fim de evitar injustiças, se atém ao caso concreto.

Com o propósito de materializar o aqui relatado, coletei informações constantes no processo 0501051-98.2021.4.05.8302, no qual pude observar a extrapolação da renda, que era superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo *per capita*, mas que ainda assim houve a concessão do benefício, conforme transcrição do acórdão:

EMENTA

SEGURIDADE SOCIAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. IDOSO. LOAS. ART. 203, INCISO V, DA CF/88. LEI Nº 8.742/93 COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 12.435/11. MISERABILIDADE NÃO DEBELADA PELAS CONDIÇÕES DE MORADIA. MUDANÇA DA COMPOSIÇÃO FAMILIAR/ECONÔMICA MOTIVADA PELA PIORA DO ESTADO DE SAÚDE. INCAPACIDADE TOTAL E DEFINITIVA. AUSÊNCIA DE MEIOS DE PROVER A SUBSISTÊNCIA. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. RECURSO INOMINADO DA PARTE AUTORA PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso inominado interposto pelo autor contra sentença de improcedência ao pedido de **benefício assistencial de prestação continuada ao idoso (LOAS)**, conforme previsão contida no art. 203, inciso V, da Constituição Federal de 1988 e, bem assim, na Lei nº 8.742/93 com redação dada pela Lei nº 12.435/11.

Requer a autora que a sentença seja integralmente reformada, para que, por conseguinte, o INSS seja condenado ao pagamento do BPC/LOAS desde a data do requerimento administrativo, ao argumento de que reside na casa de sua irmã casada, cuja condição econômica não pode ser a ele estendida por não integrar o conceito de núcleo familiar extraído da legislação regente.

Pois bem.

(...)

O cerne do recurso diz respeito à miserabilidade, já que restou comprovado o requisito relativo à incapacidade total e definitiva do autor, portador de insuficiência ventricular esquerda - CID 10: I - 50.1” (anexo 29).

No momento da realização do laudo social (anexos 20 a 23), foi informado que o autor trabalhava como motorista de caminhão no estado do Maranhão, onde residia com a família, mas, em 2019, foi diagnosticado com a patologia incapacitante aludida, passando a residir com sua irmã e cunhado, no município de Caruaru/PE.

Verifica-se que a mudança ocorreu porque o imóvel pertencia ao pai falecido do requerente, tendo suas despesas providas pelo novo grupo familiar e da ajuda de outros dois irmãos que moram em cidades próximas.

Como o critério objetivo relativo à renda “per capita” é apenas um parâmetro e que, a depender das circunstâncias da vida familiar, deve ser relativizado, a análise da situação de vulnerabilidade social será realizada pela observação das condições pessoais da parte autora.

Analisando detidamente a prova dos autos, em especial o mandado de verificação/perícia social, conclui-se que o autor não possui condições de prover sua subsistência, situação evidenciada pela impossibilidade de trabalhar ou mesmo de desempenhar atividades da vida diária que demandem esforço físico.

Nesse toar, embora as fotos da residência do requerente a princípio destoem do quadro clássico de extrema pobreza, provavelmente resultante da condição econômica ostentada antes da piora de sua saúde, a par dos recursos pertencentes à irmão e o respectivo marido, não infirmam a necessidade de intervenção estatal a partir de quando perdeu os meios de prover a subsistência. Ademais, em que pesem os eletrodomésticos visíveis no imóvel, observo que tais bens são ínfimos, não havendo, portanto, qualquer elemento que leve à conclusão de que a ajuda obtida junto a terceiros supera o limite legal para a concessão do benefício.

No mesmo sentido, o veículo e motos encontrados no local não possuem o condão de modificar a atual situação econômica do demandante pois pertencem ao casal com o qual passou a morar. O tratamento médico vem sendo realizado em unidade pública de saúde, complementado por consulta e exame trimestral no importe de R\$ 380,00 e compra de alguns medicamentos, sempre custeado pelos irmãos.

(...)

ACÓRDÃO

Decide a 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Pernambuco, à unanimidade, **DAR PROVIMENTO AO RECURSO INOMINADO**, nos termos do voto supra.

(Processo n. 0501051-98.2021.4.05.8302. Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Justiça Federal de Pernambuco. Rel. Juiz Federal Claudio Kitner. Julgado em 23/02/2022. Acórdão resumido. Grifos)

Na ocasião, o magistrado relator escolheu desconsiderar a renda *per capita* superior ao estipulado pela lei ao considerar a situação socioeconômica vivenciada pela parte autora. Trata-se de indivíduo que, após diagnóstico de doença que o incapacitou de maneira total e definitiva, deixou seu trabalho de motorista de caminhão e passou a residir “de favor” na casa da irmã, em um cômodo aos fundos da casa. Sob esta realidade, a Terceira Turma Recursal considerou que o indivíduo não estaria inserido no mesmo núcleo familiar da irmã, que apesar de lhe dar algum suporte, não era suficiente ao provimento de suas necessidades para uma vida digna.

Dessa maneira, apesar de constatado que o autor não preenchia o requisito objetivo de renda, ao analisar as circunstâncias da vida familiar, concluiu-se pela necessidade de relativização da condição, uma vez que o autor não estaria compondo, de fato, o mesmo núcleo familiar de sua irmã. Isso porque esta apenas prestava auxílio e o abrigava nos fundos de sua residência em condições que não atendiam aos fins estipulados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que constitui importante ponto balizador da avaliação subjetiva do magistrado.

Percebe-se, com isso, que a jurisprudência tem analisado com cautela os casos concretos e circunstâncias da vida pessoal daquele que solicita o BPC; deixando de realizar um juízo meramente positivo de subsunção do caso à norma. Uma das maiores críticas a esta prática, entretanto, é a insegurança jurídica gerada por interpretações divergentes entre magistrados acerca do mesmo caso concreto. Isso pois a avaliação subjetiva leva em consideração parâmetros pessoais que são influenciados até mesmo por fatores externos à magistratura, como

experiências pessoais, por exemplo. Nesse sentido, trago a seguir mais um caso da Terceira Turma Recursal, dessa vez sob a relatoria do Juiz Federal Joaquim Lustosa Filho (2022), que divergiu da avaliação subjetiva do magistrado de primeiro grau e reformou a sentença para conceder o benefício ao entender que a parte autora se enquadrava no conceito de miserabilidade social.

Naquela ocasião, o juízo *a quo* reconheceu a deficiência de uma criança com paralisia cerebral com base no laudo médico pericial, tendo, contudo, indeferido o pleito de concessão do BPC por não entender preenchido o requisito miserabilidade. Como argumento preponderante, o magistrado se utilizou do fato de a criança estudar em escola particular no bairro, em que pese a renda do núcleo familiar fosse inferior a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo *per capita*. Curioso notar que nem a própria parte ré (INSS) questionou a vulnerabilidade social da requerente, que teve seu benefício indeferido na seara administrativa unicamente pelo não reconhecimento do requisito deficiência. Prova disso é que, após confecção do laudo médico pericial atestando a deficiência da parte autora, o próprio INSS realizou proposta de acordo, que foi rejeitada pela demandante.

Nesse contexto, foi interposto recurso inominado que, distribuído, assim foi decidido pela Terceira Turma Recursal:

EMENTA

LOAS. RETARDO MENTAL MODERADO. MENOR. INCAPAZ. PAIS IMPEDIDOS DE TRABALHAR. REQUISITO INCAPACIDADE PREENCHIDO. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA RENDA *PER CAPITA* SUPERIOR A $\frac{1}{4}$ DO SALÁRIO MÍNIMO COMO ÚNICO CRITÉRIO PARA AFERIÇÃO DA MISERABILIDADE. CONDIÇÕES PESSOAIS ANALISADAS. RECURSO DA AUTORA PROVIDO.

(...)

O perito judicial (laudo pericial, anexo 16) informa que a pericianda é portadora de Paralisia Cerebral (CID: G.80.3) + Retardo Mental Moderado (CID: F.71) com incapacidade total e prognóstico pessimista. Informa, ainda, o perito judicial, no quesito n. 12, do laudo pericial, que "a autora necessita de supervisão e ajuda permanentes da genitora, sua principal cuidadora. Apresenta sérias limitações de autonomia; independência; auto cuidados; habilidades sociais e interpessoais; auto-orientação; segurança, má interação social. Necessita, portanto, de cuidados e vigilância permanentes, seja em casa ou fora dela". **Requisito incapacidade devidamente preenchido.**

No tocante à **miserabilidade**, cabe ressaltar que, embora a Lei traga o que se considera grupo familiar a fim de calcular a renda per capita e o conceito objetivo de miserabilidade para fins de recebimento do benefício assistencial (§ 1º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993), a jurisprudência da TNU, albergado no que decidiu o STF, entende que o rigorismo da norma pode ser flexibilizado diante de outros elementos presentes nos autos. Vide o julgado:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA RENDA

PER CAPITA SUPERIOR A ¼ DO SALÁRIO-MÍNIMO COMO ÚNICO CRITÉRIO PARA AFERIÇÃO DA MISERABILIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 567.985/MT. QUESTÃO DE ORDEM Nº 20 DA TNU. INCIDENTE CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. [...] 9. Contudo, o recente julgamento do Recurso Extraordinário nº 567.985/MT, que teve como Relator para acórdão o Ministro Gilmar Mendes, de repercussão geral, onde o Supremo Tribunal Federal declarou incidenter tantum a inconstitucionalidade do §3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, incita nova reflexão e manifestação deste Colegiado Uniformizador a respeito do tema. 10. Entendo não ser aceitável a não valoração das provas constantes nos autos e fundamentar a procedência ou improcedência da demanda apenas em critério quantitativo de renda que foi declarado inconstitucional pelo Excelso Tribunal em repercussão geral. E isso justamente porque o nosso sistema não é o da tarifação de provas, e tampouco permite o julgamento de forma livre e arbitrária, mas sim o de princípio da persuasão racional, conforme alhures exposto. 11. Assim, diante da nova análise a respeito da matéria, levada a efeito no mencionado Recurso Extraordinário nº 567.985/MT, de onde copio trecho significativo, "Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro), a miserabilidade da parte, para fins de concessão do LOAS, deverá levar em consideração todo o quadro probatório apresentado pela parte e não unicamente o critério legal constante do §3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, repita-se, agora havido por inconstitucional pela Augusta Corte pátria, mercê da progressão social e legislativa. 12. Incidente de Uniformização de Jurisprudência conhecido e parcialmente provido para firmar o entendimento de que há a necessidade de valoração das provas produzidas nos autos para a aferição da miserabilidade mesmo quando a renda per capita seja superior a ¼ do salário mínimo, posto não ser este o critério único para aferição da miserabilidade. Retornem os autos à Turma Recursal de origem para adequação do julgado conforme a premissa jurídica ora fixada. (Processo PEDILEF 05042624620104058200 PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI FEDERAL. Relator(a) JUÍZA FEDERAL KYU SOON LEE Sigla do órgão TNU Fonte DOU 10/01/2014 PÁG. 121/134)

No caso, ficou provado, através da perícia social (anexos 27/30), que a casa onde vive a autora demonstra vulnerabilidade social. O imóvel possui piso em cimento, poucos móveis e eletrodomésticos e em péssimo estado de conservação. A renda familiar consiste no recebimento do bolsa-familiar, no valor de R\$ 191,00, e da renda mensal da prima, R\$ 720,00. **Requisito miserabilidade devidamente atendido.**

ACÓRDÃO

Decide a 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Pernambuco, à unanimidade, **DAR PROVIMENTO AO RECURSO DA AUTORA**, nos termos da ementa supra.

(Processo n. 0526201-58.2019.4.05.8300. Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Justiça Federal de Pernambuco. Rel. Joaquim Lustosa Filho. Julgado em: 12/05/2022)

Percebe-se assim, que o relator do caso entendeu pelo preenchimento do requisito, posição que vai de encontro ao decidido no Juizado. Na Turma Recursal, os magistrados entenderam que o fato de a criança estudar em escola particular não era suficiente para desconstruir sua vulnerabilidade social. É que teria ficado provado que a educação era patrocinada pela madrinha da criança, além de não se tratar de mero luxo, uma vez que a estudante possuía necessidades especiais em detrimento de sua deficiência. Em igual medida, ao se debruçar sobre o mandado de verificação social, o magistrado relator descreveu o imóvel

como em péssimo estado de conservação, além de possuir móveis escassos. Todos esses pontos foram, portanto, determinantes para que o Juiz Federal, em sua percepção pessoal, entendesse pelo preenchimento dos requisitos necessários ao deferimento do Benefício de Prestação Continuada.

Em linha de princípio, o primeiro efeito que tais divergências geram é a já citada insegurança jurídica. Percebe-se, portanto, que o direito pretendido pelo demandante está condicionado a qual magistrado seu processo será distribuído, uma vez que a análise subjetiva segue parâmetros substancialmente divergentes em cada juízo. O fato é que a análise de circunstâncias do caso concreto permite construções argumentativas variadas, tornando o resultado útil do processo um produto da análise discricionária do magistrado, que escolhe deferir ou não o pedido com base em critérios pouco claros, a partir de seu sentimento pessoal de justiça.

Referida análise é baseada em laudo pericial, confeccionado por assistente social habilitado, que se dirige à residência e dá seguimento a coleta de dados importantes para a classificação da condição socioeconômica do requerente. Partindo desta perspectiva, o assistente social realiza uma interpretação contextual da realidade vivida pelo autor da ação, indicando, ao fim, se em seu entender, o periciando está ou não em situação vulnerável. Em que pese a Lei 8662/1993 dispor a necessidade de um perito qualificado para confecção do laudo social, não é incomum aos juízos despacharem requerendo a visita de um Oficial de Justiça no local indicado como domicílio do autor para registro fotográfico e coleta de algumas informações pré-estabelecidas. Quanto a esta prática, não faltam críticas da doutrina; para Bittencourt (2018, p.316) a prática é reprovável, na medida em que o Oficial de Justiça não possui qualificação técnica para realizar avaliação necessária de enquadramento no requisito em questão. A análise do assistente social pode, na visão do citado doutrinador, ser decisiva na conclusão do magistrado pelo preenchimento do requisito miserabilidade social, porquanto a valoração correta do caso concreto mediante o alegado no processo pode exigir sensibilidade e técnica que não são típicas da função exercida pelo Oficial de Justiça.

É sabido que muitos magistrados optam pelo Mandado de Verificação Social em lugar do laudo pericial pela limitação existente em muitos lugares acerca da quantidade de assistentes sociais. Somado a este fator, entendo que a prática escancara o defendido neste trabalho, de que a análise técnica do perito social não detém, na visão do magistrado, a mesma importância que existe na perícia médica. Naquela, o magistrado se baliza a partir do registro fotográfico

realizado, por entender estar mais condizente com a real capacidade financeira daquele que aspira o recebimento do benefício.

Apesar de haver grande resistência a este método pragmático de análise das provas produzidas, não pode ser totalmente repugnado da prática forense. A análise exclusivamente positiva acerca dos critérios exigidos pela lei para recebimento do BPC poderia gerar diversas concessões indevidas, prejudicando outros indivíduos em real estado de vulnerabilidade que não seriam contemplados com o benefício por limitação orçamentária. A análise casuística permite ao magistrado identificar e repelir o indivíduo que requer o benefício de maneira indevida por possuir meios de prover seu sustento; meios estes que muitas vezes não constam nos registros públicos.

A omissão de renda é, por assim dizer, prática corriqueira nos pedidos de BPC; situação geralmente encampada por indivíduo idoso/deficiente que não possui renda formal e que preencheria, portanto, o requisito miserabilidade. Apesar de necessitar de cautela acerca das considerações feitas sobre a não confecção de laudo pericial por assistente social em prol de MVF, as fotografias registradas passam a assumir papel primordial na análise caso a caso, como no caso a seguir:

EMENTA

SEGURIDADE SOCIAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL AO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. LOAS. MENOR DE IDADE. ART. 203, INCISO V, DA CF/88. LEI Nº 8.742/93 COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 12.435/11. PERÍCIA SOCIAL. ANÁLISE CASO CONCRETO. MISERABILIDADE NÃO COMPROVADA. INDÍCIOS DE OMISSÃO DE RENDA. REQUISITOS LEGAIS NÃO SATISFEITOS. RECURSO DO INSS PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso Inominado interposto pela parte ré, contra sentença de procedência proferida em sede de Ação Especial Cível com a qual se objetivou a concessão de benefício assistencial a deficiente (LOAS).

Alega, em síntese, a recorrente que *“No presente caso, a renda per capita familiar é superior a ¼ do salário mínimo, logo, deve a r. sentença recorrida ser reformada. Analisando o Auto de Constatação (Anexo 28) fica claro e evidente que a família não vive em estado de miserabilidade, logo, indevida a concessão do benefício de amparo social, em face do laudo social demonstrar a falta de amparo legal para concessão do benefício recorrido.”* Pugna pela reforma total do julgado (anexo 36).

Foram ofertadas contrarrazões pela parte autora, defendendo a manutenção da sentença recorrida (anexo 38).

Assim posta a lide, passo a decidir.

(...)

Inicialmente cumpre destacar que o INSS suspendeu o benefício assistencial da demandante em julho/2021, em razão da superação do requisito da renda per capita familiar de ¼ do salário mínimo (anexo 22, p.05).

O ponto controvertido da lide cinge-se, portanto, na comprovação do estado de miserabilidade da requerente.

Com o fito de averiguar as reais condições econômicas em que vive a parte, foi determinada, pelo Juízo *a quo*, a realização de perícia social *in loco*. De acordo com o apurado na diligência o **núcleo familiar é composto pela autora, genitora e marido, além do irmão, sobrevivendo sem qualquer tipo de renda atual declarada.**

Entretanto, cumpre destacar que do extrato do CNIS do esposo da genitora da menor (sr. Daniel A. Medeiros) acostado no anexo 21, pp. 01 e 02, verifica-se registro de vínculos laborais ao longo dos anos, bem como remuneração variável, ao patamar de R\$1.746,74 (um mil setecentos e quarenta e seis e setenta e quatro centavos), a indicar que a renda per capita familiar superava o teto legal objetivo exigido para a concessão do benefício em espécie.

Ademais, inobstante se argumente que o sr. Daniel não tem vínculo com a autora, já que não é o seu genitor, na realidade, ele mora na mesma residência, integrando o núcleo familiar, posto que vive em união estável com a mãe da menor, além de ser o pai de seu outro filho, o que impõe considerar qualquer tipo de renda auferida por ele.

Cumprе lembrar que a Turma de Uniformização Nacional dos Juizados Especiais Federais já manifestou o entendimento, na Súmula nº 11, de que a renda superior a 1/4 do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante.

Além disso, o STF em julgamento recente, declarou inconstitucional o § 3º do art. 20 da LOAS, por entender que o critério de 1/4 não se revela mais suficiente para caracterizar o estado de miserabilidade, devendo tal situação ser averiguada por outros elementos que atestem o real estado de vulnerabilidade econômico e social em que o requerente se insere.

Assim, atenta à diretriz jurisprudencial já pacificada, no caso concreto, penso que não restou demonstrada a miserabilidade da autora alegada em juízo. Com efeito, **das imagens colacionadas no anexo 28, embora se vislumbre ambiente externo de alvenaria e sem revestimento ou pintura, a parte interna da moradia revela-se bem conservada, com piso revestido na cerâmica e paredes preservadas, além de decorada. A residência é própria (herança), sendo guarnecida de utensílios domésticos modernos e conservados. O ambiente é limpo e organizado, a indicar que a autora recebe todo o apoio necessário à sua sobrevivência. Notam-se bens como geladeira duplex, TVs de tela plana, micro-ondas, fogão embutido, sugar, máquina de lavar roupas, ar-condicionado split, que não são condizentes com a hipossuficiência econômica alegada em juízo. Nada que se coaduna com a condição precária de alguém que necessite da efetiva assistência do Estado para sobreviver.**

Nesse contexto, pelas imagens do ambiente, percebe-se a incompatibilidade entre a renda declarada (zero) e a situação socioeconômica constatada, restando evidente a omissão de renda.

Destarte, o que se pode concluir é que a autora não passa por grave situação de necessidade que enseje a concessão do benefício postulado. As simples dificuldades financeiras, de resto enfrentadas por significativa parcela da população brasileira, não têm o condão de autorizar o benefício em espécie.

Os benefícios da Assistência Social pressupõem, além da vulnerabilidade financeira do hipossuficiente, a incapacidade da família de prover o sustento daquele que não mais pode trabalhar. O amparo estatal, portanto, é essencialmente subsidiário, surgindo tão somente se os familiares do necessitado não ostentarem condições financeiras de ampará-lo.

É preciso ressaltar que o objetivo do constituinte ao prever o benefício de prestação continuada foi atender àqueles cidadãos que se encontram, em virtude de idade ou

deficiência, em situação precária, vivendo na linha da pobreza, sendo certo que a prova produzida nos autos revela que a autora **não se enquadra nessa categoria**.

Nesse contexto, entendo por não satisfeito o requisito da miserabilidade, pressuposto inafastável para o deferimento do benefício assistencial.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados, decide a 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais de Pernambuco, por unanimidade, **DAR PROVIMENTO** ao recurso, nos termos do voto-ementa supra.

(Processo n. 0518046-95.2021.4.05.8300. Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Justiça Federal de Pernambuco. Rel. Juíza Federal Polyana Falcão Brito. Julgado em 09/02/2022)

Trata-se, portanto, mais um caso em que magistrados entraram em contradição quanto ao direito do autor em auferir o benefício assistencial. O juiz sentenciante entendeu pela procedência do pedido, alegando que a renda mensal da família era nula, tendo em vista estarem todos os membros desempregados. Tal situação, combinada com a residência humilde seria suficiente para conceder o benefício requestado. Em contrapartida, a juíza relatora constatou nos autos que um dos integrantes possuía vínculo laboral até momentos próximos à judicialização do caso, com vencimentos que chegavam a valores duas vezes superiores ao do salário mínimo vigente, além de ter recebido seguro desemprego. Concomitantemente a esta renda, houve recebimento indevido do BPC.

Nesse contexto, apesar de renda passada elevada, o núcleo preenchia, no momento da sentença, o requisito que avalia o poder econômico familiar. Entretanto o benefício foi negado pela Turma Recursal, que entendeu que o núcleo familiar se encontrava em patamares bastante superiores aos se enquadram como miseráveis. Partindo das fotografias registradas pela assistente social, pôde ser observado imóvel bem provido de móveis, piso cerâmico em ótimo estado de conservação, paredes 3D feitas com gesso, eletrodomésticos incomuns em casas de pessoas em estado de vulnerabilidade social, como fogão tipo *cooktop*, forno embutido, geladeira *inverter* e coifa moderna, por exemplo. Ou seja, ainda que objetivamente a parte autora preenchesse o requisito miserabilidade, a situação visualizada nas fotos fez com que a magistrada relatora entendesse por ter havido omissão de renda, capaz de dismantelar o direito ao recebimento do benefício.

Portanto, não se pode olvidar que a flexibilização do requisito miserabilidade que fora amplamente discutida neste tópico não serviu apenas em benefício de uma interpretação favorável ao requerente, mas sim para efetivar a justiça aos olhos do julgador, que partindo de sua subjetividade é capaz de valorar o contexto que permeia o requerente, perante sua condição pessoal e social a fim de atingir o escopo máximo do processo – pacificação com justiça.

Contudo, não se pode ignorar que, da mesma forma como a complexidade do concreto impulsionou a flexibilização do requisito para, neste último caso denegar a concessão, deve o magistrado considerar as amplas possibilidades e contextos a que aquele núcleo estava inserido. É questionável se, ainda que tenha tido um passado em condições financeiras formidáveis, o presente não estaria se impondo de maneira distinta? Importa mencionar que não se trata de núcleo hiperssuficiente, mas de classe média, que mais se sujeita à flutuação econômica no país. Por isso, tais casos merecem cautela na análise do Poder Judiciário, dando noção de que o ativismo judicial e o subjetivismo podem ser utilizados como ferramenta de avanço na política nacional em seus variados aspectos, bem como de violação de direitos e princípios ao invadir a esfera de outro Poder.

4 OS DESAFIOS DO SEGURADO ESPECIAL NA EFETIVA COMPROVAÇÃO DO LABOR RURAL ANTE A AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS CLAROS PARA SEU ENQUADRAMENTO

De proêmio, importa mencionar a substancial importância do trabalhador rural na história do Brasil, país que tem parte substancial do PIB proveniente do setor primário, ou seja, através da exploração de recursos da natureza. Apesar de notório valor, o trabalhador rural foi desprestigiado por muitos anos até o advento da Constituição de 1988. Aqui, o constituinte decidiu equiparar em direitos, em seu artigo 7º os trabalhadores rurais aos urbanos inclusive quanto aos benefícios da previdência social, como aposentadoria, auxílio por incapacidade e licença à gestante, por exemplo.

Uma das significativas mudanças trazidas pela atual Constituição da República é a figura do segurado especial, prevista no próprio texto constitucional:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

(...)

§ 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei.

(Brasil, 1988)

Ao mesmo tempo, o art. 12 da Lei nº 8.212/1991 define o segurado especial como aquele residente em imóvel rural ou aglomerado urbano ou rural próximo a ele que de maneira individual ou em regime de economia familiar, mesmo que possua ajuda eventual de terceiros, exerça atividade agropecuária em área de até 04 módulos fiscais; seja pescador artesanal ou extrativista, desde que essas atividades sejam o principal meio de vida do trabalhador. Ou seja, de plano já é possível compreender que nem todo trabalhador rural se enquadra no conceito de segurado especial; de fato, a lei delimitou e pretendeu atingir grupo específico a que se considerou mais vulnerável que aquele trabalhador rural empregado, por exemplo.

Partindo das definições e conceitos trazidos pela lei, é possível constatar a falta de clareza de alguns requisitos que enquadrariam o trabalhador como segurado especial. Tal fato

é potencializado por outros artigos da supramencionada lei, como no caso do artigo 106 que estabelece rol exemplificativo de documentos que comprovem a atividade rural. Mesma noção foi encampada pela Instrução Normativa 77/2015 do INSS, que atribui valor aos documentos que constem a profissão ou qualquer outro dado do exercício de atividade rurícola.

Nesse contexto, é perceptível que a problemática da subjetividade permeia essa categoria de segurados. Quando necessitados, os trabalhadores rurais se veem em situação desamparada em que precisam comprovar que são, de fato, rurícolas. É que esta categoria de segurados é formada majoritariamente de indivíduos em situação de extrema vulnerabilidade social, com pouca ou nenhuma instrução e que muito menos estão habituados com as burocracias estatais, isto é, guardar documentação que comprove seu labor nem sempre é uma preocupação do trabalhador campesino.

Foi partindo desse pressuposto que os legisladores trataram de flexibilizar o enquadramento do trabalhador rural como segurado especial por meio de amplos meios de prova existentes no mundo jurídico, seja ele documental ou testemunhal. No primeiro tipo, o artigo 106 da Lei 8.212/1991 dispõe um rol exemplificativo de documentos que seriam indicativos do exercício real de labor rural, ficando livre o suposto segurado a arrolar outros papéis que tragam indícios dessa atividade. Vale mencionar que a apresentação desses documentos não torna certo o enquadramento do indivíduo na categoria de segurado especial, ficando a cargo do INSS ou do magistrado analisar, diante de todo o lastro probatório disposto no processo, se há verossimilhança que permita ser o autor considerado trabalhador rural.

Nesse sentido, o trabalhador submetido a essa disposição se insere em um contexto de incertezas ao perceber que seu direito está em sujeito a uma interpretação substancialmente subjetiva por parte de quem analisa as provas. A flexibilização veio, nesse caso, tanto para facilitar o enquadramento, como para submeter os segurados à subjetividade de quem decide serem eles merecedores ou não de tal categorização. A partir de tais considerações, o contexto citado no caso do BPC/LOAS se repete, uma vez que cercado de incertezas, o indivíduo é lançado a uma espécie de sorte ou azar. Nessa senda, o requerente passa a depender de ser o seu processo distribuído para juiz “x ou y” e de que suas provas sejam suficientes e compatíveis com os *standards* probatórios do magistrado, capazes de convencê-lo de que este ou aquele indivíduo é ou não rurícola.

Somado a essa composição documental, quase sempre o magistrado determina a realização de audiência de instrução e julgamento, cujo principal objetivo é complementar tal conjunto probatório produzido até então, a fim de que torne apto comprovar a qualidade de segurado especial da parte autora. É que na audiência as provas passam a ser produzidas na presença do magistrado, dando seguimento ao depoimento pessoal do autor e de testemunhas capazes de atestar a profissão de rurícola do requerente.

É possível tecer críticas ao modelo implementado através da audiência de instrução e julgamento. Na ocasião, o magistrado procede à inquirição do suposto segurado, bem como da testemunha arrolada, realizando perguntas que apresentam apenas uma face da vida de um trabalhador campesino. Nesse contexto, o julgador indaga o autor acerca de sua rotina, do que planta/pesca e como o faz; buscando qualquer indício de conflito entre o alegado nos autos e o dito em depoimento pessoal, bem como qualquer sinal de rotina que não se subsume à de um trabalhador rural. Não se pode olvidar, contudo, que o próprio ambiente em que a audiência é realizada é, por si só, intimidador, sobretudo para pessoas humildes que muitas vezes jamais pisaram em uma sala de audiência ou estiveram perto de figuras enxergadas corriqueiramente como a mais alta autoridade do Poder Judiciário.

Em igual medida, até mesmo os bens que o requerente possui são levados em consideração, como veículos, por exemplo. Não obstante isso, cabe lembrar que a figura do trabalhador rural não é a mesma de algumas décadas atrás; aquela figura do sertanejo maltrapilho e desnutrido pode não ter sido totalmente expurgada da realidade brasileira, mas com certeza não se manteve inerte. Nesse sentido, deve o magistrado estar atento aos nuances do caso concreto, incluindo até mesmo o município em que reside o trabalhador, como sendo forte indicativo de sua pior ou melhor situação socioeconômica. Da mesma forma, o município em que reside a parte pode ser utilizado como balizador para argumentos de trabalhos urbanos sazonais, como em épocas de seca, por exemplo.

Como defendido até aqui, as decisões que acatam ou não as provas que demonstram ser o requerente segurado especial estão eivadas de subjetivismos, que podem ser melhor visualizados com o acórdão demonstrado a seguir. Nele, o magistrado relator da Terceira Turma Recursal entendeu que a parte autora apesar de ser trabalhadora rural não se encaixava como segurada especial por não ser a atividade exercida em caráter de subsistência:

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. RURAL. SEGURADO ESPECIAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. ATIVIDADE DE SUBSISTÊNCIA NÃO COMPROVADA. BENEFÍCIO INDEVIDO. RECURSO INOMINADO DA AUTORA IMPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de recurso inominado interposto pela autora contra sentença que julgou improcedente pedido de aposentadoria por idade a segurado especial.

A parte autora alega possuir os requisitos legalmente estipulados para requerer aposentadoria por idade na qualidade de segurado especial, comprovando com base em documentos anexados nos autos somados à prova testemunhal por meio de audiência de instrução e julgamento.

Assim posta a lide, passo a decidir.

Inicialmente, torno sem efeitos o despacho do anexo 26, por entender desnecessária dilação probatória.

Nos termos do art. 39, I, da Lei nº 8.213/91, o segurado especial pode habilitar-se aos benefícios de aposentadoria por invalidez ou por idade, auxílio-doença, auxílio-reclusão ou pensão por morte, todos no valor de um salário mínimo, devendo para tanto comprovar a sua condição de segurado pelo prazo de carência exigido para benefício requerido, independentemente do recolhimento das respectivas contribuições. É vedada, no entanto, a prova unicamente testemunhal, sendo necessário o início de prova material, conforme se infere do texto do § 3º do art. 55 da Lei nº 8.213/91 e da Súmula nº 149 do c. STJ.

Tais documentos, se contemporâneos à época dos fatos a provar (Súmula nº. 34 - TNU), servem como indícios de prova material, a qual deve ser corroborada pela prova testemunhal; esta por sua vez, não se presta, só por só, sem estar abalizada por outra documental, para comprovação do direito em questão (art. 55, § 3º, da Lei nº. 8.213/91 c/c Súmula nº. 149 do STJ).

Por outro lado, nos termos do §2º, do art. 48, da Lei nº. 8.213/91 (com redação dada pela Lei nº. 11.718/08), não é preciso que o segurado apresente documentos comprovando o exercício de atividade rural para todos os anos do período de carência, admitindo-se sua descontinuidade, entendimento confirmado no âmbito da c. TNU, cuja Súmula nº 14 assim dispõe: "para a concessão de aposentadoria rural por idade, não se exige que o início de prova material corresponda a todo o período equivalente à carência do benefício".

No caso em tela, temos que o ponto controvertido é o exercício da atividade campesina pela postulante.

Em relação à comprovação da atividade rural, que dispensa a carência, o artigo 55, § 3º, da Lei de Benefícios, exige pelo menos um início de prova material, a ser corroborada pela prova testemunhal. Nos autos, a parte acostou alguns documentos (anexos 05/10), como: declaração da proprietária do sítio, documentos atinentes ao imóvel rural como o ITR, fichas de saúde e notas de compra de insumos rurais.

A meu ver, embora exiba razoável lastro probatório de que exerceu a atividade até o período que completou o requisito etário exigido, não foi capaz de infirmar a conclusão do magistrado sentenciante.

Restou controvérsia quanto à função exercida pelo companheiro da autora, uma vez que possui diversos vínculos laborais urbanos em seu histórico.

O sítio onde laboraria a autora, conforme restou demonstrado, é de propriedade de seu esposo, que, conforme histórico profissional, sempre trabalhou na zona urbana. **Assim, não me convence a autora que exerceu atividade rural essencial para a sobrevivência do grupo familiar.**

Posto isso, reputo não comprovada a condição de segurado especial da parte autora.

ACÓRDÃO

Decide a 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Pernambuco, à unanimidade, **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO INOMINADO**, nos termos do voto supra.

Recife, data do julgamento.

Claudio Kitner

Juiz Federal Relator

(Processo n 0500799-77.2021.4.05.8308, Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Justiça Federal de Pernambuco. Relator Juiz Federal Claudio Kitner. Julgado em 20/10/2021)

No julgado em epígrafe, o magistrado entendeu que a prova documental foi suficiente para ser considerada início de prova material à comprovação do exercício de trabalho rural; prova essa que foi corroborada pela testemunha inquirida. Apesar disso, o magistrado não se convenceu de que a atividade era exercida para a subsistência da família, visto que o marido supostamente era trabalhador urbano. Sem adentrar no mérito da decisão, expressões como “a meu ver” ou “não me convence” denotam o subjetivismo utilizado na formação do convencimento do magistrado.

Apesar disso, não é demais lembrar que não é o escopo deste trabalho tecer críticas ou elogios às decisões, mas realizar uma análise da *praxe* que forma o convencimento do órgão julgador. É que neste tipo de prática a subjetividade transcende a objetividade e a depender de outro relator, o processo poderia ter um desfecho completamente diferente do que teve. Isso pois em análise dos autos, observei que o marido da parte autora, suposto trabalhador urbano, possuía, de fato, vínculos passados, porém o último havia sido encerrado em 2009, com duração de cerca de 03 anos. Anterior a este período, o último vínculo urbano teria sido na década de 90, fato que poderia ser considerado por outro magistrado como insuficiente para descaracterizar a qualidade de segurada especial da autora.

Da mesma forma, percebi que o núcleo familiar era residente no município de Petrolina, alto sertão do Estado de Pernambuco e está na zona atingida por secas periódicas. Tal característica poderia ser usada como argumento para defender que os vínculos urbanos espaçados poderiam ser indícios de que nessas épocas a região poderia estar enfrentando severa estiagem, capaz de prejudicar o labor campesino e, por consequência, o sustento da família. O subjetivismo é tanto que até as mãos calejadas ou não dos requerentes costumam ser utilizadas como fator de convencimento.

Com isso, não é difícil demonstrar a fragilidade do sistema que era vigente até então, dada a inexistência de mecanismos capazes de proporcionar a segurança ao trabalhador rural

para que de maneira periódica comprovasse por meios certos e pré-estabelecidos, o exercício do labor rural. Esse sistema não só é prejudicial ao trabalhador, como ao próprio INSS, que fica mais suscetível a fraudes de falsos rurícolas.

Ciente da problemática, o legislador converteu a MP 871/2019 na Lei n. 13.846/2019 estabelecendo o que alguns doutrinadores chamaram de CNIS dos segurados especiais. Esta lei objetivou a criação de um sistema “antifraude” em que o trabalhador rural deixa de preencher uma autodeclaração de suas atividades e passa a ter responsabilidade na atualização de seu cadastro junto ao INSS. Este sistema reunirá informações constantes em diversos bancos de dados do poder público, até mesmo de outros ministérios, a fim de evitar possíveis fraudes a partir de documentos falsos produzidos às vésperas do requerimento administrativo.

Nessa perspectiva, a apresentação de documentos constantes do rol do art. 106 da Lei 8.213/91 passa a ser subsidiária, em caso de divergência de informações contidas no CNIS. Portanto, há clara tentativa em limitar o número de benefícios concedidos de maneira indevida, bem como de prestigiar a segurança jurídica, uma vez que, respeitado o dever de manter seus cadastros e informações atualizadas nos bancos de dados públicos, o trabalhador rural que se enquadre nos requisitos supostamente teria sua qualidade de segurado garantida.

5 A INSEGURANÇA JURÍDICA DIANTE DA SUBJETIVIDADE E FLEXIBILIZAÇÃO DOS CRITÉRIOS LEGAIS. EXISTE UM LIMITE LEGITIMADOR?

A pergunta que martela e conduz esta monografia é difícil de ser respondida e, ao escolher o tema, não tinha pretensão de desvendá-la. Ora, se grandes juristas realizam embates até hoje neste campo, tarefa fácil não deve ser. É que em um contexto pós-positivista, como relatado no início do trabalho, o Direito é permeado pela moral, que por sua vez visa a concretização da plena justiça com legitimidade e sempre tendo como princípio norteador a dignidade da pessoa humana.

Ao mesmo tempo que o Direito se relaciona com a ética e a moral, há a discussão de sua relação com a política. Afinal, como o Direito se relaciona com a política? Como a influencia ou é influenciado? Para Luís Roberto Barroso (2009, p.13), o Direito pode ser visto como política em três situações, (i) quando sua criação parte da vontade da maioria; (ii) quando sua aplicação está em consonância com a realidade e expectativa dos cidadãos; (iii) na medida em que os juízes aplicam no Direito sua subjetividade, momento em que seus juízos de valor invadem o mundo jurídico para criar, extinguir ou modificar direitos. Esta última concepção é a que mais se adequa ao que foi discutido até aqui, afinal, a subjetividade dos juízes foi a responsável a ensejar os arranjos jurídicos exemplificados ou até mesmo o ativismo judicial visualizado nos casos de auxílio-emergencial.

Por outro lado, a política não pode influenciar o Direito para que o órgão julgador decida de maneira arbitrária ou tendenciosa a uma concepção. Ainda que o juízo se encontre em uma situação em que há mais de uma possibilidade de construção de sua decisão, deve inclinar àquela que mais se adequa aos fins propostos pelo legislador, sendo este, portanto, um limite legitimador. Nos casos de BPC/LOAS, por exemplo, o juiz deve agir não por compaixão, mas em consonância com o ordenamento jurídico, até mesmo porque a limitação orçamentária destinada ao benefício assistencial é limitada; deferir deliberadamente o benefício fatalmente causaria descontrole no orçamento público e possivelmente a injusta negativa a outro necessitado de direito.

De igual modo, deve o magistrado estar atento à vontade do legislador e sua decisão política, não deixando que seu sentimento pessoal de justiça atrole os pressupostos da Teoria

Geral do Estado e a separação dos poderes. O fato de o magistrado entender de maneira subjetiva que tal requisito é injusto não lhe permite expurgar do mundo jurídico à exemplo dos casos citados de auxílio-emergencial. O controle de constitucionalidade é ferramenta primordial dos pesos e contrapesos e não pode e nem deve ser banalizado, sob pena de desestabilizar a harmonia democrática de um Estado de Direito.

Por isso, não é das mais fáceis a tarefa do órgão julgador, que precisa consubstanciar em sua atividade a sintonia com os anseios do povo, sentimento social e expectativas, sem deixar de exercer o seu papel de atuar de modo contramajoritário quando entender que o sentimento social da maioria vai contra a vontade geral. Assim, o subjetivismo e ativismo judicial devem ser limitados para ocasiões que visem a promoção dos direitos e garantias fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, de modo que a análise detida do texto constitucional permita uma decisão que privilegie o pacto democrático e os fins da constituição sem, contudo, ignorar a decisão política em prol de seu subjetivismo transvertido de controle de constitucionalidade.

6 CONCLUSÃO

Diante de toda a discussão que aqui fora apresentada, foi possível perceber que a Escola Pós-positivista atua ativamente sobre o Direito brasileiro. De certo a permeabilidade da ética e a influência da política no mundo jurídico permitiu o desenvolvimento de fenômenos tais como o ativismo judicial e a judicialização da política, por exemplo. O juiz deixa de ser meramente a boca da lei e passa participar de maneira ativa na sua criação, antes tarefa reservada ao Poder Legislativo.

Partindo desse pressuposto, o Poder Judiciário passa ganhar mais força, a ponto de ser considerado por uns como um “super Poder” frente aos demais. Na égide do neoconstitucionalismo e tendo dois Poderes (Executivo e Legislativo) considerados inefetivos e pouco representativos, o Poder Judiciário passa a ser visto como concretizador de direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, aqueles que formam o Judiciário fortalecem essas ideias e, baseados no ideal pós-positivista, passam a realizar um protagonismo judicial ao criar parâmetros não citados pela legislação ou até mesmo os desconsiderando em prol de seu sentimento íntimo de justiça.

Apesar de males, o ativismo judicial, bem como o subjetivismo não são de todo ruins. A intenção do trabalho nunca foi gerar uma crítica desenfreada a esses fenômenos, mas sim extrair e expor os nuances que deles se desdobram, gerando consequências positivas e negativas. Inegável, portanto, que o Poder Judiciário por meio do ativismo judicial teve grande importância na efetivação de direitos renegado pelos Poderes que eram competentes para fazê-lo. Ao mesmo tempo, impulsionou o aprimoramento de requisitos, visto que o legislador tão somente consegue permanecer no mundo deontológico, sendo o Poder Judiciário o responsável por aplicar a lei no caso concreto, frente a toda complexidade envolvida nas relações humanas.

Nesse sentido, não seria lógico o Poder Judiciário se limitar a um “pedaço de papel” que jamais conseguirá prever todas as situações possíveis; tarefa essa que a Escola da *Exegese* tinha como pressuposto e falhou. Por isso, o ativismo judicial teve substancial importância na efetivação da dignidade humana quando nos referimos ao BPC/LOAS, visto que um critério objetivo genérico, como o econômico não poderia jamais abranger a infinidade de realidades expostas em um país continental como o Brasil. Assim, o Poder Judiciário exerce função efetivadora de direitos previstos na Constituição sendo, contudo, árdua a tarefa de estabelecer as fronteiras de sua atuação de modo a não transgredir o limite de sua competência.

Essa atuação ativista deve ser comedida assim como a subjetividade do órgão julgador, de modo que tais práticas não podem imperar no mundo jurídico, tendo como limite legitimador a efetivação do ideal democrático e a defesa dos direitos fundamentais de maneira inequívoca. Por fim, deve o magistrado estar atento a evitar decidir de acordo com seu sentimento pessoal de justiça e entendimento pessoal sem qualquer embasamento jurídico. O ativismo judicial não pode se sobrepor a todo custo sobre o princípio da legalidade, sob pena de tornar a Lei e a Constituição uma “carta de intenções”.

REFERÊNCIAS

ABÍLIO, Ludmila. **Uberização do trabalho: subsunção real da viração**. Blog da Boitempo, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3deKpWY>. Acesso em: 17 de jun. de 2022

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à Judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. In Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7547>. Acesso em: 11 jul. 2022.

BARROSO, Luiz Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BITTENCOURT, André Luiz Moro. **Manual dos benefícios por incapacidade laboral e deficiência**. 2a Ed. Curitiba: Alteridade editora, 2018.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 de jun. 2022.

BRASIL. **Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília/ DF. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm. Acesso em: 17 de jun. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.** Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil, Rio de Janeiro, 09 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm. Acesso em: 06 jun. 2022.

BOMFIM, Thiago Rodrigues de Pontes. **Os princípios constitucionais e sua força normativa: análise e prática jurisprudencial.** Salvador: JusPodivm, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**, 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades.** In Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pág. 7.

STRECK, Lênio Luiz. **Entre o ativismo e a judicialização da política: A difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada.** In EJLL Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4a Ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso. Constituição hermenêutica e teorias discursivas.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Constituição Dirigente e democracia. A Constituição Dirigente (ainda) como suporte normativo do desenvolvimento do projeto de modernidade periférica do Brasil**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Brasília: TRF-1ª Região, 1989-v., número 7, ano 20, julho de 2008.

ZAVASCKI, Teori. **Discurso de Teori Zavascki no Palácio do Planalto durante a cerimônia de sanção da Lei 13.300/2016**. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/o-discurso-de-teori-zavascki-no-palacio-planalto-o-pais-esta-enfermo>. Acesso em: 13 de junho de 2022