

FUNDAMENTOS DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO DIREITO BRASILEIRO: UMA PERSPECTIVA COMPARADA A PARTIR DO DIREITO ALEMÃO

Fernando Vogel Cintra⁵⁶

RESUMO: O artigo pretende contribuir para o esclarecimento dos fundamentos dogmáticos e doutrinários do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil e na Alemanha, tomando como ponto de partida o exame de aspectos fundamentais da ordem jurídica de cada um desses países. O artigo também pretende contribuir para o exame da prática do controle jurisdicional de políticas públicas, tomando como exemplo duas decisões significativas: no Brasil, a Reclamação nº 4.374/PE, que tinha como pano de fundo o benefício de prestação continuada previsto na Lei Orgânica de Assistência Social; e, na Alemanha, o caso *Hartz IV*, que versava sobre as prestações regulares da assistência fundamental para quem procura emprego. Ao final, apresentam-se algumas conclusões obtidas por meio da comparação de direito.

PALAVRAS-CHAVE: Direito administrativo brasileiro. Direitos sociais. Assistência social. Direito administrativo alemão. Prestações regulares.

⁵⁶ Bacharel em filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Mestre em filosofia contemporânea pela UFRGS. Bacharel em direito pela UFRGS. *Master of Laws* (LL.M.) pela University of Southern California (Gould School of Law) – USC. Doutorando em direito pela UFRGS. Advogado licenciado. Analista Processual da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2.1 Controle jurisdicional de políticas públicas no direito brasileiro. 2.2 Análise da Reclamação nº 4.374/PE. 3.1 Controle jurisdicional de políticas públicas no direito alemão. 3.2 Análise da decisão *Hartz IV*. 4. Conclusão. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende contribuir para a elaboração de uma resposta às seguintes questões: (i) quais são os principais fundamentos dogmáticos e doutrinários do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil e como isso pode ser exemplificado pela jurisprudência; (ii) quais são os principais fundamentos dogmáticos e doutrinários do controle jurisdicional de políticas públicas na Alemanha e como isso pode ser exemplificado pela jurisprudência.

Diante da amplitude do tema suscitado por essas questões e da estreiteza dos limites inerentes a uma exposição como a presente, não se pode abrigar aqui a pretensão de esgotar o assunto. Assim, é preciso deixar claro que a presente exposição visa a contribuir para a análise do controle da administração pública que é feito pelo Poder Judiciário – sem examinar, portanto, outras modalidades de controle da administração pública.

Outrossim, o exame da jurisprudência ficará restrito a uma decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro, que se julgou bem importante, e a uma decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, que também se considerou bastante significativa.

A expressão “políticas públicas” suscita dificuldades terminológicas, as quais não se pretende responder de forma definitiva no presente. É bom que se diga que, no texto da Constituição da República Federativa do Brasil, tal como promulgado em 5 de outubro de 1988, não há referência literal à expressão “políticas públicas”. A menção explícita à expressão só aparece com o advento da Emenda Constitucional nº 65, de 13 de julho de 2010, que modificou o texto constitucional para cuidar dos interesses da juventude, introduzindo a expressão “políticas públicas” no art. 227, §8º, inciso II da CRFB. Pouco tempo depois, a Emenda Constitucional nº 71, de 29 de novembro de 2012, que instituiu o Sistema Nacional de Cultura, também empregou literalmente a expressão “políticas públicas”, positivando-a no *caput* do art. 216-A da CRFB.

É oportuno destacar que tanto o art. 216-A quanto o art. 227, §8º, inciso II estão inseridos no Título VIII da CRFB, que regula a ordem social. Entretanto, o texto constitucional não define o que sejam políticas públicas.

Passando ao âmbito doutrinário, observa-se que a expressão “políticas públicas” admite definições as mais diversas. Maria Paula Dallari Bucci, por exemplo, trabalha com um conceito de políticas públicas que aqui poderia ser denominado de “amplo”, conforme se depreende da seguinte passagem:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo

administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.⁵⁷

Por seu turno, Ronald Dworkin, tomando como ponto de partida a distinção entre regras, políticas (*policies*) e princípios, chama de política (*policy*) aquele tipo de padrão que dispõe um objetivo a ser alcançado, geralmente uma melhoria em alguma característica econômica, política ou social da comunidade (embora alguns objetivos sejam negativos, na medida em que estipulam que alguma característica atual deva ser protegida de mudança adversa)⁵⁸.

Não há como passar em revista aqui todas as definições doutrinárias da expressão. Para os propósitos do presente, basta notar que as duas definições acima expostas convergem no seguinte: vinculam a ideia de políticas públicas à promoção de objetivos sociais relevantes por meio da escolha de meios estatais adequados e necessários. Nota-se ainda a sobreposição, ao menos parte, com o tema da efetivação dos direitos sociais, os quais podem ser classificados dogmaticamente como direitos a uma prestação estatal em sentido estrito.

⁵⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 38, nota de rodapé 12.

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1978. P. 22.

Desse modo, quando se fala do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, é importante ter em mente a distinção entre a *formulação ou fixação* de políticas públicas, a cargo do Poder Legislativo, e a *execução ou implementação* de políticas públicas, cometida aos diferentes órgãos do Poder Executivo. Nesse contexto, pode-se distinguir ainda entre (i) o controle pelo judiciário de uma política pública devidamente formulada pelo legislador, mas indevidamente executada pela administração pública; e (ii) o controle de uma política pública indevidamente formulada pelo legislador e indevidamente executada pela administração (por exemplo, em caso de omissão do legislador).

Outro aspecto a ser considerado nesta introdução diz respeito aos limites de uma comparação de direito como a que é aqui proposta. Os *argumentos comparativos* podem ser enquadrados no marco de uma teoria da argumentação jurídica, como aquela desenvolvida por Robert Alexy⁵⁹. Para ele, os argumentos comparativos, entendidos como aqueles concernentes às soluções praticadas nos ordenamentos

⁵⁹ De modo extremamente sintético, pode-se dizer que Alexy distingue entre dois aspectos da justificação ou fundamentação de proposições jurídicas, a justificação interna e a justificação externa. Na *justificação interna*, trata-se de determinar se a proposição se segue logicamente das premissas aduzidas para a justificação. O objeto da *justificação externa* é a correção dessas premissas. No contexto da justificação externa, Alexy distingue entre seis grupos de regras e formas da justificação externa: (1) as regras e formas da interpretação, (2) a argumentação “dogmática” (ou “doutrinária”), (3) o emprego de precedentes, (4) a argumentação prática geral e (5) a argumentação empírica, bem como (6) as formas de argumento jurídicas especiais. No âmbito de (1) acima, Alexy situa os cânones da interpretação, os quais, por sua vez, podem ser resumidos em seis grupos: na interpretação (i) semântica, (ii) genética, (iii) histórica, (iv) comparativa, (v) sistemática e (vi) teleológica. ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung**. 3ª ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. P. 273; 285; 289.

jurídicos de outras sociedades para o mesmo problema jurídico discutido, têm seu lugar no âmbito das regras e formas da interpretação, as quais estão situadas no âmbito da justificação externa de proposições jurídicas. Com isso está assegurada também a *racionalidade* dos argumentos comparativos. No entanto, a demonstração de tal proposição, que é aqui somente afirmada, não é possível nem conveniente empreender no curso da presente exposição, tendo de ser, por isso, pressuposta.

Em sentido semelhante vão Konrad Zweigert e Hein Kötz, ao dizer que, no começo de cada investigação comparativo-jurídica, está a colocação da questão ou hipótese de trabalho, abreviadamente a *ideia*⁶⁰, sem a qual no mundo do espírito nada prospera. Frequentemente, o sentimento crítico da inadequação de uma solução no ordenamento jurídico próprio conduz à investigação sobre se ordenamentos jurídicos estrangeiros talvez tenham resolvido melhor. Mas, por outro lado, a pura e inicialmente desinteressada pesquisa nos ordenamentos jurídicos estrangeiros pode afiar o sentido crítico para a solução doméstica e, assim, gerar a ideia da hipótese de trabalho⁶¹.

Fixadas essas premissas, verifica-se que o tema ora examinado está diretamente ligado à ideia de divisão dos poderes estatais. Sabe-se que Charles-Louis de Secondat, mais conhecido como Barão de Montesquieu, afirmou em sua obra *De l'esprit des lois* que, para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das

⁶⁰ *Einfall*.

⁶¹ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Einführung in die Rechtsvergleichung**: auf dem Gebiete des Privatrechts. 3^o ed. Tübingen: Mohr, 1996. P. 33.

coisas, o poder impeça o poder⁶². Sabe-se também que Montesquieu apresentou sua teoria sobre as leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição, distinguindo entre o poder legislativo, o poder de julgar e o poder executivo. Outrossim, sustentou que não há ainda liberdade se o poder de julgar não é separado do poder legislativo e do executivo. Se ele estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: porque o juiz seria legislador. Se ele estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor⁶³.

Nessa visão, os juízes da nação não seriam mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor⁶⁴.

Já no século XX, todavia, Hans Kelsen, ao discorrer sobre a dinâmica do direito, mais especificamente sobre a construção escalonada do ordenamento jurídico, argumentou que uma norma, que determina a produção de uma outra norma, é aplicada na, por ela determinada, produção da outra norma. Aplicação do direito é ao mesmo tempo produção do direito. Esses dois conceitos não apresentam, como aceito pela teoria tradicional, uma oposição absoluta. É incorreto distinguir entre atos produtores do direito e aplicadores do direito⁶⁵. Diante disso, constata-se que os três poderes

⁶² MONTESQUIEU. *De L'Esprit des Lois*. Paris: Éditions Gallimard, 1970. P. 167.

⁶³ MONTESQUIEU. *De L'Esprit des Lois*. Paris: Éditions Gallimard, 1970. P. 169.

⁶⁴ *Ibidem*. P. 178.

estatais (legislativo, executivo e judiciário) são ao mesmo tempo aplicadores e produtores do direito.

2.1 CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO DIREITO BRASILEIRO

Nesta seção, trata-se de examinar os principais pontos do controle jurisdicional de políticas públicas praticado no Brasil. Para tanto, convém ter em mente alguns aspectos fundamentais da ordem jurídica instituída pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Assim sendo, tem-se que o art. 2º positiva o princípio da divisão dos poderes em: legislativo, executivo e judiciário. Em sintonia com isso, o art. 48 da Constituição estabelece que cabe ao Congresso Nacional dispor sobre todas as matérias de competência da União; o art. 84, inc. II, da Constituição dispõe que compete privativamente ao Presidente da República exercer, com o auxílio dos Ministros de Estados, a direção superior da administração federal; e o art. 87, parágrafo único, inc. I da Constituição fixa que compete ao Ministro de Estado exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República. No tocante ao Poder Judiciário, a Constituição não lhe determina as competências de um modo geral, mas sim de um modo específico, isto

⁶⁵ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Mit einem Anhang: das Problem der Gerechtigkeit. 2ª ed. Viena: Franz Deuticke, 1960. P. 240.

é, discriminando as competências de cada órgão a ele pertencente (Supremo Tribunal Federal, Conselho Nacional de Justiça, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais e juízes federais, Tribunais e juízes do trabalho, Tribunais e juízes eleitorais, Tribunais e juízes militares, Tribunais e juízes dos estados, bem como do distrito federal e territórios). Como se sabe, a Constituição outorga precipuamente ao STF a competência para a guarda da Constituição (art. 102, *caput*).

Diante dessa divisão de poderes, bem como da Súmula nº 339 do STF, convertida recentemente na Súmula Vinculante nº 37⁶⁶, convém indagar qual o fundamento normativo que autoriza o controle da administração pública pelo Poder Judiciário. Ora, o art. 5º, inciso XXXV da Constituição positiva, entre o rol de direitos e garantias fundamentais do indivíduo, o direito a que a lei não exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Para Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁷, decorre disso a possibilidade de controle da administração pública pelo Poder Judiciário – até porque sustentar de modo contrário daria azo a eventual negativa de prestação jurisdicional.

Podem ser lembradas aqui também as normas positivando as chamadas *ações constitucionais*, já que elas pressupõem logicamente a pretensão ao gozo dos direitos fundamentais que visam a tutelar:

⁶⁶ “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia”.

⁶⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. P. 963.

habeas corpus (art. 5º, inc. LXVIII), mandado de segurança individual e coletivo (art. 5º, incs. LXIX e LXX), mandado de injunção (art. 5º, inc. LXXI), *habeas data* (art. 5º, inc. LXXII), ação popular (art. 5º, inc. LXXIII), bem como ação civil pública (art. 129, III).

Daí que a primazia dos direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira autoriza o controle da administração e de políticas públicas pelo Poder Judiciário. E essa possibilidade não se restringe aos direitos individuais, mas compreende também os direitos sociais⁶⁸.

Nesse contexto, vale lembrar que os artigos 6º a 11 da Constituição positivaram um significativo catálogo de direitos sociais: o art. 6º enuncia os direitos sociais a educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte⁶⁹, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados. O art. 7º, em seus trinta e quatro incisos, densifica o conteúdo do direito ao trabalho, com vistas à relação individual de trabalho. Já o art. 8º, estabelece a liberdade de associação profissional ou sindical. O art. 9º, por seu turno, versa sobre o direito de greve. O art. 10 diz respeito à representação dos trabalhadores em órgãos

⁶⁸ Nesse sentido, por exemplo, Paulo Otero: “A Lei Fundamental brasileira, encontrando nos direitos fundamentais o centro de seu discurso constitucional, estabelece também um conjunto de obrigações econômicas, sociais e culturais dos poderes públicos, enquanto expressão de correspondentes direitos titulados pelos cidadãos, tal como acontece em matéria de ‘seguridade social’ – aqui incluindo a saúde, a previdência social e a assistência social –, educação, cultura e desporto, ciência e tecnologia, comunicação social, meio ambiente, família, criança, adolescente e idoso e ainda no que respeita aos índios” (OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Volume I. Coimbra: Almedina, 2009. P. 352).

⁶⁹ Incluído no rol por força da Emenda Constitucional nº 90, de 15 de setembro de 2015.

públicos. Por fim, o art. 11 refere-se ao direito de representação dentro da própria empresa.

Andreas Joachim Krell chama atenção para o fato de que também a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º) é apta a provocar o controle jurisdicional, sempre que o legislador não cumpre (ou cumpre insuficientemente) o dever constitucional de concretizar imposições constitucionais concretas⁷⁰, situação recorrente no âmbito dos direitos sociais.

Neste ponto, é importante salientar que a *liberdade conformadora do legislador* não pode ser confundida com a discricionariedade administrativa exercida pelo Poder Executivo. Essa distinção é importante para a discussão sobre a extensão e a profundidade do controle jurisdicional da Administração Pública, a qual se liga aos conceitos de *poder vinculado* e *poder discricionário*. De acordo com Rafael Maffini, esses dois poderes são instrumentos de concretização de um mesmo princípio do direito administrativo, qual seja o princípio da legalidade administrativa, especialmente na sua feição de reserva legal⁷¹.

⁷⁰ KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999. P. 251.

⁷¹ MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 4ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 60.

Ora, há que se distinguir entre, de um lado, a possibilidade jurídica do controle jurisdicional de políticas públicas e, de outro lado, os critérios aptos a nortear esse controle.

Sendo assim, vale dizer que, para Ada Pellegrini Grinover, o Poder Judiciário pode exercer o controle das políticas públicas para aferir sua compatibilização com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º da CRFB)⁷². Dentro de limites, o Judiciário pode intervir nas políticas públicas – entendidas como programas e ações do Poder Público pretendendo atingir os objetivos fundamentais do Estado⁷³ – quer para implementá-las, quer para corrigi-las quando equivocadas⁷⁴.

Ainda segundo Grinover, o *pressuposto*, que autoriza a imediata judicialização do direito, é a restrição à garantia do mínimo existencial. Por outro lado, constituem *limites* à intervenção: a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a irrazoabilidade da escolha da lei ou do agente público; e a reserva do

⁷² GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 149.

⁷³ Note-se que essa definição é compatível com as outras definições expostas na introdução do presente trabalho.

⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 149.

possível, entendida tanto em sentido orçamentário-financeiro como em tempo necessário para o planejamento da nova política pública⁷⁵.

Prosseguindo, Grinover esclarece que todas as espécies de ações – na jurisdição constitucional (mandado de injunção, inclusive coletivo, ação de descumprimento de preceito fundamental e ação de inconstitucionalidade por omissão) – e na jurisdição ordinária – ações coletivas, individuais com efeitos coletivos, ou meramente individuais – são idôneas a provocar o controle e a eventual intervenção do Judiciário nas políticas públicas⁷⁶. No entanto, deve ser tomado cuidado na observância do pressuposto e dos limites em relação às ações estritamente individuais, cujo acolhimento diminuirá a verba destinada à política pública geral, embora elas possam ter efeito positivo, influenciando sobre a ampliação da política pública⁷⁷.

Finalmente, cumpre registrar que, na visão de Kazuo Watanabe, os direitos fundamentais sociais, sob a perspectiva de justiciabilidade imediata, ou seja, da possibilidade de tutela jurisdicional, podem ser distribuídos em três categorias: (i) os que correspondem ao núcleo básico do princípio da dignidade da pessoa humana e configuram o chamado “mínimo existencial”; (ii) os que, embora não estejam referidos ao “mínimo existencial”, estão previstos em normas constitucionais de “densidade suficiente” e por isto não são dependentes, para a judicialização, de prévia ponderação do Legislativo

⁷⁵ *Ibidem*. P. 149.

⁷⁶ *Ibidem*. P. 150.

⁷⁷ *Ibidem*. P. 150.

ou do Executivo por meio de política pública específica; (iii) os demais direitos fundamentais sociais, previstos em normas constitucionais de cunho programático⁷⁸.

Diante desse cenário, é útil mencionar o Projeto de Lei nº 8.058 de 2014 da Câmara dos Deputados, proposto pelo deputado federal Paulo Teixeira (PT/SP) e que pretende instituir processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário⁷⁹.

Se aprovado, o art. 2º do projeto de lei determinará que o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário seja regido, sem prejuízo de outros princípios que assegurem o gozo de direitos fundamentais sociais, pelos seguintes princípios: (i) proporcionalidade, (ii) razoabilidade, (iii) garantia do mínimo existencial, (iv) justiça social, (v) atendimento ao bem comum, (vi) universalidade das políticas públicas, e (viii) equilíbrio orçamentário. O projeto de lei também estabelece um processo especial para o controle jurisdicional de políticas públicas: prevê no art. 19 a figura de uma pessoa ou ente colaborador, denominado *comissário*, pertencente ou não ao Poder Público, e que também poderá ser instituição ou pessoa jurídica. O comissário ficará encarregado da implementação e acompanhamento das medidas necessárias à satisfação das obrigações de fazer

⁷⁸ WATANABE, Kazuo. O controle jurisdicional de políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 224.

⁷⁹Cumprer registrar que o projeto de lei resultou de pesquisas feitas no âmbito do CEBEPEJ - Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, então presidido pela Professora Ada Pellegrini Grinover.

sucessivas, abertas e flexíveis de que fala o art. 18 do projeto de lei, informando ao juiz, que poderá lhe solicitar quaisquer providências.

Assim, com vistas a traçar limites para a discricionariedade da administração pública na implementação e na execução de políticas públicas, o legislador infraconstitucional editou numerosas leis por meio das quais conferiu densidade normativa aos direitos sociais. Descabe aqui examiná-las todas⁸⁰; para os propósitos desta exposição, convém referir apenas a legislação atinente à *assistência aos desamparados*.

Tem-se assim que a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, dispôs sobre a organização da assistência social (LOAS). A lei encontra-se regulamentada em aspectos variados pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, pelo Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007 e pelo Decreto nº 7.788, de 15 de agosto de 2012. Os arts. 20 e 21 da LOAS tratam do Benefício de Prestação Continuada – BPC, o qual foi regulamentado pelo Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007. Convém notar que o art. 3º do Decreto determina ser o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS o responsável pela operacionalização do Benefício de Prestação Continuada.

⁸⁰ Tem-se, para o direito social à *educação*, a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabeleceu as diretrizes e bases da educação nacional, bem como a Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014, que aprovou o Plano Nacional de Educação para os 10 anos seguintes à publicação da lei. Para o direito social à *saúde*, tem-se a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispôs sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Para o direito social à *alimentação*, tem-se a Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006, que criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas a assegurar o direito humano à alimentação adequada, bem como a Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004, que criou o Programa Bolsa Família. Para o direito social à *previdência social*, tem-se a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social.

Na dicção legal, pois, 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. De acordo com o art. 1º, §2º, do Decreto nº 6.214/07, o BPC visa ao enfrentamento da pobreza, à garantia da proteção social, ao provimento de condições para atender contingências sociais e à universalização dos direitos sociais.

2.2 ANÁLISE DA RECLAMAÇÃO Nº 4.374/PE

Há um grande número de precedentes oriundos do Supremo Tribunal Federal com relevância para o estudo do tema que se está analisando⁸¹. Por exemplo, a Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, decidida monocraticamente pelo Ministro Celso de Mello⁸², e que, segundo Ada

⁸¹ Apenas a título de referência, podem ser citadas as seguintes decisões: ADI 1439 MC, RE 271286 AgR, Pet 2836 QO, AI 474444, RE 431773, RE 436996, RE 410715 AgR, STA 91, SL 235, RE 482611, STA 175 AgR.

⁸² “EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)”. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Arguição de

Pellegrini Grinover, constituiria o posicionamento mais representativo a favor da intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas⁸³.

Na ocasião, o Ministro Celso de Mello admitiu a intervenção do Poder Judiciário na concretização de políticas públicas, propondo, como critério para o controle jurisdicional, a satisfação de duas condições simultâneas, que se poderiam traduzir *“em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas”* (RTJ 200/195, Rel. Min. Celso de Mello).

Seja como for, o fato é que as limitações inerentes a um trabalho como este impedem um exame abrangente dos precedentes relevantes. Sendo assim, na presente seção, será analisada apenas uma decisão do STF, que foi escolhida por sua grande relevância.

Trata-se da Reclamação nº 4.374/PE, que teve como relator o Ministro Gilmar Mendes e foi julgada em 18/04/2013 pelo pleno do STF. Cuidava-se de uma reclamação ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) contra decisão proferida pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado de Pernambuco, nos autos do Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, julgamento em 18/04/2013.

⁸³ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 130.

processo nº 2005.83.20.009801-7, que havia concedido ao interessado o benefício assistencial previsto no art. 203, inciso V, da Constituição⁸⁴ (p. 04)⁸⁵.

O INSS alegou violação à decisão proferida pelo STF na ADI nº 1.232/DF, em que o STF declarou a constitucionalidade do §3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993⁸⁶, que estabelece critérios para a concessão do benefício assistencial previsto no art. 203, inciso V, da Constituição (p. 06)

O Ministro Gilmar Mendes proferiu decisão monocrática em 1º de fevereiro de 2007, em que indeferiu o pedido de liminar (p. 07).

O extenso voto do relator teve sua fundamentação dividida em cinco partes: (1) considerações iniciais: o histórico da concessão judicial do benefício assistencial e sua repercussão na jurisprudência do STF; (2) a revisão da decisão na ADI nº 1.232 em sede de reclamação; (3) o julgamento da ADI nº 1.232 e a possível constatação da omissão inconstitucional parcial em relação ao dever constitucional de efetivar o comando do art. 203, V, da Constituição; (4) o processo de

⁸⁴Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...] V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

⁸⁵Referências às páginas do inteiro teor do acórdão.

⁸⁶ “§ 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.”.

inconstitucionalização do §3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 (LOAS); e, por fim, (5) o dispositivo da decisão.

Na primeira parte do voto, pois, o Ministro Gilmar Mendes traçou o histórico da concessão judicial do benefício assistencial e sua repercussão na jurisprudência do STF. Começou pela análise da ADI nº 1.232, que o STF apreciou em 1998, julgando-a ao final improcedente⁸⁷. Na ocasião, o STF decidiu imbuído de um espírito de *self restraint*, de modo a interpretar de maneira restritiva a extensão do direito fundamental positivado pelo art. 203, V, da Constituição e regulamentado pela Lei nº 8.742/93 (LOAS).

Tal decisão, entretanto, não removeu o problema da lacuna normativa existente, qual seja: a regulamentação dada pela Lei nº 8.742/93 (LOAS) não era capaz de abarcar adequadamente a realidade social. Desse modo, a inventividade hermenêutica da jurisprudência encontrou outras formas de contornar o problema.

Nesse sentido, a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais chegou a editar a Súmula 11, depois cancelada, cujo texto dizia que "a renda mensal per capita familiar superior a ¼ do salário mínimo não impede a concessão do

⁸⁷“EMENTA: CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.”. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232, Relator Ministro Ilmar Galvão, Relator para o Acórdão: Ministro Nelson Jobim, Brasília, julgamento em 27/08/1998.

benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742, de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante”. Ou seja, alargando o círculo de possíveis titulares do benefício.

Contra esse entendimento ampliativo, o INSS passou a ajuizar inúmeras reclamações e a interpor incontáveis recursos extraordinários, tendo sua pretensão acolhida pelo STF. O Ministro Gilmar Mendes cita, como exemplo disso, o Agravo Regimental na Reclamação nº 2.303/RS⁸⁸.

O Relator mencionou também a proliferação de leis editadas no campo do direito social, assinalando que isso foi visto pelos aplicadores da LOAS como um fato revelador de que o próprio legislador estaria reinterpretando o art. 203 da Constituição da República. Em consequência, juízes e tribunais passaram a estabelecer o valor de ½ salário mínimo como referência para aferição da renda familiar *per capita* (p. 12).

Nesse contexto, a Turma Regional de Uniformização da 4ª Região editou a Súmula nº 06/2004, cujo texto dizia: “O critério de verificação objetiva da miserabilidade correspondente a ¼ (um quarto) do salário mínimo, previsto no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, restou modificado para ½ (meio) salário mínimo, a teor do disposto no art. 5º,

⁸⁸“RECLAMAÇÃO. SALÁRIO MÍNIMO. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E IDOSO. ART. 203. CF. A sentença impugnada ao adotar a fundamentação defendida no voto vencido afronta o voto vencedor e assim a própria decisão final da ADI 1.232. Reclamação procedente.”. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Agravo Regimental na Reclamação nº 2.303/RS, Relatora Ministra Ellen Gracie, Brasília, julgamento em 13/05/2004.

I, da Lei nº 9.533/97, que autorizava o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos Municípios que instituíssem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas, e art. 2º, § 2º, da Lei nº 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA”.

Mesmo assim, o STF manteve seu entendimento restritivo, como se observa, por exemplo, na Reclamação nº 2.323/PR⁸⁹.

Entretanto, o Relator afirma que, a partir do ano de 2006, decisões monocráticas de alguns Ministros do STF passaram a rever anteriores posicionamentos, para o efeito de negar seguimento às reclamações ajuizadas pelo INSS (p. 14). Importante exemplo dessa alteração pode ser encontrado na Reclamação nº 3.805/SP, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia⁹⁰.

⁸⁹ “EMENTA: RECLAMAÇÃO. ARTIGO 20 DA LEI N. 8.742/93. DESRESPEITO À DECISÃO PROFERIDA QUANDO DO JULGAMENTO DA ADI N. 1.232. A sentença que, embora tenha afirmado a constitucionalidade do artigo 20 da Lei n. 8.742/93, ignorou seu comando, afronta a autoridade de decisão proferida por esta Corte no julgamento da ADI n. 1.232. Pedido julgado procedente.”. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Reclamação nº 2.323/PR, Relator Ministro Eros Grau, Brasília, julgamento em 07/04/2005.

⁹⁰ “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. BENEFÍCIO DE AMPARO ASSISTENCIAL. ART. 20 DA LEI N. 8.742/1993. ALEGADO DESCUMPRIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.232/DF. NÃO CUMPRIMENTO DO REQUISITO EXIGIDO NO ART. 317, § 1º, DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Os fundamentos da decisão agravada não foram impugnados pelo Agravante, que se limitou a reiterar os argumentos apresentados na inicial. Precedentes. 2. Decisão agravada mantida pelos seus próprios fundamentos. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.”. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Agravo Regimental na Reclamação nº 3.805/SP, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Brasília, julgamento em 01/07/2009.

Tudo isso, segundo o Ministro Gilmar Mendes, levou-o à decisão monocrática proferida na própria Reclamação nº 4.374/PE, em que passou a indeferir as pretensões cautelares do INSS (p. 18).

Por fim, em 9 de fevereiro de 2008, o STF reconheceu, no âmbito do Recurso Extraordinário nº 567.985 (Rel. Min. Marco Aurélio)⁹¹, a existência de repercussão geral na questão constitucional relativa à concessão do benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição.

Feito o exame histórico e jurisprudencial da questão, o Ministro Gilmar Mendes, na segunda parte de seu voto, passou a analisar a possibilidade de que, em sede de reclamação, o Tribunal pudesse rever seu posicionamento quanto à decisão tida por violada, especificamente a decisão proferida na ADI nº 1.232.

Para o Relator, é natural que o Tribunal, ao realizar o exercício – típico do julgamento de qualquer reclamação – de confronto e comparação entre o ato impugnado (o *objeto* da reclamação) e a decisão ou súmula tida por violada (o *parâmetro* da reclamação), sinta a necessidade de reavaliar o próprio parâmetro e redefinir seus contornos fundamentais (p. 22-23).

Em seguida, o Ministro citou diversos casos do STF em que isso foi admitido. Segundo Gilmar Mendes, “é por meio da reclamação [...]

⁹¹“REPERCUSSÃO GERAL - BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA - IDOSO - RENDA PER CAPITA FAMILIAR INFERIOR A MEIO SALÁRIO MÍNIMO - ARTIGO 203, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Admissão pelo Colegiado Maior.”. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 567.985/MT, Relator Ministro Marco Aurélio, Brasília, julgamento em 08/02/2008.

que as decisões do Supremo Tribunal Federal permanecem abertas a esse constante processo hermenêutico de reinterpretação levado a cabo pelo próprio Tribunal. A reclamação, dessa forma, constitui o *locus* de apreciação, pela Corte Suprema, dos processos de *mutação constitucional* e de *inconstitucionalização de normas* (*des Prozess des Verfassungswidrigwerdens*), que muitas vezes podem levar à redefinição do conteúdo e do alcance, e até mesmo à superação, total ou parcial, de uma antiga decisão” (p. 25).

Na terceira parte de seu voto, o Ministro Gilmar Mendes abordou a omissão inconstitucional parcial em relação ao dever constitucional de efetivar a norma do art. 203, V da Constituição. Afirmou que o STF, ao decidir a ADI nº 1.232, não deixou de constatar que o dispositivo legal questionado era insuficiente para cumprir integralmente o comando constitucional do art. 203, V da Constituição da República (p. 31-32).

O Relator apontou que, naquela ocasião, o voto do Ministro Pertence já enfatizava a insuficiência e, portanto, a *omissão inconstitucional parcial* presente do art. 20 da Lei 8.742/1993 (Lei de Organização da Assistência Social – LOAS) (p. 33). Para Gilmar Mendes, já se fazia claro no entendimento dos Ministros que o critério objetivo previsto na LOAS não era por si só inconstitucional, mas, por outro lado, era visivelmente insuficiente para possibilitar a efetividade do benefício assistencial assegurado pelo art. 203, V, da Constituição (p. 33).

Ocorre que, na época, o STF mantinha firme posicionamento pela *infungibilidade* das ações diretas de inconstitucionalidade por ação

e por omissão, assim como entendia que a constatação da omissão inconstitucional apenas deveria ser comunicada ao legislador (p. 34).

Indo adiante, o Ministro Gilmar Mendes destacou que a Constituição de 1988 instituiu ambiciosa agenda social, com a incorporação de número elevado de direitos sociais, inclusive alguns de perfil fortemente programático, como o direito a um salário mínimo capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador urbano e rural (art. 7º, IV), e à assistência social para todos aqueles que dela necessitarem (art. 203) (p. 34-35).

Nesse contexto, o Relator reconheceu duas dimensões do direito ao benefício assistencial de um salário mínimo: a *dimensão subjetiva*, que o torna um típico direito público subjetivo de caráter positivo, o qual impõe ao Estado obrigações de ordem normativa e fática. Trata-se, nesse sentido, de um direito à prestação em face do Estado, o qual fica obrigado a assegurar as condições *normativas* (edição de normas e conformação de órgãos e procedimentos) e *fáticas* (manutenção de um estado de coisas favorável, tais como recursos humanos e financeiros) necessárias à efetividade do direito fundamental (p. 37).

Na *dimensão objetiva*, o direito fundamental à assistência social assume o importante papel de norma constitucional vinculante para o Estado, especificamente para os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Ela assim impõe ao legislador um dever constitucional de legislar, o qual deve ser cumprido de forma adequada (p. 37). O não cumprimento total ou parcial desse dever constitucional de legislar gera,

impreterivelmente, um estado de proteção insuficiente do direito fundamental (p. 37).

Gilmar Mendes citou Claus-Wilhelm Canaris, ao dizer que haveria não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*).

Diante disso, argumentou o Relator, o STF, provavelmente, não tomaria a mesma decisão que foi proferida, em 1998, na ADI nº 1.232.

O Ministro Gilmar Mendes referiu que o STF passou a adotar sentenças de perfil aditivo, tal como ocorreu no conhecido caso do direito de greve dos servidores públicos. Afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, o Tribunal, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, passou a aceitar a possibilidade de uma *regulação provisória do tema pelo próprio Judiciário* (p. 39-40). Foram citados o MI 670, Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes; o MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes e o MI 712, Rel. Min. Eros Grau.

O Relator acrescentou que, recentemente, o STF revisou sua jurisprudência e passou a adotar o entendimento segundo o qual existe uma fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão (p. 40)

O Ministro Gilmar Mendes afirmou então que seria o caso de se adotar uma decisão parecida com a que o Tribunal Constitucional Federal alemão proferiu no caso Hartz IV. Referiu que a lei do Hartz IV

fez alterações no sistema de assistência social da Alemanha e unificou os benefícios de auxílio-desemprego (*Arbeitslosenhilfe*) e da assistência social (*Sozialhilfe*), criando um novo “auxílio desemprego II” (*Arbeitslosenhilfe II*), destinado a pessoas que, ainda que aptas ao mercado de trabalho, estejam desempregadas (p. 41).

Após discorrer sobre as particularidades do caso, o Relator afirmou que certos aspectos da Lei do Hartz IV foram declarados inconstitucionais pelo Tribunal, que entendeu, entretanto, que sua pronúncia de nulidade poderia gerar uma situação pior da que a já vigente. O Tribunal decidiu que os dispositivos, ainda que inconstitucionais, deveriam permanecer aplicáveis até que nova legislação fosse elaborada. Para isso, foi fixado um prazo ao legislador para estabelecer um novo procedimento, compatível com a Lei Fundamental – no caso, 31 de dezembro de 2010, final do ano seguinte à decisão (p. 43).

Na quarta parte de seu voto, o Ministro Gilmar Mendes argumentou em prol de um processo de inconstitucionalização do §3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 (LOAS). Fez isso com base nas significativas mudanças fáticas e jurídicas experimentadas pela sociedade brasileira desde a decisão da ADI nº 1.232 em 1998.

Referiu que as legislações em matéria de benefícios previdenciários e assistenciais trouxeram critérios econômicos mais generosos, aumentando para $\frac{1}{2}$ do salário mínimo o *valor padrão* da renda familiar *per capita*. Para exemplificar, citou a Lei nº 10.689, de 13 de junho de 2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à

Alimentação – PNAA; e a Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004, que criou o Programa Bolsa Família (p. 44).

Para o Ministro Gilmar Mendes, isso demonstraria que o critério de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo utilizado pela LOAS estaria completamente defasado, bem como indicaria que o próprio legislador estaria reinterpretando o art. 203 da Constituição segundo parâmetros econômico-sociais distintos daqueles que serviram de base para a edição da LOAS no início da década de 1990 (p. 45).

Portanto, seria possível verificar um estado de inconstitucionalidade superveniente, resultado de um 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) (p. 45).

Em seguida, o Ministro Gilmar Mendes passou a tecer considerações sobre os significativos impactos orçamentários da elevação do critério de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo para $\frac{1}{2}$ do salário mínimo.

O Relator abordou também a necessidade de o legislador tratar a matéria de benefícios assistenciais e previdenciários de maneira sistemática, o que não ocorreu no caso (p. 48).

Concluindo seu voto, na quinta e última parte, o Ministro Gilmar Mendes propôs que o STF julgasse improcedente a reclamação, e em seu bojo revisasse a decisão anteriormente proferida na ADI nº 1.232 e

declarasse a inconstitucionalidade do §3º do art. 20 da Lei 8.742 (LOAS), sem pronúncia da nulidade, de forma a manter-se a sua vigência até o dia 31 de dezembro de 2014 (p. 50).

Seguiu-se debate entre os Ministros da Corte, em que as principais questões debatidas foram o conhecimento ou não da reclamação, bem como a possibilidade jurídica de se operar uma mudança do que restou julgado na ADI nº 1.232 em sede de reclamação.

3.1 CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO DIREITO ALEMÃO

Nesta seção, trata-se de examinar os principais pontos do controle jurisdicional de políticas públicas praticado na Alemanha. Para tanto, convém ter em mente alguns aspectos fundamentais da ordem jurídica instituída pela Lei Fundamental para a República Federativa da Alemanha de 1949.

Assim sendo, tem-se que o art. 20, seção 2, segunda frase, positiva o princípio da divisão dos Poderes⁹² em Legislativo, Executivo e Judiciário. O art. 77, seção 1 dispõe que as leis federais são decididas pelo Parlamento Federal; elas devem ser imediatamente enviadas ao Conselho Federal após sua aprovação pelo Presidente do Parlamento Federal. Por seu turno, o art. 65 dispõe que o Chanceler Federal

⁹²Cf. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução da 20ª. ed. alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 365, número de margem 475 e seguintes.

determina as diretrizes da política e carrega a responsabilidade disso; no interior dessas diretrizes, cada Ministro Federal conduz sua área de atuação autonomamente e sob responsabilidade própria. Finalmente, de acordo com o art. 92 da Lei Fundamental, o Poder Judiciário é confiado aos juízes; ele é exercido pelo Tribunal Constitucional Federal, pelos tribunais supremos previstos na Lei Fundamental e pelos tribunais dos estados.

Complementando essa determinação, tem-se, segundo o art. 95 (1) da Lei Fundamental, que a União institui, para os âmbitos da jurisdição ordinária, administrativa, financeira, trabalhista e social, como tribunais supremos, o Tribunal Federal, o Tribunal Administrativo Federal, o Tribunal Financeiro Federal, o Tribunal Trabalhista Federal e o Tribunal Social Federal.

Assim, merece destaque a situação de existir na Alemanha uma jurisdição administrativa subordinada ao Tribunal Administrativo Federal, ao lado de uma jurisdição social encabeçada pelo Tribunal Social Federal. Nesse quadro normativo, a possibilidade jurídica de controle da administração pública pelo Poder Judiciário decorre expressamente do § 42 (1) da Ordem Judiciária Administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung*), que dispõe que, por meio de ação, pode a rejeição de um ato administrativo (ação anulatória) bem como a condenação à edição de um ato administrativo declinado ou omitido (ação de obrigação) ser pretendida. Também o § 54 (1) da Lei Judiciária Social (*Sozialgerichtsgesetz*) prevê de modo expresso que, por meio de ação, pode a rejeição de um ato administração ou sua

alteração bem como a condenação à edição de um ato administrativo declinado ou omitido ser pretendida.

A Lei Fundamental positiva o princípio do estado federal social no art. 20 (1), mas não positiva os direitos sociais em espécie. Nesse sentido, afirma Konrad Hesse que objetivos estatais sociais nomeados em particular, como o cuidado pelas necessidades existenciais: trabalho, habitação suficiente e segurança social, ao contrário, não encontraram acolhimento na Lei Fundamental. Em vez disso, a Lei Fundamental restringe-se a uma *determinação de objetivo estatal geral*: à fórmula do estado de direito social⁹³. Ainda segundo Hesse, a amplitude dessa fórmula dificulta uma determinação de seu conteúdo, e, assim, esse conteúdo sempre é discutido⁹⁴.

Hans-Jürgen Papier destaca que, diferentemente da Constituição de Weimar de 1919, a Lei Fundamental não contém um programa social expresso, uma constituição social material. O princípio do estado social da Lei Fundamental distingue-se muito mais por meio de uma relativa indeterminação e abertura conteudística⁹⁵. No debate público, castiga-se, por exemplo, o abismo cada vez mais profundo entre pobres e ricos, entre as prestações regulares para a garantia do sustento de vida dos recebedores de Hartz IV, de um lado, e os rendimentos

⁹³ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução da 20ª. ed. alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 172, número de margem 208.

⁹⁴ *Ibidem*. P. 172, número de margem 208.

⁹⁵ PAPIER, Hans-Jürgen. Das Sozialstaatsgebot des Grundgesetzes - der rechtliche Rahmen der sozialen Sicherung; in: PÖTTERING, Hans-Gert (org.). **Die Zukunft des Sozialstaates**. Freiburg: Herder, 2011. P. 47 - 72. P. 49.

milionários anuais de diretores executivos de empresas listadas no DAX⁹⁶ como sendo injustiças sociais⁹⁷.

Na visão de Luís Afonso Heck, o Tribunal Constitucional Federal sempre acentuou que a realização e o aperfeiçoamento do Princípio do Estado Social cabem ao legislador⁹⁸.

Entretanto, vale notar que, no plano constitucional estadual, há direitos sociais positivados em diversas constituições estaduais. Por exemplo, no art. 106 (1) da Constituição Bávara tem-se que cada morador da Bavária tem pretensão a uma moradia adequada. Por seu turno, o art. 166 (2) dispõe que cada um tem o direito de obter para si uma existência adequada por meio do trabalho.

Já a Constituição de Hessen dispõe, em seus artigos 27 a 47, sobre direitos e deveres sociais e econômicos. O art. 28 (2), por exemplo, determina que todos têm de acordo com suas capacidades um direito ao trabalho e, irrespectivamente de sua liberdade pessoal, o dever moral de trabalho. O art. 28 (3) acrescenta que quem é desempregado sem culpa, tem pretensão ao sustento necessário para

⁹⁶ Abreviação de *Deutscher Aktienindex*, índice de ações negociadas na bolsa de valores de Frankfurt.

⁹⁷ PAPIER, Hans-Jürgen. Das Sozialstaatsgebot des Grundgesetzes - der rechtliche Rahmen der sozialen Sicherung; in: PÖTTERING, Hans-Gert (org.). **Die Zukunft des Sozialstaates**. Freiburg: Herder, 2011. P. 47 - 72. P. 49.

⁹⁸ HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais**: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012. P. 237.

si e para seus dependentes justificados ao sustento, sendo que a lei regula o seguro-desemprego.

A Constituição de Baden-Württemberg, em seu art. 11, dispõe que cada pessoa jovem tem, sem consideração a sua origem ou situação econômica, o direito a uma educação e formação correspondente a sua capacidade.

Por seu turno, a Constituição de Sachsen reconhece no art. 7 (1) o direito de cada pessoa a uma existência (*Dasein*) humanamente digna, especificamente ao trabalho, à moradia adequada, ao sustento de vida adequado, ao seguro social e à formação, como objetivos estatais. Por seu turno, o art. 13 determina que o Estado tem o dever, conforme suas forças, de objetivar e de alinhar sua ação com os objetivos estatais dispostos na constituição.

Finalmente, a Constituição de Thüringen estabelece no art. 43 que o estado livre (*Freistaat*) tem o dever, conforme suas forças e no quadro de suas competências, de objetivar e de alinhar sua ação com a efetivação dos objetivos estatais dispostos na constituição. No art. 15, trata da moradia como objetivo estatal e “tarefa do estado”.

Voltando ao plano federal, mas agora centrando a análise no âmbito infraconstitucional, observa-se que os direitos sociais em espécie encontram sua positivação no chamado Código Social (*Sozialgesetzbuch* – SGB). O SGB possui uma parte geral e uma parte especial.

A *parte geral* do SGB compõe-se de doze livros, que regulam os mais diversos aspectos da ordem social, tais como: (I) programa básico do SGB, bem como prescrições de definição e processo; (II) assistência fundamental para quem procura emprego⁹⁹; (III) promoção do emprego; (IV) prescrições gerais para o seguro social; (V) seguro-saúde legal; (VI) seguro de aposentadoria legal; (VII) seguro acidente legal; (VIII) auxílio infantil e juvenil; (IX) reabilitação e inclusão de pessoas com deficiência; (X) procedimento administrativo e proteção de dados sociais; (XI) seguro de assistência física; e (XII) assistência social.

A *parte especial* do SGB compõe-se, por força do §68 do SGB I, de seis leis esparsas: (1) lei federal de promoção da formação (BAföG), (2) lei para a assistência das vítimas de guerra (BVG), (3) lei para assistência de soldados (SVG), (4) lei para indenização de vítimas (OEG), (5) lei de auxílio-moradia (WoGG), e (6) lei de auxílio-criança federal (BKGG).

Indo além, os §§3 – 10 do SGB I positivam direitos sociais (*soziale Rechte*) em espécie.

Ainda nesse contexto, vale a pena referir, para os propósitos deste trabalho, a seguinte passagem, extraída de publicação do Ministério Federal para o Trabalho e o Social:

Seguindo o princípio do estado social ancorado na Lei Fundamental, nós garantimos como sociedade a todas as pessoas que, mesmo no caso de um longo tempo sem capacidade de trabalho, para o mínimo existencial

⁹⁹ Este segundo livro do SGB compõe a parte essencial da chamada “Lei *Hartz IV*”, que sua constitucionalidade questionada em diversas ações, entre as quais a ação cuja decisão é analisada no item 3.2 deste trabalho.

humanamente digno estará provido: que a moradia será paga, bem como tudo que pertence à vida diária.

A assistência fundamental para quem procura emprego presta exatamente isso: nós oferecemos auxílio para deixar rapidamente o desemprego. E nós apoiamos os desempregados e suas famílias financeiramente. Quem recebe prestações do estado, portanto da contribuinte e do contribuinte, deve reciprocamente colaborar de modo ativo para que ele ou ela possa andar com as próprias pernas o mais rápido possível. Isso é do interesse da sociedade, mas também é do interesse do próprio afetado. Promover e exigir¹⁰⁰ são os princípios fundamentais, pelos quais nos guiamos¹⁰¹.

Após essas considerações acerca do arcabouço jurídico com respeito ao qual se pode falar de políticas públicas e direitos sociais na Alemanha, convém apoiar-se também em alguns apontamentos da doutrina que são aptos a lançar luz sobre o tema.

Assim é que Hans Wolff, Otto Bachof e Rolf Stober oferecem uma esclarecedora categorização da administração pública nos seguintes termos: (a) administração ordenadora (sobretudo administração de intervenção), (b) administração de prestação e de asseguramento, (c) administração planejadora, (d) administração preservadora, (e) administração de necessidades, e (f) administração como agente econômico¹⁰².

¹⁰⁰ *Fördern und fordern.*

¹⁰¹ REPÚBLICA FEDERATIVA DA ALEMANHA. **Grundsicherung für Arbeitsuchende:** Sozialgesetzbuch SGB II Fragen und Antworten. Bonn: Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2015. P. 6.

¹⁰² WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. **Verwaltungsrecht:** ein Studienbuch. Band 1. 11ª ed. München: Beck, 1999. P. 54-59, números de margem 5 a 10.

Por seu turno, Hartmut Maurer reafirma a distinção tradicional entre a administração de intervenção e administração de prestação¹⁰³. *Administração de intervenção (Eingriffsverwaltung)* existe quando a administração intervém na esfera jurídica do cidadão e limita sua liberdade e propriedade, quando ela, portanto, impõe ao cidadão obrigações e agravamentos. *Administração de prestação (Leistungsverwaltung)*, ao contrário, deve ser aceita, quando ela concede ao cidadão prestações ou outras vantagens. No primeiro caso, a administração apresenta-se ordenadora e, em caso de necessidade, impõe suas ordens com coerção, no segundo caso, a administração oferece-se auxiliar e fomentadora¹⁰⁴.

Steffen Detterbeck também trabalha com a distinção entre administração de intervenção e administração de prestação, acrescentando que, nesta última, se deixa colocar a questão sobre a necessidade de existência de uma lei formal específica¹⁰⁵ - pois como a administração de prestação não está infringindo na esfera de liberdade do indivíduo, poder-se-ia imaginar que o alcance de uma prestação pelo estado prescindiria de expressa previsão legal. Essa ideia é compatível com a assertiva de Ingo von Münch, consoante o qual, na visão do Tribunal Constitucional Federal, existe “uma especial liberdade

¹⁰³No mesmo sentido, ARZT, Günther. **Einführung in die Rechtswissenschaft: Grundfragen mit Beispielen aus dem deutschen Recht.** Neuwied; Krefeld; Berlin: Luchterhand, 1996. P. 139.

¹⁰⁴MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral.** Tradução da 14ª ed. rev. e compl. por Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006. P. 8, número de margem 20.

¹⁰⁵DETTERBECK, Steffen. **Allgemeines Verwaltungsrecht.** München: Beck, 2002. P. 165. Números de margem 589 a 591.

conformadora do legislador” (isto é, uma especialmente ampla liberdade conformadora do legislador)¹⁰⁶ no campo da administração asseguradora (isto é, administração de prestação).

Ora, a distinção entre administração de intervenção e administração de prestação, por certo, deve ser entendida em conexão com o conceito e a divisão dos direitos a uma prestação por parte do Estado. Seguindo aqui Robert Alexy, tem-se que os direitos a uma prestação (em sentido amplo) deixam-se dividir em três grupos: (1) direito à proteção, (2) direito à organização e ao procedimento e (3) direitos a prestações em sentido estrito¹⁰⁷ – nos quais estão, portanto, compreendidos os direitos sociais.

Ainda nessa conexão, Alexy observa que a justiciabilidade dos direitos a ações negativas (direitos de defesa) sempre causa menos problemas que a dos direitos a ações positivas (direitos a prestações). Uma razão essencial para isso reside em uma distinção teórico-estrutural simples, porém fundamental. Se é *proibido* violar ou intervir em algo, então é *qualquer* ação, que apresenta ou efetua uma violação ou intervenção, proibida. Contrariamente a isso, se é *ordenado* proteger ou promover algo, *nem toda* ação, que apresenta ou efetua uma proteção ou promoção, ordenada¹⁰⁸. Em outras palavras, no âmbito dos

¹⁰⁶MÜNCH, Ingo von. Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. In: ERICHSEN, Hans-Uwe; MARTENS, Wolfgang (organizadores). **Allgemeines Verwaltungsrecht**. 7ª ed. Berlin; New York: de Gruyter, 1985. P. 25.

¹⁰⁷ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2ª ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. P. 405.

¹⁰⁸ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2ª ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. P. 420.

direitos a uma prestação há sempre um espaço de apreciação para a escolha entre as diversas maneiras de satisfazer o mandamento.

Diga-se de passagem que, talvez por não perceber a exata dimensão dessa distinção estrutural, juristas mais antigos chegassem ao ponto de negar a existência de direitos sociais, como, por exemplo, Carl Schmitt, para o qual os direitos fundamentais em sentido próprio seriam apenas direitos de liberdade individualísticos, não as pretensões sociais¹⁰⁹.

Por fim, observa-se que o controle jurisdicional de políticas públicas na Alemanha leva em conta a relativamente grande liberdade conformadora do legislador infraconstitucional na definição das prestações que devem ser oferecidas ao indivíduo pela administração pública.

3.2 ANÁLISE DA DECISÃO HARTZ IV

Na presente seção, trata-se de expor e analisar um precedente marcante do Tribunal Constitucional Federal da República Federativa da Alemanha, registrado em BVerfGE 125, 175, no qual se discutiu a constitucionalidade da Quarta Lei para Serviços Modernos no Mercado de Trabalho, de 24 de dezembro de 2003¹¹⁰.

¹⁰⁹SCHMITT, Carl. **Verfassungslehre**. 3ª ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1957. P. 164-165.

¹¹⁰ „Viertes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003“ (BGBl I S. 2954, 2955), que passou a compor o SGB II. A lei é comumente chamada de *Hartz IV*, em alusão ao sobrenome do presidente da “Comissão para a Redução do Desemprego e para a Reestruturação do Instituto Federal para o Trabalho”, Dr. Peter Hartz, que havia atuado como executivo na Volkswagen AG.

Questionou-se aí a compatibilidade do §20, (1) a (3)¹¹¹ e do §28 (1)(3)(1)¹¹² do SGB II, na redação dada pelo art. 1º da lei *Hartz IV*, com a Lei Fundamental, mais especificamente com o art. 1 (1), art. 3 (1), art. 6 (1) e (2), bem como art. 20 (1) e (3) da Lei Fundamental. Tratava-se, pois, de decidir se o montante da prestação regular para garantia do sustento vital para adultos e crianças até a conclusão do 14º aniversário, no lapso temporal de 1º de janeiro de 2005 até 30 de junho de 2005, era compatível com a Lei Fundamental.

A decisão julgou conjuntamente três procedimentos de controle de normas concretos, um proveniente do Tribunal Social do Estado de Hessen e outros dois provenientes do Tribunal Social Federal.

¹¹¹„§ 20 Regelleistung zur Sicherung des Lebensunterhalts

(1) Die Regelleistung zur Sicherung des Lebensunterhalts umfasst insbesondere Ernährung, Kleidung, Körperpflege, Hausrat, Bedarfe des täglichen Lebens sowie in vertretbarem Umfang auch Beziehungen zur Umwelt und eine Teilnahme am kulturellen Leben. Nicht umfasst sind die in § 5 Abs. 2 Satz 2 dieses Buches genannten Leistungen nach dem Zwölften Buch.

(2) Die monatliche Regelleistung beträgt für Personen, die allein stehend oder allein erziehend sind oder deren Partner minderjährig ist, in den alten Bundesländern einschließlich Berlin (Ost) 345 Euro, in den neuen Bundesländern 331 Euro.

(3) Haben zwei Angehörige der Bedarfsgemeinschaft das 18. Lebensjahr vollendet, beträgt die Regelleistung jeweils 90 vom Hundert der Regelleistung nach Absatz 2. Die Regelleistung für sonstige erwerbsfähige Angehörige der Bedarfsgemeinschaft beträgt 80 vom Hundert der Regelleistung nach Absatz 2.”

¹¹²“§ 28 Sozialgeld

(1) . . . Hierbei gelten ergänzend folgende Maßgaben:

1. Die Regelleistung beträgt bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres 60 vom Hundert und im 15. Lebensjahr 80 vom Hundert der nach § 20 Abs. 2 maßgebenden Regelleistung;”

Os demandantes do processo 1 BvL 1/09 compunham uma família de três pessoas, sendo o demandante nascido em 1962, sua esposa nascida em 1963 e a filha em comum nascida em 1994. Eles recebiam desde 1º de janeiro de 2005 prestações da assistência fundamental para quem procura emprego. Para o lapso temporal, que era objeto do litígio, de 1º de janeiro de 2005 até 30 de junho de 2005, concedia-lhe a ré¹¹³ do processo original prestações mensais no montante total de 825 euros. A concessão compreendia prestações para moradia e aquecimento no total de 150 euros, uma prestação regular para o demandante (1) e para a demandante (2) no montante de 311 euros cada, e uma prestação regular no montante de 53 euros para o demandante (3), a qual resultava da prestação regular legal no montante de 207 euros, porque o auxílio-criança no montante de 154 euros mensais era levado em conta (BVerfGE 125, 175 <205>). Os demandantes pleitearam perante a corte social a concessão de prestações mais elevadas, com o fundamento de que as prestações regulares mensais não bastavam para a garantia de seu mínimo existencial (BVerfGE 125, 175 <205>).

O processo foi apresentado para conhecimento do Tribunal Constitucional Federal em conformidade com o dever de apresentação judicial (*“Richtervorlage”*), positivado no art. 100 (1) da Lei Fundamental¹¹⁴. Neste ponto, convém referir, ainda que de passagem,

¹¹³ Arbeitsförderung Werra-Meißner – ARGE.

¹¹⁴ **Art. 100. [Apresentação judicial].** (1) considera um tribunal uma lei, de cuja validade trata-se na decisão, como anticonstitucional, então o procedimento deve ser suspenso e, se se trata da violação da constituição de um estado, ser pedida a decisão do tribunal do estado competente para litígios constitucionais, se se trata da violação desta lei fundamental, a decisão do tribunal constitucional federal. Isso também vale quando se

a explanação de Klaus Schlaich e Stefan Koriath, os quais, ao apresentarem o procedimento de controle normativo concreto, situam o dever de apresentação judicial no contexto da distinção entre competência para o exame e competência para a rejeição: “é usual falar que o juiz tem a competência para o exame, mas não a competência para a rejeição; para esta, o Tribunal Constitucional Federal detém o monopólio”¹¹⁵.

Voltando, pois, ao caso concreto, tinha-se que os demandantes do processo 1 BvL 3/09 eram exclusivamente os filhos nascidos em 1991 e 1993 do necessitado de auxílio. Em litígio estavam as prestações para janeiro de 2005 e fevereiro de 2005, incluindo os custos de moradia e aquecimento (BVerfGE 125, 175 <208>).

Os demandantes do processo 1 BvL 4/09 eram apenas as crianças nascidas em 1997 e 2000. Para o lapso temporal, que era objeto do litígio, de 1º de janeiro de 2005 a 30 de abril de 2005, recebeu a “comunidade de necessidade” (*Bedarfsgemeinschaft*) composta pelos demandantes e por seus pais um total de 716,88 euros mensalmente (BVerfGE 125, 175 <212>).

trata da violação desta lei fundamental pelo direito estadual ou da incompatibilidade de uma lei estadual com uma lei federal”. HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais**: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012. P. 269.

¹¹⁵ SCHLAICH, Klaus; KORIATH, Stefan. **Das Bundesverfassungsgericht**: Stellung, Verfahren, Entscheidungen; ein Studienbuch. 5ª ed. München: Beck, 2001. P. 96, número de margem 127.

O Tribunal Constitucional Federal, preliminarmente, reconheceu a admissibilidade da apresentação judicial (BVerfGE 125, 175 <218>).

Em seguida, ao dispor do caso, o Tribunal iniciou assentando alguns princípios fundamentais sobre o direito fundamental à garantia do mínimo existencial humanamente digno e a liberdade conformadora do legislador, bem como sobre outros direitos fundamentais.

Assim, o Tribunal constatou que o mandamento do estado social do art. 20 (1) da Lei Fundamental coloca para o legislador a tarefa de garantir a todos um mínimo existencial humanamente digno, tarefa na qual cabe ao legislador uma liberdade conformadora na inescapável valoração que está ligada com a determinação do nível do mínimo existencial (BVerfGE 125, 175 <222>).

O Tribunal também declarou que esse direito fundamental do art. 1 (1) da Lei Fundamental tem um significado independente, como direito de garantia em conexão com o art. 20 (1) da Lei Fundamental, ao lado da pretensão de eficácia absoluta do art. 1 (1) à observação da dignidade de cada indivíduo. Nessa medida, é indisponível e deve ser realizado; carece, no entanto, da concretização e contínua atualização pelo legislador, que tem de alinhá-lo com prestações resultantes ao respectivo estado de desenvolvimento da comunidade e das condições de vida existentes. Nisso cabe-lhe um espaço de conformação (BVerfGE 125, 175 <222>).

O Tribunal ressaltou que, enquanto direito fundamental, é a norma do art. 1 (1) da Lei Fundamental não apenas direito de defesa

contra a intervenção do estado; o estado deve proteger a dignidade humana também de maneira positiva (BVerfGE 125, 175 <222>).

Prosseguindo, o Tribunal destacou que à garantia de um mínimo existencial humanamente digno deve ser assegurada por meio de uma pretensão legal. Exige isso já imediatamente o conteúdo de proteção do art. 1 (1) da Lei Fundamental. Uma pessoa necessitada de auxílio não pode ser relegada a prestações voluntárias do estado ou de terceiros, cujo fornecimento não esteja garantido por meio de um direito subjetivo do necessitado de auxílio. A garantia jurídico-constitucional de um mínimo existencial humanamente digno deve resultar de uma lei do parlamento, que contenha uma pretensão de prestação concreta do cidadão em face do competente encarregado de prestar (BVerfGE 125, 175 <223>). O Tribunal acrescentou que isso encontra apoio em outros princípios jurídico-constitucionais: já a partir do princípio do estado de direito e do princípio democrático resulta o dever do legislador de encontrar por si mesmo as regulações relevantes para a efetivação dos direitos fundamentais (BVerfGE 125, 175 <223>).

Em seguida, o Tribunal reconheceu que a fundamentação de pretensões de prestações em dinheiro está ligada com efeitos financeiros consideráveis para os orçamentos públicos. Esse tipo de decisões são, porém, reservadas ao legislador. Para isso não basta a lei orçamentária, porque o cidadão não pode deduzir dela pretensões imediatas (BVerfGE 125, 175 <224>).

Um ponto importante da fundamentação é este: a pretensão de prestação do art. 1 (1) da Lei Fundamental é, nessa medida, dada a

partir da própria Lei Fundamental. A extensão dessa pretensão, com respeito aos tipos de necessidades e aos meios necessários para isso, não pode ser derivada imediatamente da Lei Fundamental. Ela depende das concepções sociais acerca do necessário para uma existência humanamente digna, da situação de vida concreta do necessitado de auxílio, bem como das condições econômicas e técnicas, e deve, conforme isso, ser determinada concretamente pelo legislador (BVerfGE 125, 175 <224>).

Indo além, o Tribunal afirmou que, para a concretização da pretensão, deve o legislador calcular todas as despesas necessárias para a existência de maneira consistente, em um processo transparente e apropriado, de acordo com a necessidade fática; portanto, de maneira apropriada à realidade (BVerfGE 125, 175 <225>).

Outro ponto que merece destaque é o seguinte: à liberdade conformadora do legislador no cálculo do mínimo existencial corresponde um controle restrito da regulação simplesmente legal pelo Tribunal Constitucional Federal. Como a própria Lei Fundamental não permite uma mensuração exata da pretensão, o controle material – orientado ao resultado – restringe-se a determinar se as prestações são evidentemente insuficientes (BVerfGE 125, 175 <225>).

Nesse sentido, exige-se um controle das bases e do método do cálculo da prestação para determinar se são apropriados ao objetivo do direito fundamental. A proteção do direito fundamental estende-se, portanto, ao procedimento de determinação do mínimo existencial, porque um controle de resultado que toma como padrão de medida

esse direito fundamental é possível apenas de maneira limitada (BVerfGE 125, 175 <226>).

Por fim, outros direitos fundamentais, como, por exemplo, do art. 3 (1) (igualdade perante a lei) ou art. 6 (1) da Lei Fundamental (proteção especial do casal e da família), não podem colocar um padrão de medida adicional para o cálculo do mínimo existencial no direito social. É decisivo apenas, do ponto de vista da Lei Fundamental, que, para cada pessoa individual necessitada de auxílio, o mínimo existencial, conforme o art. 1 (1) da Lei Fundamental em conexão com o art. 20 (1) da Lei Fundamental, seja concebido de um modo suficiente; um regresso a outros direitos fundamentais não é necessário aqui (BVerfGE 125, 175 <227>).

Após essas considerações, o Tribunal apresentou o núcleo de sua argumentação, que pode ser assim sintetizado: de acordo com os princípios já expostos, as prescrições apresentadas não satisfazem as demandas do art. 1 (1) da Lei Fundamental em conexão com o art. 20 (1) da Lei Fundamental. O legislador seguramente definiu de modo correto, por meio da prestação regular para assegurar o sustento vital, de acordo com o Livro Segundo do Código Social, o objetivo de garantir um mínimo existencial humanamente digno. A quantia total da prestação estabelecida no § 20, Seção 2, primeira metade e Seção 3, cláusula 1 do SGB II na redação antiga, bem como no § 28, Seção 1, cláusula 3, número 1, primeira alternativa do SGB II na redação antiga, para o asseguramento de um mínimo existencial humanamente digno, não se deixa determinar como sendo evidentemente insuficiente. O legislador também encontrou para a prestação regular básica, de

acordo com o § 20, Seção 2, primeira metade do SGB II na redação antiga, fundamentalmente, um processo de cálculo adequado para o cálculo do mínimo existencial. No cálculo da prestação regular de 345 euros, ele abandonou-o em diferentes aspectos, sem substituí-los por outros critérios reconhecíveis ou aceitáveis. Isso conduziu também à contrariedade à Lei Fundamental das prestações derivadas do § 20, Seção 2, primeira metade e Seção 3, cláusula 1 do SGB II na redação antiga, e do § 28, Seção 1, cláusula 3, número 1, primeira alternativa do SGB II na redação antiga; por fim, padece, ademais, de uma completa falha de determinação com respeito às necessidades específicas da criança (BVerfGE 125, 175 <227>).

Por fim, no tocante aos efeitos jurídicos da decisão, o Tribunal entendeu que uma declaração de nulidade levaria a que a base legal necessária para a concessão das prestações para a garantia de um mínimo existencial humanamente digno, conforme o art. 1 (1) da Lei Fundamental em conexão com o art. 20 (1) da Lei Fundamental, faltasse completamente, e a que nenhum necessitado de auxílio, por causa da reserva legal ordenada no §31 SGB I e dada pela Lei Fundamental, pudesse receber prestações. Com isso seria criado um estado de coisas, que estaria mais distante da ordem conforme a constituição do que o atual (BVerfGE 125, 175 <255>).

Como não pôde ser determinado que as quantias das prestações regulares determinadas por lei fossem evidentemente insuficientes, não está o legislador obrigado pela Lei Fundamental a determinar prestações mais elevadas (BVerfGE 125, 175 <256>).

De outro lado, por causa da liberdade conformadora do Legislador, não está o Tribunal Constitucional Federal autorizado, com base em suas próprias estimativas e avaliações, a determinar ele próprio certa quantia para a prestação. O Tribunal conclui, então, dizendo que as normas contrárias à Lei Fundamental permaneceriam, portanto, até que uma nova regulação feita pelo legislador fosse aplicável (BVerfGE 125, 175 <256>).

4 CONCLUSÃO

Trata-se agora de estabelecer as conclusões alcançadas por meio da comparação de direito desenvolvida neste trabalho.

Constata-se que, no Brasil, onde não existe uma jurisdição administrativa especializada, nem uma jurisdição social especializada, o controle jurisdicional de políticas públicas é feito pela jurisdição ordinária com fundamento no art. 5º, XXXV da Constituição. As decisões tomadas na esfera administrativa não têm caráter definitivo, do ponto de vista do ordenamento jurídico como um todo, o que dá margem à rediscussão das mesmas questões na esfera judicial. A multiplicação de processos judiciais questionando decisões tomadas na esfera administrativa pelo INSS apresenta-se como o exemplo mais eloquente disso¹¹⁶. Na Alemanha, a existência de uma jurisdição

¹¹⁶A esse propósito, convém mencionar que a segunda edição do relatório “100 maiores litigantes”, publicada em 2012 pelo Conselho Nacional de Justiça, apontou que, no âmbito da justiça federal, há grande concentração da litigância em apenas duas instituições: o Instituto Nacional do Seguro Social, INSS, que apresentou aproximadamente 34% do total de processos ingressados no 1º Grau e 79% nos Juizados Especiais; e a Caixa Econômica Federal, com cerca de 13% no 1º Grau e 7% nos Juizados Especiais. Cf. 100 maiores litigantes. **Conselho Nacional De Justiça**, Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas->

administrativa especializada e de uma jurisdição social especializada conduz, por certo, a decisões tecnicamente mais apuradas, o que contribui para uma maior clareza e certeza do direito – e, nesse sentido, para um aumento da segurança jurídica. Outrossim, o dever de apresentação judicial para o Tribunal Constitucional Federal e o monopólio da rejeição detido por este deixam mais clara a divisão de trabalho entre a jurisdição constitucional especializada e os outros ramos da jurisdição.

Verifica-se também que, no Brasil, a Constituição positivou um significativo elenco de direitos sociais, os quais requerem, para seu exercício, a formulação de políticas públicas pelo Poder Legislativo e a execução de políticas públicas pelo Poder Executivo. Entende-se esse amplo catálogo de direitos sociais como reflexo da vontade do legislador constituinte de salvaguardar esses direitos em face das maiorias parlamentares; ocorre que, diante da escassez e do desperdício de recursos públicos no plano fático, a inexecução das políticas públicas prometidas pelo texto constitucional leva a uma diminuição da força estabilizadora da constituição na sociedade.

Na Alemanha, a não positivação dos direitos sociais na Lei Fundamental teve como resultado a formulação, pelo legislador, de políticas extremamente detalhadas – isto é, com alto grau de densidade normativa e de discriminação de situações diferentes. Isso está de acordo com a ideia segundo a qual quanto mais detalhada for a formulação de políticas públicas destinadas a efetivar certo direito social, menor será o espaço de discricionariedade da administração e

[judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf](#)>. Acesso em: 19/09/15. P. 12.

maior será a possibilidade de controle jurisdicional – bem como maior será o grau de definitividade do direito.

No Brasil, o Projeto de Lei nº 8.058 de 2014 da Câmara dos Deputados busca equacionar as preocupações com a garantia do mínimo existencial, a proporcionalidade e o equilíbrio orçamentário, além de outros princípios. Entretanto, a simples positivação de todos esses princípios não terá o condão de resolver os casos de colisão entre eles; para tanto, faz-se necessário o emprego de algum modelo de ponderação dos direitos fundamentais sociais (quanto ao ponto, convém recordar o teor do art. 489, §2º do Novo Código de Processo Civil, segundo o qual o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, no caso de colisão entre normas, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão).

Ainda no cenário brasileiro, o exame da Reclamação nº 4.374/PE revela algumas conclusões importantes: no julgamento da ADI nº 1.232/DF, o STF proferiu uma decisão que, sob o pretexto de autorrestrrição judicial, efetivamente falhou em analisar com profundidade o problema colocado. Em outras palavras, o STF não prolatou uma decisão “adequada à realidade” – *realitätsgerecht*, na dicção do Tribunal Constitucional Federal alemão. A consequência disso foi a incapacidade da decisão de normalizar satisfatoriamente a realidade social que precisava ser regulada, com a consequente proliferação de reclamações e recursos extraordinários para o próprio STF. Como o Ministro Gilmar Mendes apontou, o Ministro Sepúlveda Pertence já havia identificado, em 1998, a existência de omissão parcial

inconstitucional no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, do que se depreende que a decisão da ADI nº 1.232/DF já poderia ter apresentado maior grau de correção na época em que foi proferida.

No tocante à decisão *Hartz IV*, colhe-se que o Tribunal alemão deu grande peso argumentativo para o princípio do estado social, a dignidade da pessoa humana, e a garantia ao mínimo existencial. O Tribunal delimitou com muita precisão a esfera de competência do legislador diante da sua própria esfera de competência, o que está em conformidade com a divisão dos poderes, mas também com a cooperação entre eles. Dois elementos que desempenham um papel importante na decisão *Hartz IV*, mas que estão ausentes da decisão na Reclamação nº 4.374/PE são estes: (i) a preocupação com a transparência do processo de cálculo da prestação regular, sem a pretensão de fixar *a priori* o resultado; e (ii) a necessidade de que a regulação feita seja “adequada à realidade”, ou seja, de que a decisão resolva o problema de maneira concreta, não se restringindo ao plano meramente conceitual.

Em suma: o princípio da dignidade da pessoa humana mostra-se apto a fundamentar dogmaticamente a prestação de um mínimo existencial aos indivíduos, por meio de políticas públicas que são formuladas de modo democrático pelo Poder Legislativo e executadas pelo Poder Executivo (enquanto administração de prestação). Entretanto, a definição do que satisfaz a exigência de um mínimo existencial não pode ser dada *a priori*, necessitando sempre, a cada vez, de um detalhamento normativo que só pode ser feito pelo Poder Legislativo, no exercício de sua liberdade conformadora. Em respeito

ao princípio da divisão dos poderes, portanto, o Poder Judiciário deve considerar, nas hipóteses de intervenção em políticas públicas, a mutabilidade do conceito de mínimo existencial, abstendo-se, assim, de impor um conteúdo material pré-definido (poder-se-ia dizer “ôntico”) a esse conceito.

5 REFERÊNCIAS

100 maiores litigantes. **Conselho Nacional De Justiça**, Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 19/09/15.

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2ª ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

_____. **Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung**. 3ª ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

ARZT, Günther. **Einführung in die Rechtswissenschaft: Grundfragen mit Beispielen aus dem deutschen Recht**. Neuwied; Kriftel; Berlin: Luchterhand, 1996.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DETTERBECK, Steffen. **Allgemeines Verwaltungsrecht**. München: Beck, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1978.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais**: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução da 20ª. ed. alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Mit einem Anhang: das Problem der Gerechtigkeit. 2ª ed. Viena: Franz Deuticke, 1960.

KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999. P. 251.

MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 4ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. Tradução da 14ª ed. rev. e compl. por Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006.

MONTESQUIEU. **De L'Esprit des Lois**. Paris: Éditions Gallimard, 1970.

MÜNCH, Ingo von. Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. In: ERICHSEN, Hans-Uwe; MARTENS, Wolfgang (organizadores). **Allgemeines Verwaltungsrecht**. 7ª ed. Berlin; New York: de Gruyter, 1985.

OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Volume I. Coimbra: Almedina, 2009.

PAPIER, Hans-Jürgen. Das Sozialstaatsgebot des Grundgesetzes - der rechtliche Rahmen der sozialen Sicherung; in: PÖTTERING, Hans-Gert (org.). **Die Zukunft des Sozialstaates**. Freiburg: Herder, 2011.

REPÚBLICA FEDERATIVA DA ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht v. 09/02/2010, BVerfGE 125, 175 – *Hartz IV*.

_____. **Grundsicherung für Arbeitsuchende: Sozialgesetzbuch SGB II Fragen und Antworten**. Bonn: Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2015.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, julgamento em 18/04/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 567.985/MT, Relator Ministro Marco Aurélio, Brasília, julgamento em 08/02/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232, Relator Ministro Ilmar Galvão, Relator para o Acórdão: Ministro Nelson Jobim, Brasília, julgamento em 27/08/1998.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Agravo Regimental na Reclamação nº 2.303/RS, Relatora Ministra Ellen Gracie, Brasília, julgamento em 13/05/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Agravo Regimental na Reclamação nº 3.805/SP, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Brasília, julgamento em 01/07/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Reclamação nº 2.323/PR, Relator Ministro Eros Grau, Brasília, julgamento em 07/04/2005.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Reclamação nº 4.374/PE, Relator Ministro Gilmar Mendes, Brasília, julgamento em 18/04/2013.

SCHLAICH, Klaus; KORIOTH, Stefan. **Das Bundesverfassungsgericht:** Stellung, Verfahren, Entscheidungen; ein Studienbuch. 5ª ed. München: Beck, 2001.

SCHMITT, Carl. **Verfassungslehre.** 3ª ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1957.

WATANABE, Kazuo. O controle jurisdicional de políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas.** Coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. **Verwaltungsrecht:** ein Studienbuch. Band 1. 11ª ed. München: Beck, 1999.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Einführung in die Rechtsvergleichung:** auf dem Gebiete des Privatrechts. 3ª ed. Tübingen: Mohr, 1996.