

MARIANE CHINELATO BOENTE DO NASCIMENTO

**TÍTULO: O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM
FACE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS TRIBUTÁRIAS E A TEORIA DOS
CONCEITOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS DE WESLEY NEWCOMB
HOFFELD**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Orientador: Doutor Marcos Aurélio Pereira Valadão

**Brasília
2012**

Dissertação de autoria de Mariane Chinelato Boente do Nascimento, intitulada “O Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal em face das Políticas Públicas Tributárias e a Teoria dos Conceitos Jurídicos Fundamentais de Wesley Newcomb Hohfeld” apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito da Universidade Católica de Brasília, em 28 de novembro de 2012, defendida e aprovada pela banca examinadora abaixo assinada:

Prof..Dr. Marcos Aurélio Pereira Valadão
Orientador
Mestrado em Direito - UCB

Direito - UCB

Prof..

RESUMO

Referencia: Nascimento, Mariane Chinelato Boente. **O Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal em face das Políticas Públicas Tributárias e a Teoria dos Conceitos Fundamentais de Wesley Newcomb Hohfeld.** 23 de novembro de 2012. 75 páginas. Dissertação Mestrado em Direito – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2012.

A presente dissertação tem por objetivo analisar e expor a atuação ativa do Supremo Tribunal Federal no julgamento das ações que envolvem políticas públicas, em especial as tributárias. A judicialização das políticas públicas vem sendo duramente criticada pela doutrina, principalmente quando o Judiciário não estabelece parâmetros em seus julgamentos. Foi analisada a Teoria dos Conceitos Jurídicos Fundamentais desenvolvida por Wesley Newcomb Hohfeld na tentativa de encontrar parâmetros que pudessem ser utilizados pelo Supremo. Na primeira parte o trabalho apresenta o surgimento do ativismo judicial no Brasil e no mundo. Na segunda parte destaca a relação entre políticas públicas e o judiciário. O quarto capítulo da dissertação trabalha a teoria desenvolvida por Hohfeld. O capítulo seguinte apresenta decisões judiciais em matéria tributária onde o Supremo Tribunal Federal agiu como legislador positivo sem observar parâmetros e por fim são apresentadas as conclusões do trabalho sobre a possibilidade da utilização do método Hohfeldiano pelo Supremo.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Políticas Públicas Tributárias. Teoria dos Conceitos Jurídicos Fundamentais.

**Brasília
2012**

ABSTRACT

This thesis aims to analyze and expose the active role of the Federal Supreme Court in the trial of actions involving public policies, especially tax policies. The judicialisation of public policies has been harshly criticized by the doctrine, especially when the judiciary does not set parameters in their judgments. The Theory of Fundamental Legal Conceptions developed by Wesley Newcomb Hohfeld was analyzed in an attempt to find parameters that could be used by the Supreme. In its first part, the paper presents the emergence of judicial activism in Brazil and worldwide. In the second part, it highlights the relationship between public policies and the judiciary. The fourth chapter of the dissertation shows the theory developed by Hohfeld. The following chapter presents judicial decisions about tax court, where the Brazilian Federal Supreme Court has acted as a positive legislator without minding parameters and finally the conclusions of the study are presented on the possibility of using the Hohfeld method by the Brazilian Federal Supreme Court..

Keywords: Judicial Activism. Public Tax Policies. Theory of Fundamental Legal Conceptions.

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 ATIVISMO JUDICIAL.....	12
2.1 SURGIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL.....	12
2.2 O ATIVISMO JUDICIAL E O DIREITO COMPARADO	17
2.2.1 A influência europeia no ativismo judicial.....	19
2.3 A INCORPORAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL.....	21
2.3.1 Críticas ao Ativismo Judicial no Brasil.....	24
2.3.1.1 Crítica liberal	25
2.3.1.2 Críticas Democráticas	26
2.3.1.3 A Crítica Financeira	27
2.3.1.4 A Crítica Administrativa	28
2.3.1.5 A Crítica Econômica	29
2.3.1.6 A Crítica da Desigualdade quanto ao Acesso à Justiça	30
3 POLÍTICAS PÚBLICAS E O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL	31
3.1 POLÍTICAS PÚBLICAS TRIBUTÁRIAS E O ATIVISMO JUDICIAL.....	33
3.1.1 O ativismo judicial sobre as políticas tributárias e sobre questões relativas à administração tributária	42
3.1.2 A extrafiscalidade como forma de promover políticas públicas	45
3.2 A DISCUSSÃO JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA PERSPECTIVA SEGUNDO A QUAL OS DIREITOS SOCIAIS INAUGURAM RELAÇÕES JURÍDICAS E DIREITOS SUBJETIVOS TRADICIONAIS.....	46
3.3 A DISCUSSÃO JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA PERSPECTIVA QUE DISTINGUEM ESSAS RELAÇÕES JURÍDICAS DAS RELAÇÕES JURÍDICO-PRIVADA	50
3.4 A PRODUÇÃO DE IGUALDADE MATERIAL COMO ELEMENTO LEGITIMADOR DAS DECISÕES SOBRE DIREITOS REALIZADOS POR POLÍTICAS PÚBLICAS.....	51
4. A DOCTRINA DE WESLEY NEWCOMB HOHFELD.....	56
4.1 DIREITO X DEVER	58
4.2 PRIVILÉGIO X AUSÊNCIA DE PRETENSÃO.....	59

4.3 PODER X SUJEIÇÃO	61
4.4 IMUNIDADE X INCOMPETÊNCIA.....	63
4.5 A DOUTRINA DE HOHFELD COMO INSTRUMENTAL PARA SE ENTENDER AS SITUAÇÕES JURÍDICAS INSTAURADAS PELAS POLÍTICAS PÚBLICAS	65
5 A POLÍTICA TRIBUTÁRIA E O ATIVISMO JUDICIAL.....	68
6. CONCLUSÕES	76
8. BIBLIOGRAFIA.....	78

1. INTRODUÇÃO

O ativismo judicial experimentado hoje no Brasil se deve, entre outros fatores, à Constituição Federal de 1988 e ao movimento de afirmação de normatividade constitucional agregado às sucessivas crises que atingem os Poderes da República.

Como decorrência, vivenciamos a judicialização da política de forma com que o controle do Poder Judiciário vem, por vezes, se sobrepondo, a vontade do executivo. A inclusão de direitos sociais de cunho genérico e indeterminado nas Constituições e a instituição do controle de constitucionalidade das leis, sobretudo no modelo de controle abstrato, fez surgir o que Perter Häberle chamou de “sociedade aberta aos interpretes” (1989).

Como desdobramento do fenômeno acima citado destaque-se a judicialização das políticas públicas, na qual os cidadãos recorrem cada vez mais ao Poder Judiciário para que este intervenha na concretização das políticas públicas, atividade esta cuja competência é típica dos Poderes Executivo e Legislativo, responsáveis pelo planejamento e execução das políticas públicas.

Bucci entende políticas públicas como programas de ação governamental que tem por meta coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, são “metas coletivas conscientes” (2006, p. 241)

Destaca-se ainda, diante deste novo contexto hermenêutico, a temática das políticas públicas tributárias que são medidas adotadas para a consecução de objetivos extrafiscais, relevando, portanto, a ligação entre as suas finalidades e a realização de objetivos socialmente relevantes e ainda que a política tributária seja dirigida apenas para o âmbito fiscal são ações coletivas capazes de produzir efeitos sociais, na qual os efeitos podem ser sentidos por

toda sociedade. Logo, essas ações também estão inseridas na categoria das políticas públicas em geral.

Essa incursão da competência vem tornando o Poder Judiciário um legislador positivo criando novos direitos “o chamado ativismo judicial é uma resposta do Supremo a provocações formais da sociedade a partir de mecanismos criados pela Constituição para neutralizar o caráter lesivo das omissões do Congresso ou do Executivo” (Ministro Celso de Mello no Anuário da Justiça de 2010).

E no esforço de compreender e buscar parâmetros para o ativismo é que surge a utilidade das pesquisas do jurista norte-americano Wesley Newcomb Hohfeld acerca do uso prático da terminologia jurídica.

Os estudos de Hohfeld sobre os *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* fazem parte da literatura clássica norte americana e demonstraram que o uso dos termos jurídicos mais básicos, para designar posições de vantagem e desvantagem – como direito, dever, pretensão, imunidade, competência etc, se dá de forma desordenada nos discursos jurídicos, de modo que a precisão terminológica, necessária a qualquer discussão racional, na maior parte das vezes não está presente nos debates judiciais.

Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, pode ser considerado um marco na história da teoria do Direito. A pesquisa realizada por Hohfeld é o ápice do debate da teoria analítica do direito sobre o significado das liberdades legalmente previstas e dos direitos protegidos juridicamente. A crítica do autor ao ideal liberal do sistema jurídico é substancial a um raciocínio proveniente dos direitos legalmente previstos e protegidos.

Singer afirma que Hohfeld além de reorganizar a contradição existente na teoria política liberal, ofereceu elementos para que não mais houvesse uma tentativa de solucionar essa contradição com a utilização do sofisma clássico, que levaria a discussão a caminhos plausíveis, porém tortuosos e equivocados, afinal este é o sofisma por definição (1982, p. 975).

E a partir dos estudos de Hohfeld confrontado com o protagonismo judicial do Supremo Tribunal Federal pretende-se averiguar as decisões da Corte Brasileira e verificar se o método hermenêutico proposto pelo jurista norte americano seria útil na solução dos conflitos em matéria referentes a serviços públicos.

O Supremo Tribunal Federal vem sendo frequentemente acusado de atuar como “legislador positivo”. Essa mudança no sistema jurisdicional repercute na estrutura processual, enfrenta novos desafios e oferece respostas de conteúdo diverso para solução de conflitos privados. Contudo, o cenário muda quando se transporta a ativismo judicial para solucionar conflitos relativos políticas públicas tributárias uma vez que estão sendo julgadas ações que repercute na sociedade.

Wesley Newcomb Hohfeld ao escrever a Teoria dos Conceitos Jurídicos Fundamentais estabeleceu parâmetros interpretativos a partir de oito conceitos jurídicos: quatro ativos e quatro passivos. Apresentando-os em um esquema relacional de duas tábuas: uma de correlatos e outra de opostos.

Como problema de pesquisa, foi definido a necessidade de verificar a existência de parâmetros hermenêuticos para o ativismo judicial em matéria de políticas públicas e de que maneira o modelo proposto por Hohfeld poderia ajudar na solução dos conflitos envolvendo matérias de políticas públicas, dando enfoque nas políticas públicas tributárias.

O problema que se coloca é que o ativismo judicial praticado pelo STF em matéria de políticas públicas tributárias deve ser analisado com cautela, assim seria necessário estabelecer parâmetros capazes de balizar a atividade jurisdicional em sua incursão nas políticas públicas tributárias.

Portanto a hipótese desta pesquisa é que a atuação da Suprema Corte necessita de parâmetros norteadores em sua atuação como legislador positivo. A teoria desenvolvida por Hohfeld mostra-se, em princípio, apropriada para nortear a atuação da Suprema Corte.

O objetivo da pesquisa será analisar o ativismo judicial praticado pelo Supremo Tribunal Federal, especificamente nos temas de políticas públicas, com enfoque final nas tributárias. Pretende-se analisar se os conflitos envolvendo as políticas públicas podem ser solucionados através de uma ação aditiva do Supremo. E por fim, pretende-se verificar se é necessário estabelecer parâmetros na atuação positiva do STF e se um desses parâmetros poderia ser a adoção da Teoria dos Conceitos Jurídicos Fundamentais desenvolvidos por Wesley Newcomb Hohfeld.

A metodologia utilizada estrutura-se com base no método hipotético-dedutivo indicado por Karl Popper em sua obra *A Lógica da Pesquisa Científica* (1975). Segundo Marina de Andrade Marconi, esse método parte de que um problema, ao qual se oferece uma solução provisória, seria uma teoria-tentativa, em seguida a solução é criticada com o objetivo de eliminar o erro (2003, p. 95).

A pesquisa está pautada em perguntas que exigem respostas explicativas. Foram levantadas hipóteses que serão testadas que poderão contribuir para o aprimoramento dos sistemas de decisões sob a perspectiva da análise científica (no âmbito da ciência do Direito).

Pretende-se analisar a atuação do Supremo nos casos em que se verificou o ativismo judicial em matérias de políticas públicas, se essas atuações foram pautadas em critérios e verificar se a teoria dos conceitos jurídicos fundamentais de Hohfeld poderia ser mais um critério utilizado.

A coleta de dados para a elaboração da dissertação será baseada em exame de fontes primárias (leis, fontes emanadas do próprio Supremo Tribunal Federal tais como jurisprudências, acórdãos, notícias, a teoria de Hohfeld e outros) e de fontes secundárias (doutrina, artigos científicos e outros), para identificar as evidências presentes nessas fontes e fundamentar o embasamento teórico que auxilie na análise. Será feita a análise crítica dos dados, à luz da metodologia apontada por Popper, em que se busca verificar se as informações obtidas a partir deles corroboram ou falseiam a hipótese da

atuação ativista do STF e se a adoção de parâmetros hermenêuticos, em especial a teoria de Hohfeld, seria apropriada para estabelecer tais parâmetros.

No segundo capítulo desta dissertação será abordado o tema Ativismo Judicial resgatando sua origem no direito comparado, em especial nos Estados Unidos da América e Europa, destacando a incorporação do ativismo no Brasil e as críticas feitas pela doutrina ao modo com que o Supremo Tribunal Federal vem concretizando suas ações positivas.

Em seguida, no terceiro capítulo serão trabalhadas as relações entre as políticas públicas e o Poder Judiciário em sua ação ativista. Serão analisadas questões referentes a administração pública e a concretização dos direitos sociais previstos na Constituição Federal com a análise de julgados nos quais o Supremo Tribunal Federal agiu como legislador positivo para implementar políticas públicas.

A teoria de Wesley Newcomb Hohfeld será apresentada no quarto capítulo desta dissertação, destacando a contribuição da sua obra para o direito e demonstrando como ocorre a hermenêutica com a utilização dos conceitos jurídicos fundamentais.

O capítulo 5 aborda a relação entre as políticas públicas tributárias e o ativismo judicial com a análise de julgados do Supremo Tribunal Federal e por fim no sexto capítulo serão realizadas as considerações finais sobre o tema com a apresentação dos resultados.

2. ATIVISMO JUDICIAL

2.1 SURGIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL

A superação do modelo autocrático absolutista trouxe consigo uma supervalorização do Poder Legislativo com o advento do Estado Liberal burguês do séc. XIX (Estado Democrático), dando início a formação do Estado Constitucional contemporâneo marcado por acontecimentos históricos do final do século XIX e início do XX.

Montesquieu em sua obra “O Espírito das Leis” identificou o exercício de três funções estatais, quais sejam legislativa, executiva e judiciária, tais funções estariam conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si, pela qual cada poder exercia uma função típica, inerente a sua natureza, criando assim a teoria dos freios e contrapesos.

Dallari descreve a teoria da seguinte forma:

O sistema de separação de poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos. Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência. (2010, p. 184 – 185)

No Estado Constitucional Contemporâneo as Constituições tinham como principal função a ordenação dos diversos ramos do Poder. O Direito era dominado pelas codificações (Era dos Códigos), adotando-se o modelo

do sistema fechado e completo, com pouco ou nenhum espaço para a atividade hermenêutica.

Ramos descreve o positivismo (era dos códigos) como aquele que parte da premissa metodológica de que as ciências jurídicas devem ser observadas enquanto fato social, sem levar em consideração as considerações valorativas que se possa fazer a seu respeito e assim, o objetivo Dogmático Jurídico para aqueles que se valem do positivismo são as normas vigentes em um determinado Estado, em determinada época, desconsiderando se a norma corresponde ou não ao ideal de justiça de quem as examina (2010, p. 36)

Na evolução dos modelos estatais, surgiu o Estado intervencionista. Nesse modelo estatal, o principal ator deixa de ser o legislativo e passa a ser o Poder Executivo - destinado a tornar efetivas as promessas do legislador.

Os marcos iniciais da mudança de perfil revelam-se nas constituições do México (1917) e na alemã de *Weimar* (1919). A típica característica do modelo intervencionista foi o gigantismo do Executivo e a intervenção na esfera dos direitos individuais. É marcante também nesse período o repúdio aos governos nazistas e fascistas que deixaram miséria, pobreza e humilhação social para a população mundial, cujo trauma fez verificar que o Estado Legalista Liberal não impediu suas injustiças, o que levou a uma mudança na postura dos juízes e à consagração nas constituições de todo o mundo de princípios ligados à dignidade humana, destacando-se também o incremento dos sistemas de controle de constitucionalidade. (ZANETI JR, 2010, p. 15)

A intensa atividade legislativa atrelada ao inchaço do executivo fez com que a atuação estatal na concretização dos direitos sociais se mostrassem insuficientes, colocando em questão o modelo político do Estado Moderno e o arranjo Liberal Democrático. Surge assim a ação

criativa do juiz, deixando de ser mero interprete-aplicador de regras para exercer um papel criativo no direito.

No direito moderno procura afastar o temor da ditadura do judiciário, diante desse como interprete e aplicador e a possibilidade da existência de um direito do juiz (CAPPELLETTI, 1978, p. 117). Na doutrina existiu grande controvérsia sobre a postura do juiz, ativista (*judicial activism*) ou autocontido (*judicial restraint*).

Os estudiosos discutem também a teoria avessa ao *Judicial activism*, a qual é denominada *self restraint* (autorrestricção ou autocontenção), que consiste na redução da interferência do Judiciário sobre os demais Poderes e limita a área de aplicação da Constituição em favor das esferas eminentemente políticas. É adotada por aqueles que refutam a legitimidade do Judiciário para decidir questões de natureza política, haja vista que ele não é composto por representantes eleitos pelo povo.

Eles protestam contrariamente à expansão da atuação do Judiciário, argumentando, sobretudo, que o Ativismo Judicial viola a teoria da separação dos poderes. Niklas Luhmann, pai da “teoria sistêmica”, posiciona e arredio ao ativismo, baseando seus argumentos segundo o qual sistema político e sistema jurídico “apresentam códigos e programas específicos e operacionalidade próprios”. (1993, p.73-74)

O temor por parte da doutrina da ditadura do judiciário se mostrou injustificado diante da experiência norte-americana quando a suprema corte concentrou sua atenção na constante proteção dos direitos individuais.

Neves, citando José Raimundo da Cruz afirma que “na realidade, esse direito expresso na jurisprudência, que observando rigorosos requisitos de reiteração pacífica atinge uma forma de expressão do direito positivo, com o caráter de normas de direito costumeiro” (2011, p. 72) e como consequência vivenciamos o distanciamento do modelo teórico de

separação de poderes no Estado de Direito assumindo o Poder Judiciário as funções executivas e legislativas ao direito e a proteção da supremacia da Constituição. Sendo assim, o marco filosófico está fundamentado na superação da filosofia jurídica positivista, chamada de pós-positivismo.

A expressão “ativismo judicial” desde seu nascimento está atrelada a um discurso que aponta exageros, equívocos e arbitrariedades na atuação do judiciário. Como anota Paulo Paiva:

A expressão “ativismo judicial” se tornou, ao longo das últimas décadas, o mais popular instrumento retórico de crítica ao comportamento dos juízes. E por tomarem decisões sem a supervisão e controle de outros agentes públicos, os juízes constitucionais estão particularmente sujeitos à crítica organizada em torno desses topos discursivos (2011, p. 499).

Trata-se de um termo utilizado pela primeira vez pela imprensa Belga em 1916 e consolidado nos Estados Unidos da América.

Barroso afirma:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. (2008, p. 04-05).

A origem do pós-positivismo remonta ao controle judicial da Suprema Corte Norte Americana sobre os atos do Executivo e Legislativo, em casos que alcançaram repercussões midiáticas.

Podemos citar como exemplo, dentre vários outros aqui cabíveis, o julgado *Boy Scouts of America v. Dale*, de 2000. Este caso contempla relevantes questões acerca da discriminação por orientação sexual.

Reporta-se ao ano de 1978, quando, com somente oito anos de idade, *James Dale* ingressou no grupo de escoteiros, figurando como “lobinho” até os dezoito anos, revelando sempre caráter e conduta intocáveis. Recebeu o título de *Eagle Scout* em 1988 e, um ano depois, pleiteou seu direito como escoteiro adulto, assumindo o comando de uma das tropas. Em 1989, tornou-se vice-presidente da organização dos gays e lésbicas da Faculdade onde ingressara, promovendo movimentos, entrevistas e pronunciamentos públicos em defesa da classe. Naquele mesmo ano, foi sumariamente desligado do grupo de escoteiros, cujo regulamento não concebia o ingresso de homoafetivos.

Dale propôs ação sustentando que o grupo de escoteiros transgredia norma relativa à utilização das instalações públicas de Nova Jersey, que inadmite preconceitos e tratamento desigual em locais de uso público tal como aqueles em que eles, os escoteiros, se agrupavam. Esse fato também violava o *Common Law*. Divergindo de posicionamentos anteriores da Suprema Corte de Nova Jersey. A Suprema Corte, tendo como relator, *William Rehnquist*, decidiu que “não se tratava de discriminar a homossexualidade de *Dale*, tratava-se de se defender princípios do grupo de escoteiros”. (GODOY, 2001)

Releva salientar que Stevens e Souter foram votos vencidos. Este último argumentou que uma organização não pode punir escolhas e opções de seus membros sem que antes tenha esclarecido e devidamente regulamentado que tipo de ideologia lhe é proibido divulgar (GODOY, 2001).

Voltando a origem do pós-positivismo, o movimento passou a designar condutas ativas por parte dos magistrados de situações nela não incluídas, as ações dos julgadores vão desde à interpretação da lei até a produção de provas de ofício, sendo que hoje fica difícil estabelecer limites ao ativismo judicial.

Agindo desta maneira, os magistrados buscam a concreção dos direitos sociais aplicando uma interpretação construtiva dos preceitos abertos que a lei confere, pautando-se na concreção dos direitos sociais.

O pronunciamento a seguir transcrito de Marco Aurélio de Mello enfatiza de forma peculiar essa postura:

Sempre afirmo que, como julgador, a primeira coisa que faço, ao defrontarme com uma controvérsia, é idealizar a solução mais justa de acordo com a minha formação humanística, para o caso concreto. Somente após, recorro à legislação, à ordem jurídica, objetivando encontrar o indispensável apoio. Desejo, na busca deste respaldo – porque já tenho idealizado a solução justa – refletir e pesquisar sobre o tema, em que pese a proficiência do voto do nobre Relator. (...) – (BRASÍLIA, STF, AOE. 13, Rel. Min. Celso de Mello, 2007).

Nesse contexto inaugura-se um novo modelo, no qual a lei ganha espaço hermenêutico na tentativa de concretizar direitos e essa interpretação é realizada pelo Poder Judiciário através do chamado ativismo judicial.

2.2 O ATIVISMO JUDICIAL E O DIREITO COMPARADO

Para o estudo do ativismo judicial faz-se necessário uma visão comparada do tema. Isso porque a distinção do ativismo está no modo do exercício da jurisdição, sendo portanto, necessário analisá-lo de acordo com o papel institucional de cada sistema jurídico.

Segundo Ramos:

Se tomarmos o conceito de fontes formais do direito, qual seja, compreendendo o conjunto de atos a que o ordenamento jurídico atribuiu força normativa, com eficácia vinculante direta sobre a conduta dos sujeitos de direito e sobre os órgãos públicos incumbidos oficialmente da solução de controvérsia (jurisdição judiciária ou administrativa), há que se recusar às decisões judiciais o caráter de fonte em sistema de família romano-germânica, ressalvadas algumas exceções. Essa exclusão em nada afeta o poder limitado de criação normativa que se reconhece, hodiernamente, às decisões judiciais, pois o que importa é que nelas sobressai o aspecto da observância dos atos normativos previamente editados em dadas situações específicas e não a capacidade expansiva de regular comportamentos (tal qual sucede com um contrato). Bem por isso, deve-se reconhecer que, nos sistemas de *civil law*, 'a jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer esses quadros'

Em sentido inverso, nos sistemas de *common law*, como é o caso do direito da Inglaterra e dos Estados Unidos, a jurisprudência continua a ocupar o posto de principal fonte, não obstante o impacto sobre o sistema estadunidense da existência de uma Constituição dotada de supremacia formal e da crescente importância da legislação de ambos os ordenamentos (2010, p. 104-105).

Valendo-se do direito comparado, Ramos afirma que diante de um precedente (*precedent* – uma ou várias decisões de uma corte de apelação) os órgãos jurisdicionais agem como os magistrados dos sistemas romano-germânico diante da Constituição Federal ou da lei: verificam a pertinência do julgado ao caso concreto, para em seguida refinarem a interpretação do texto da decisão precedente, restringindo total ou parcialmente o precedente (técnica do *overruling*), no caso de ajuste da imprestabilidade do precedente para o caso concreto, o juiz ou tribunal produzirão a norma da decisão com base nos princípios do *Common Law* através da analogia ou equidade, de maneira similar ao procedimento de integração de lacunas do sistema *civil law*, mas com a importante diferença de que caso a decisão seja adotada por um tribunal de apelação, será considerado um precedente vinculativo.

Entendendo o ativismo judicial com uma disfunção no exercício da jurisdição em detrimento da função legislativa é fácil compreender porque nos ordenamentos jurídicos que adotam o *common law* essa prática não é repelida em termos dogmáticos, diferente do que acontece nos ordenamentos que adotam o sistema romano-germânico. No direito anglo-saxônico a atuação do juiz e do legislador estão bem próximas no que diz respeito a produção de normas (RAMOS, 2010, p. 106 – 109).

Por fim, no *common law* o direito é criado a partir de julgados e essa prática interfere na apreciação do direito legislado. Cappelletti afirma que tanto nos Estados Unidos como na Inglaterra “as leis são plenamente integradas no direito apenas quando seu alcance foi determinado por decisão judicial [...] o direito legislativo é visto em certo sentido como fonte excepcional do direito” (1993, p 123).

Ramos conclui o tema:

Resta compreensível porque nos sistemas de *common law* se adota uma conceituação ampla de ativismo judicial, que abarca desde o uso da interpretação teleológica, de sentido evolutivo, ou a integração de lacunas, em que o Poder Judiciário atua de forma juridicamente irrepreensível, até as situações (raras, na perspectiva jurisprudencial da família anglo-saxônica) em que os limites impostos pelo legislado são claramente ultrapassados, configurando-se, pois, desvio de função por parte do órgão jurisdicional. Não já, pois, necessariamente, em sentido negativo na expressão “ativismo” com alusão a uma certa prática de jurisdição. Ao contrário, invariavelmente o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao “passivismo”, que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados. Na medida em que no âmbito do *common law* se franqueia ao Poder Judiciário uma atuação extremamente ativa no processo de geração do direito, torna-se bem mais complexa a tarefa de buscar, no plano da dogmática jurídica, parâmetros que permitem identificar eventuais abusos da jurisdição em detrimento do poder legislativo. Daí por que a discussão, como se constata nos Estados Unidos, tende a ser deslocada para o plano da Filosofia política, em que a indagação central não é a consistência jurídica de uma atuação mais ousada do Poder Judiciário e sim sua legitimidade, tendo em vista a ideologia democrática que permeia o sistema político norte-americano. (2010, p. 110)

2.2.1 A influência europeia no ativismo judicial

Nassif (2009) relata que José Joaquim Gomes Canotilho prestou ao Brasil valiosa contribuição para a elaboração do texto de sua Constituição Federal de 1988 e assim se pronunciou a respeito do ativismo no Supremo Tribunal Federal:

Neste aspecto, o Tribunal está adotando uma posição de alerta, chamando a atenção dos outros poderes para que tomem posição. Mas, a minha posição é a de que não são os juízes que fazem a revolução. Nunca o fizeram. Só que eles podem pressionar os outros poderes políticos dessa forma. E eu creio que é essa a posição do STF. (NASSIF, 2009)

Salienta Nassif que na Europa o Poder Judiciário não tem por costume decidir questões sobre “reservas indígenas, infidelidade partidária e nem sobre o uso das algemas pela polícia”, asseverando: “A partir da visão de que as algemas podem ser humilhantes para a pessoa humana, se buscou a igualdade para todo o cidadão e essa mensagem em termos da dignidade das pessoas está correta.” (NASSIF, 2009)

Sendo assim, é possível verificar que Canotilho contribuiu para o ativismo brasileiro e seu controle de constitucionalidade. O Brasil, vale dizer, recebeu reflexos desse mesmo movimento ocorrido na Europa, sobretudo a partir do Séc. XX.

Entretanto, ressalta-se que a concepção fundamental do direito em grande parte dos países europeus conta com a inspiração de Hans Kelsen, professor da Universidade de Viena que participou intensamente e de forma direta da elaboração do texto da Constituição da Áustria de 1920.

A doutrina kelseniana questionou a “Jurisdição Constitucional”, buscando entender “se esta desafiava ou não a doutrina da Separação dos Poderes, se violava a soberania parlamentar, perquirindo ainda se o *judicial review* fragilizava o princípio da segurança jurídica”. (KELSEN, 2003, p. 150-151)

Kelsen, à sua época, enxergava no magistrado a figura de um intérprete autêntico, entendendo que a previsão da totalidade dos fatos pelos legisladores seria algo impossível, sendo comum a elaboração das mais diversas conclusões judiciais. O Direito, na visão kelseniana, funcionava como uma moldura que poderia ser preenchida em diversos sentidos.

O direito a ser aplicado seria uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro desse quadro ou moldura, que preencha em qualquer sentido possível (KELSEN, 2003, p. 390).

Entretanto, é no que diz respeito às características materiais do modelo europeu de controle de constitucionalidade que reside a influencia europeia no ativismo que vem sendo desenvolvido no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal. O modelo criado por Kelsen, na forma como foi desenvolvido após a 2ª Guerra Mundial, implica a adoção de um posicionamento substancialista no debate teórico contemporâneo acerca do papel das Cortes Constitucionais.

Assim, surge a ideia de que a atuação da Jurisdição Constitucional é legítima na medida em que dá efetividade aos direitos fundamentais. Neste sentido, a interpretação constitucional tem papel relevante, já que cabe aos magistrados conferir normatividade aos preceitos constitucionais vagos que elencam tais direitos.

Kelsen concluiu que “a jurisdição constitucional é uma forma de garantia da eficácia jurídica da Constituição, pois o direito positivo zela para que possa ser anulado todo ato – excetuada a Constituição – que esteja em contradição com uma norma superior”. (KELSEN, 2003, p. 150-151)

Nesse sentido, inúmeros casos foram julgados. Entre estes, a paradigmática questão alemã conhecida como *Honegwell*. Ali, questionou-se a constitucionalidade de uma legislação segundo a qual, se o empregado tivesse mais de 52 anos de idade, o contrato de trabalho teria necessariamente que ser celebrado por tempo limitado. Houve o entendimento de que tal lei difundia a discriminação e a desigualdade social, tendo sido esse pleito acolhido e inteiramente reconhecido pelo Tribunal. (KELSEN, 2003, p. 151)

2.3 A INCORPORAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

O Brasil não mais convive com uma Constituição simbólica, de natureza tão somente política-ideológica resultantes de direitos e garantias fundamentais, sem qualquer função jurídico-instrumental. No processo redemocratização do Brasil, com a promulgação da Constituição de 1988, o país vivenciou um novo momento político, econômico e social. Neste novo momento destacaram-se os Poderes Legislativo e Executivo, cada qual com sua esfera de atuação estanque idealizada por Montesquieu, porém, “interagida, policêntrica e devidamente socializada” (BINENBOJM, 2006, p. 47).

Executivo e legislativo revelaram rapidamente crise de representatividade, de identidade e de legitimidade. Alguns autores atribuem essa crise a grande expansão das atividades administrativas e sociais

multifacetárias assumidas pelo Estado, bem como pela conseqüente avalanche das normas que visam às garantias constantes do novo texto constitucional.

Diante dessa mudança de cenário, dos questionamentos éticos e morais dos poderes Executivo e Legislativo e da falta de credibilidade perante os cidadãos, tem-se verificado que os representantes do Judiciário, diante de sérias e costumeiras omissões do Legislativo e do Executivo, sobretudo no que se refere à implementação de políticas públicas que são indispensáveis à efetivação do Estado democrático tem agido como legislador positivo dando vozes ao ativismo judicial, com o apoio popular que lança sua esperança no terceiro poder do Estado.

O Poder Judiciário passa então, por uma mudança filosófica, política e estrutural. Abandona o *passivismo* em suas decisões e renuncia ao *status* de mero aplicador da lei, assumindo a função de interpretação das normas constitucionais, na tentativa torná-las efetivas na promoção dos direitos fundamentais e das urgentes transformações sociais proclamadas pela democracia. (PASQUALINI, 1999, p. 22-23).

Diante da nova postura do Poder Judiciário a discussão existe e isso em função muitas vezes da proativa atuação do próprio Supremo Tribunal Federal, conforme atestam recentes e notórios precedentes e também as seguintes palavras do Ministro Celso de Mello no Anuário da Justiça de 2010:

O chamado ativismo judicial é uma resposta do Supremo a provocações formais da sociedade a partir de mecanismos criados pela Constituição para neutralizar o caráter lesivo das omissões do Congresso ou do Executivo. Nesses casos, não há interferência indevida do Supremo: o Tribunal está apenas cumprindo sua função (2010, p. 77).

Como pressuposto de uma justiça eficiente, o juiz ativista vem sendo consagrado como aquele que adota uma filosofia concretizante, apesar da omissão e debilidade dos demais poderes, revelando “uma visão progressista, evolutiva e reformadora, que sabe interpretar a realidade de sua época e

conferir às suas decisões um sentido construtivo e modernizante, orientando-se para a consagração dos valores essenciais em vigor”. (LEITE, 2008)

Mas, o protagonismo judicial provoca críticas incisivas ao ativismo, que se ampliam notavelmente quando a intervenção judicial recai sobre as políticas públicas. E isso pelo conforto institucional que se estabelece entre os três poderes quando o Judiciário frustra ações do Executivo e do Legislativo¹.

Ao falar do ativismo no Brasil Barroso afirma:

Em todos os casos o judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ela se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil. (2011, p. 279)

Ainda segundo Barroso, a postura ativista do poder judiciário se manifesta por meio de condutas que incluem: (i) aplicação direta da constituição em situações não expressamente contempladas em seu texto originário, tampouco manifestadas pelo legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos com base em critérios menos rígidos dos utilizados; (iii) a imposição de condutas ou de abstenção ao Poder Público em matérias de políticas públicas.

O Supremo Tribunal Federal vem aplicando o ativismo para o reconhecimento da normatividade dos princípios, ainda que não estejam escritos. Da mesma forma, identifica a dignidade da pessoa humana como o

¹ Embora se trate de discussão relativamente recente no Brasil, ela é antiga noutras partes do mundo: “No início do século XIX, durante a expansão da Revolução Industrial, iniciou-se um movimento de absorção das questões políticas pelo Poder Judiciário. Algumas questões que, no curso da história, sempre foram consideradas de caráter exclusivamente político, passaram a ser examinadas sob a ótica do Direito. É o que se convencionou designar como *political questions*, nos Estados Unidos, *acts of State*, na Grã-Bretanha, *actes de gouvernement*, na França, e *justizfreien Hoheitsakte*, na Alemanha” (CANELLA JUNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 73).

princípio fundamental mais importante, conferindo-lhe caráter norteador aos demais direitos fundamentais.

O quadro recente tem atraído a atenção da doutrina para a temática da relação entre políticas públicas e o direito. Afinal, se o protagonismo judicial resulta muitas vezes em incursão do Judiciário no âmbito das ações governamentais, torna-se necessário compreender as políticas públicas também sob o ângulo jurídico. Trata-se de um processo de aproximação entre direito e políticas que ainda está construindo as suas pontes:

Cada vez mais o tema das políticas públicas vai se infiltrando entre as preocupações do jurista, tendo merecido, no entanto, pouco trabalho sistemático nessa área. Não obstante, numa época em que o universo jurídico se alarga – em que os direitos sociais e transindividuais deixam de ser meras declarações retóricas e passam a ser direito positivados em constituições e leis, em busca de efetividade –, não seriam as políticas públicas um foco de interesse juridicamente pertinente, como “esquema de agregação de interesses e institucionalização dos conflitos? (BUCCI. 2006, p. 241)

Souza Neto ao abordar o tema da judicialização afirma:

O jurista americano Frederick Schauer critica a tendência de se apresentar como necessária a metodologia jurídica ‘particularista’, segundo a qual cabe ao Judiciário, ao apreciar um caso, considerar as finalidades subjacentes às regras aplicáveis e as circunstâncias específicas do contexto em que a decisão se insere. O particularismo, que passa a ostentar pretensões hegemônicas com a teoria contemporânea dos princípios, tende a produzir decisões mais justas, por permitir que juízes considerem particularidades que o legislador, ao editar normas gerais e abstratas, não é capaz de prever. A metodologia jurídica oposta, o formalismo, que vincula o juiz à aplicação da lei, tende a prover maior segurança jurídica, ao reduzir a discricionariedade judicial. A opção por um ou outro método depende da confiança que os cidadãos depositam nos juízes: se confiam plenamente na capacidade dos julgadores de tomarem decisões justas, tendem a optar pelo particularismo; se não confiam, a opção segura é o formalismo. Trata-se de decisão política. É o contexto em que as instituições têm seu funcionamento que define se a melhor opção é o particularismo ou o formalismo. Essa é uma das teses centrais do institucionalismo contemporâneo” (2010, p. 517)

2.3.1 Críticas ao Ativismo Judicial no Brasil

Não raras as vezes, o ativismo judicial vem sendo debatido com a terminologia “Judicialização da Política” ou “Politização do Direito” quando se refere a intervenção na campo político através de ações proativas dos magistrados, em especial do Supremo Tribunal Federal.

Hess ao falar sobre o tema afirma:

É importante que analisemos com mais profundidade as consequências introduzidas pela transformação do poder Judiciário na intervenção e controle de políticas públicas. Esse avanço representa, de um lado, a pretensão de garantir direitos sociais e difusos; mas, de outro, contrapõe-se às decisões políticas de poderes legitimados pela democracia representativa, desestabilizando a previsão orçamentária anual destinada ao Executivo, após aprovação do Legislativo. (2011, p. 3)

Cláudio Pereira de Souza Neto critica a legitimidade do Poder Judiciário atuar na concretização dos direitos sociais denominando essa ação de judicialização dos direitos sociais, dividindo suas críticas da seguinte forma:

2.3.1.1 Crítica liberal

Essa crítica é fundada na ideia de separação dos poderes. O governo deve ser das leis e não dos homens. A usurpação do Judiciário no campo social usurparia as competências do Executivo e Legislativo.

Souza Neto afirma que essa objeção desconhece o fato de que o modelo de separação dos poderes adotado no Brasil não é o da atribuição estanque de poderes, mas um complexo sistema de freios e contrapesos. Na verdade, o sistema constitucional Brasileiro trás em si várias outras hipóteses que configuram interferência muito mais grave no Poder Legislativo. A anulação de lei aprovada pelo Poder legislativo, ou seja, atuar como “legislador negativo” demonstra um ingerência ainda mais forte na esfera legislativa do que a elaboração de uma norma ou realizar uma aplicação por analogia, nos casos de inércia dos órgãos legislativos (2010, p. 517, nota de rodapé)

Quanto à objeção, de que os direitos sociais não são verdadeiros direitos fundamentais, e que o contrário seria inflacioná-los, é a de que exatamente a promoção dos direitos sociais é que realiza o princípio da igualdade. Os direitos sociais são condições da liberdade.

2.3.1.2 Críticas Democráticas

Cláudio Pereira de Souza Neto afirma que a concretização judiciária dos direitos sociais seria antidemocrática porque conduzida por agentes não-eleitos.

De fato, verifica-se a concessão progressiva de competências decisórias a órgãos não eletivos, sob o argumento de que são mais aptos para tomar decisões racionais e informadas. Desde Max Weber, o elitismo tem sido apresentado como corolário do incremento da 'complexidade administrativa'. É esse tipo de argumento que justifica ainda a transferência para agências reguladoras de competências antes conferidas ao legislador. A judicialização das políticas sociais faria parte desse mesmo movimento de ideias. (2010, p. 522-523)

O autor afirma que essa crítica não se sustenta porque o próprio Judiciário pode exercer importante papel na garantia das condições para que a deliberação pública se instaure adequadamente. Afirma o autor: "tais condições envolvem as liberdades básicas, mas também os direitos sociais fundamentais." (SOUZA NETO, 2010, p 525)

Ainda segundo Sousa Neto há aqueles que sustentem que conferir ao Poder Judiciária a aplicação direta dos direitos sociais implicaria na permissão da execução de um projeto ideológico particular, tarefa que caberia apenas à deliberação majoritária. Assim, a judicialização das políticas sócias possibilitaria que o Judiciário transpusesse de maneira indevida a imparcialidade da política.

A crítica é, em parte, procedente. Uma constituição muito abrangente (no sentido de ideologicamente vinculada) e analítica tende a conferir ao Judiciário um âmbito de atuação excessivamente alargado. Alguns defensores da judicialização comprometidos com o estado do bem-estar social podem não concordar com essa observação. Mas provavelmente adeririam a ela se a Constituição estabelecesse, ao contrário do que ocorre atualmente, um projeto vinculado a uma concepção libertariana, prevendo, como programa de ação, a desestatização da economia. Não pareceria absurdo submeter as gerações futuras a esse tipo de restrição?

A crítica, contudo, não merece adesão integral, pois não considera que também os direitos sociais, no limite da fundamentalidade, conformam a estrutura básica do regime democrático e, por isso, se inserem na esfera da imparcialidade política. Tais direitos funcionam como condições de possibilidade da democracia. A 'real influência' sobre os destinos da comunidade. Sem direito à educação, por exemplo, o cidadão, em geral, possui menores capacidades reais para influenciar a vida pública. Quando o judiciário o garante, não viola o princípio democrático: afiança a conformação de um

contexto adequado à manifestação efetiva da vontade popular”. (2010, p. 522-523)

Outra crítica democrática é a de que a concretização judicial de direitos sociais fomenta o estabelecimento de relações individualistas de clientela entre Estado e cidadãos. Isto é, o fato de o Poder Judiciário prover prestações sociais faria com que os cidadãos se desmobilizassem para a luta política, optando pela busca individual de seus interesses, formando-se um quadro de apatia política dos cidadãos.

O autor discorda, afirmando basicamente que a garantia judicial de direitos sociais tem efeito oposto, gerando ações coordenadas da sociedade e provocando alterações da política pública, tudo sob uma estratégia da sociedade mais ampla.

2.3.1.3 A Crítica Financeira

Na tentativa da judicialização política dos direitos sociais chama a atenção os reflexos financeiros que a decisão pode causar, em específico a objeção do princípio da “reserva do possível”, cujo conceito foi originário da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Estabelecido no julgamento de ação ajuizada com o fim de obter matrícula no ensino superior público, sob o argumento de que se tratava de garantia necessária da liberdade de escolha da profissão. Aquela Corte indeferiu o pedido por entender que a garantia de direitos sociais depende da disponibilidade de recursos. (SOUZA NETO 2010, p. 526)

O STF já afirmou que “a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais” (BRASÍLIA, STF, ADPF 45, Rel. Min. Celso de Melo, 2004).

Ora, se inexistem condições materiais e concretas para efetivar a decisão, uma possível condenação será inefetiva. O problema de se ignorar o princípio da reserva do possível não está na legitimação, mas sob o prisma democrático, o poder judiciário estaria legitimado para garantir a observância do artigo 7º, IV da Constituição Federal. O problema seria de executoriedade.

Se a norma constitucional está inserida no âmbito da fundamentalidade, o Estado deve provar que está faticamente impossibilitado de cumpri-la. Se a norma não está compreendida nessa esfera, sua concretização deve ocorrer de acordo com a disciplina legislativa ou administrativa, ainda que o Estado disponha de recursos suficientes para prover a prestação.

A verificação da insuficiência dos recursos públicos deve, contudo, considerar não só o caso concreto, mas também a totalidade dos casos semelhantes. Deve-se ponderar se a decisão judicial seria exequível se a providência fosse universalizada. O governo não tem recursos para construir casas para todos os cidadãos brasileiros que não possuem moradia adequada, apesar de o custo de uma casa ser insignificante se comparado ao orçamento público. O parâmetro da universalização é fundamental para tornar a ação do Estado coerente e imparcial. Do contrário, apenas os cidadãos que obtiveram sucesso em suas ações judiciais teriam seus direitos sociais efetivados, invertendo-se a lógica igualitária subjacente aos direitos fundamentais.

[...]

O grande desafio não é discutir se os direitos sociais são ou não exigíveis, mas estabelecer parâmetros adequados de concretização (SOUZA NETO. 2010, p. 526,527)

Dentro deste contexto podemos citar o parâmetro da universalização adotado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Dada a carência de recursos não pode o Estado privilegiar um doente em detrimento de centenas de outros, também carentes, que se conformam com as deficiências do aparelho estatal. Não pode o Poder Judiciário, a pretexto de amparar a autora, imiscuir-se na política de administração pública destinado ao atendimento da população. (RIO DE JANEIRO, TJRJ, AC n. 1994.001.01749, Rel. Des. Carpena Amorim, 1994)

2.3.1.4 A Crítica Administrativa

Após a demonstração dos efeitos financeiros do ativismo, outro aspecto que é frequentemente apontado, refere-se a possibilidade de que a

atuação judiciária na concretização de direitos sociais poderia desorganizar a Administração Pública.

A desorganização poderia ocorrer se os administradores públicos ao invés de se dedicarem ao planejamento e execução das políticas públicas, acabarem por concentrar seus esforços no atendimento das demandas individuais resultantes de decisões do Poder Judiciário. O administrador, temendo as consequências da inobservância de uma ordem judicial, poderia sacrificar medidas de maior alcance.

Souza Neto destaca a importância de se aprofundar o “diálogo institucional”. Os magistrados não devem considerar apenas os elementos que estão diretamente envolvidos no caso, mas sim todas as implicações que decorrem das suas decisões para o andamento regular da gestão pública (2010, p. 529)

2.3.1.5 A Crítica Econômica

Souza Neto aborda ainda o lado econômico do ativismo judicial, a crítica econômica à concretização pelo poder judiciário dos direitos sociais, cada vez mais vem ganhando relevância no Brasil, tendo como base a influência norte-americana. Sobre o aspecto econômico do direito, existem os defensores da teoria de que as decisões judiciais sejam aferidas através de um juízo consequencialista, e que a melhor decisão seria aquela que produz melhores efeitos práticos e não as que necessariamente se submetem às regras legais.

Concebendo as políticas públicas, com a observância de parâmetros próprios da dogmática dos direitos fundamentais, o poder judiciário estaria impedindo a maximização das benéficas geradas pelos investimentos públicos, o que somente seria possível alcançar através de uma análise do cálculo custo x benefício, a cargo da análise econômica. Sendo assim, a tentativa de promover o bem estar social pelo judiciário, na prática, culminaria na redução do impacto da atuação pública, podemos citar como exemplo a política de

distribuição de medicamentos praticada no Brasil (SOUZA NETO, 2010, p. 532).

O argumento pragmático é “um argumento das consequências que avalia um ato, um acontecimento, uma regra ou qualquer coisa, consoante suas consequências favoráveis ou desfavoráveis” (PERELMAN.1997, p. 10).

2.3.1.6 A Crítica da Desigualdade quanto ao Acesso à Justiça

Souza Neto ao criticar a atuação ativa do poder judiciário aponta a dificuldade do acesso a justiça que predomina a classe média e exclui o pobre. Se o objetivo do ativismo é promover a efetivação dos direitos, não se pode conferir essa promoção a apenas uma parcela da sociedade.

Após analisar o surgimento do ativismo judicial, a forma com que o movimento foi incorporado no Brasil e as críticas que o STF recebe pela forma com que concretiza suas ações, torna-se relevante verificar a relação entre as políticas públicas e o Poder Judiciário em sua ação ativista.

O próximo capítulo pretende abordar a temática das políticas públicas, incluindo as tributárias, e a concretização de direitos sociais previstos na Constituição Federal a partir de julgados do Supremo Tribunal Federal.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS E O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

As modificações feitas à administração pública visando alcançar os objetivos do Estado Democrático de Direito previstos nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal passaram a pesar na definição das políticas públicas.

Segundo Piovesan, citado por Hess, o controle judicial das políticas públicas torna-se um marco neste momento histórico de transição democrática que vivemos, com a evolução dos direitos humanos de 1ª geração à 4ª geração, que seriam os direitos sociais, coletivos, difusos e dos povos (2010, p. 76).

Para tanto, a primeira questão está em se compreender o que seriam “políticas públicas”. Höfling, citado por Hess, simplificando o tema afirma que políticas públicas são, basicamente, decisões tomadas, caminhos de implementação traçados e modelos de avaliações aplicados a uma estratégia de ação governamental, em uma determinada sociedade em determinado período histórico (2010, p.78)

Maria Paula Dallari Bucci oferece a seguinte definição:

Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são “metas coletivas conscientes” e, como tais, um programa de direito público, em sentido lato. (2006, p. 241)

Essa percepção faz inferir que uma expressiva parcela das políticas públicas se realiza em projetos de concreção de direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais descritos no art. 6º da Constituição brasileira, que dentre outros descreve como direitos sociais a moradia, a educação, a saúde.

Este modelo coloca o Estado como protetor e defensor da sociedade, sendo o responsável por prover ações que visam melhoria nas condições de vida da população. O dever do Estado é assegurar políticas que garantam serviços públicos e proteção.

O Poder Judiciário mostrou não possuir preparo para decidir os massificados e multifacetários conflitos oriundos da rápida mudança social marcada pelas transformações econômicas e sociais globalizadas, persistindo, no cenário nacional, a tradicional via jurisdicional, uma vez que o judiciário está legitimado pela Constituição Federal (HESS, 2011, p. 02).

A crise no Poder Judiciário é marcada pela burocracia, ineficiência, distanciamento do “tempo do judiciário com o tempo da realidade social”, morosidade dos procedimentos das decisões judiciais o que legitimou uma intervenção do poder judiciário das ações estatais através de um controle misto de constitucionalidade de leis e atos normativos, conotada de Ativismo Judicial (HESS. 2011, p. 03).

A partir desta estrutura verifica-se que o ativismo encontra fontes nos marcos normativos que balizam as atividades do Supremo Tribunal Federal. Contudo, da atuação concreta do Supremo, é possível verificar distorções dos dispositivos constitucionais que regulam a atividade com um afastamento da obra do Poder Constituinte Originário, gerando um possível cerceamento das atividades de outros poderes, sendo mais fortemente atacado o legislativo, o qual tem sua função típica legislar.

Um exemplo clássico das alegações acima foi a edição da Súmula Vinculante 11 do STF que afirma:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. (BRASÍLIA, STF, Súmula Vinculante 11)

Denota-se da decisão acima que o Supremo Tribunal Federal, diante de uma carência legislativa sobre o assunto, estabeleceu normas para o uso de algemas, e penalidades para a não observância das regras a ponto de poder

ser declarada nula a prisão efetuada se não for observados os requisitos sumulados.

Verificando os precedentes que deram origem a súmula 11, quais sejam Habeas Corpus: 89.429/RO, 71.159-2/SP, 91.952/SP, dentre vários outros, o Supremo Tribunal Federal ao analisar os casos concretos, dispensava o uso de algemas sob o argumento de que tal, de maneira impositiva, afrontaria o princípio da dignidade da pessoa humana, configurando constrangimento ilegal.

Já na análise dos argumentos que motivaram a edição da Súmula 11 STF a Corte analisou a questão sob outra perspectiva, sem afastar a afronta que poderia causar o uso indevido de algemas, o Supremo Tribunal Federal ficou incomodado com futuras não observâncias da decisão, o Ministro Cezar Peluzo em parte de seus argumentos sintetiza o temor da corte e manifesta a necessidade do próprio tribunal criar novos direito afirmando:

Creio que não basta o enunciado. É preciso que o Tribunal deixe claras as consequências jurídicas da inobservância da súmula vinculante. Isto é, o Tribunal não pode transformá-la em mera recomendação, no sentido de que os agentes de autoridade possam, segundo o seu arbítrio, cumpri-la, ou não, sem nenhuma consequência.

E com esses argumentos, acompanhados dos demais ministros da Corte, o STF agiu como legislador positivo criando novas normas de observância obrigatória, sem que em nenhum momento fosse questionada pela Corte a legitimidade do órgão para tanto.

3.1 POLÍTICAS PÚBLICAS TRIBUTÁRIAS E O ATIVISMO JUDICIAL

Especificamente falando das políticas tributárias, sabe-se que são medidas adotadas, por exemplo, para a consecução de objetivos extrafiscais, o que já revela a ligação entre suas finalidades e a “realização de objetivos

socialmente relevantes”². Mas mesmo quando dirigidas ao âmbito econômico ou puramente fiscal mesmo, ainda assim, as políticas tributárias são ações coletivas idealizadas para que possam produzir efeitos sociais, cujos benefícios possam ser sentidos por toda a sociedade. Então, quando esse aspecto é levado em conta, percebe-se que as políticas tributárias também se integram na categoria das políticas públicas em geral. Essa é a visão defendida por Maria Paula Bucci:

Considerando-se hoje a abrangência dos direitos fundamentais, que em sucessivos pactos internacionais, depois ratificados e internados nas ordens jurídicas nacionais, vêm sendo ampliados, a ponto de abranger hoje o direito síntese do desenvolvimento, deixo de separar dicotomicamente as políticas públicas das políticas sociais. Para essa definição, mesmo as políticas públicas relacionadas apenas medianamente com a concretização de direitos, tais como a política industrial, a política energética etc., também carregam um componente finalístico, que é assegurar a plenitude do gozo da esfera de liberdade a todos e a cada um dos integrantes do povo. Portanto, toda política pública pode ser considerada, nesse sentido, ao mesmo tempo política social (BUCCI, 2010. P. 13)

Se as políticas públicas em geral - e nessa generalidade se inclui a política tributária - encontram fundamento na constituição e nas leis, a consequência é que essas ações governamentais estão relacionadas a direitos e assim podem ser judicialmente questionadas:

Disso tudo surge uma inarredável conclusão: qualquer tipo de ação - coletiva, individual com efeitos coletivos ou meramente individual - pode ser utilizada para provocar o Poder Judiciário a exercer o controle e a possível intervenção em políticas públicas. (GRINOVER. 2010 p. 125)

Mas, se a principiologia constitucional é frequentemente invocada como fundamento para o questionamento judicial das políticas públicas, também é verdade que as objeções a essa forma de protagonismo judicial buscam fundamento na Constituição. E a principal objeção retórica que se opõe a esse ativismo é a que se concentra no princípio da separação dos poderes. Esse dogma, pontualmente, é utilizado com fundamento para a contenção judicial. Cite-se como exemplo o seguinte julgado: “Consolidou-se no STF e no STJ o entendimento de que é inviável a conjugação de leis penais benéficas, dado que tal implicaria espécie de criação de terceira norma, com a

² Trecho do conceito de políticas públicas citado por Bucci no item 3 desta dissertação

violação do primado da separação dos poderes”. (Brasília, STJ, HC 114762, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Mourda, DJ 28.06.2011)

No entanto, esse argumento retórico da separação dos poderes vem sendo atacado pela doutrina especializada já há algum tempo. Uma primeira resposta é a de que a própria Constituição admite graves censuras judiciais contra os outros Poderes:

Na verdade, a ordem constitucional brasileira já contempla inúmeras hipóteses que configuram interferências muito mais graves na esfera do poder legislativo. Declarar a nulidade de uma norma aprovada pelo Legislativo (ou seja, atuar como ‘legislador negativo’) pode representar uma interferência muito mais grave na esfera legislativa que elaborar a norma, ou aplicá-la por analogia, na hipótese de inércia dos órgãos legiferantes. (Brasília, STJ, HC 114762, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Mourda, DJ 28.06.2011)

Também rebatem a objeção fundada do dogma da separação dos Poderes a doutrina que se propõe a analisar histórica e cientificamente esse princípio, sustentando que há sobre ele uma má compreensão:

O que é compreendido como a “teoria da separação dos poderes” é, no entanto, uma simples visão enviesada das ideias de Montesquieu, aplicada a um regime presidencialista, em uma sociedade que é infinitamente mais complexa do que aquela que Montesquieu tinha como paradigma.

[...]

Não se pode esquecer que a chamada “teoria da separação dos poderes”, atribuída a Montesquieu, baseia-se sobretudo em um capítulo do seu “Espírito das Leis”, no qual Montesquieu ‘descreve’ o sistema político inglês por volta de meados do século XVIII, e que isso tem muito pouco em comum com as democracias presidencialistas contemporâneas. Cf. Montequieu, De l’esprit des lois, XI, 6. (SILVA. 2010, p 589)

Destaquem-se nesse mesmo sentido as palavras de Hermes Zaneti:

Atualmente, não se discute mais a separação de poderes como regra limitadora do controle judicial de políticas públicas. Muito embora ela seja utilizada em um ou outro precedente judicial para deixar de analisar a questão de mérito, ou como argumento retórico, na verdade, as razões para decidir são sempre outras. Isso porque, no moderno estágio de evolução da doutrina, todo poder é uno no Estado e emana do povo, sendo apenas distribuídas as funções pelos diversos órgãos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. Funções típicas e atípicas exercidas em um quadro de normalidade institucional. A doutrina da separação rígida tornou-se, nessa perspectiva, um dos pontos mortos do pensamento político, incompatível com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo (2010, p. 61-62)

Nessa mesma linha, a acusação de que haveria um déficit democrático no Judiciário é respondida frequentemente pela ideia de que a própria

Constituição legitimaria a atuação dos juízes. De fato, verifica-se a concessão progressiva de competências decisórias a órgãos não eletivos, sob o argumento de que são mais aptos para tomar decisões racionais e informadas. Desde Max Weber, o elitismo tem sido apresentado como corolário do incremento da 'complexidade administrativa'. É esse tipo de argumento que justifica ainda a transferência para agências reguladoras de competências antes conferidas ao legislador. A judicialização das políticas sociais faria parte desse mesmo movimento de ideias. (2010, p. 522-523)

Outra crítica constante é a de que o juiz, quando decide, não tem condições de antever as consequências econômicas de sua decisão.

Souza Neto quando fala sobre o aspecto econômico à concretização judicial das políticas públicas analisa o aspecto que as decisões judiciais são auferidas a partir de um juízo consequencialista. E neste sentido, a melhor decisão será aquela que melhor produz efeitos práticos e não necessariamente a que se subsume às regras legais. Ao se conceber políticas públicas em conformidade com parâmetros próprios da dogmática dos direitos fundamentais, o Judiciário impede a maximização dos benefícios produzidos pelos investimentos públicos. Essa maximização só poder ser alcançada através do cálculo custo-benefício próprio da análise econômica e sendo assim, ao invés de promover o bem-estar social, a judicialização das políticas sociais, na prática, estaria levando à redução do impacto da atuação pública. (2010, p. 532-533)

Um exemplo apontado por Souza Neto, no qual se faz críticas a análise econômica diz respeito a política da distribuição de medicamentos praticada no Brasil.

Há algumas respostas para esse tipo de objeção. [...] Em regra, distribuir medicamentos ou construir creches tende ser mais importante que custear shows de música, propaganda governamental ou obras faraônicas. Inclusive, se a Administração já costuma investir significativamente em políticas sociais, a presunção de legitimidade de suas opções deve ser reforçada, demandando controle jurisdicional mais flexível. Por outro lado, se a Administração pretere esse tipo de investimento, o controle jurisdicional deve ser mais rigoroso. Além disso, o argumento econômico, quando utilizado para negar efetividade a direitos sociais, tende incorrer em utilitarismo incompatível com a dignidade da

pessoa humana. Não é possível permitir a morte de pacientes se o Estado dispõe de recursos para evitá-la. Os juízos consequencialistas só são compatíveis com a ordem constitucional quando servem para orientar o Judiciário na escolha de uma das possibilidades interpretativas a que se abre o texto constitucional, dentre as que se harmonizam com a dignidade humana. (2010, p. 532-533)

Em outra percepção podemos vislumbrar a manifestação de um juízo consequencialista analisando matéria tributária, contribuições previdenciárias decorrentes das relações de trabalho reconhecidas em juízo.

A discussão surgiu na Justiça Trabalhista sobre os juros de mora e a multa das contribuições previdenciárias decorrentes das relações de trabalho reconhecidas em juízo e do não-recolhimento dessas contribuições.

O Tribunal Superior do Trabalho firmou jurisprudência no sentido de que a incidência de juros e multa moratória sobre contribuições previdenciárias decorrentes de decisão judicial somente devem incidir a partir do segundo dia do mês seguinte ao da liquidação de sentença. Tese contrária a do Fisco, de que esses encargos moratórios deveriam ter incidência a partir de quando os salários deveriam ter sido pagos, no contexto da relação de emprego, acabou vencida.

Buscando reverter esse quadro, a União editou a Medida Provisória nº 449, de 2008, que acrescentou ao artigo 43 da Lei n. 8.212/91 os parágrafos 2º e 3º com a seguinte redação:

Art. 43. Nas ações trabalhistas de que resultar o pagamento de direitos sujeitos à incidência de contribuição previdenciária, o juiz, sob pena de responsabilidade, determinará o imediato recolhimento das importâncias devidas à Seguridade Social.

[...]

§ 2º Considera-se ocorrido o fato gerador das contribuições sociais na data da prestação do serviço. (Incluído pela Medida Provisória nº 449, de 2008)

§ 3º As contribuições sociais serão apuradas mês a mês, com referência ao período da prestação de serviços, mediante a aplicação de alíquotas, limites máximos do salário-de-contribuição e acréscimos legais moratórios vigentes relativamente a cada uma das competências abrangidas, devendo o recolhimento das importâncias devidas ser efetuado até o dia dez do mês seguinte ao da liquidação da sentença ou da homologação do acordo. (Incluído pela Medida Provisória nº 449, de 2008)

Explicitando os intentos que estiveram na base da medida provisória, consignou-se na Exposição de motivos Interministerial nº 161/2008 - MF/MP/MAPA/AGU o seguinte:

17.6. No art. 43 a alteração decorre da necessidade de se explicitar melhor a forma de execução das contribuições sociais incidentes sobre as verbas resultantes de decisões em Reclamatórias Trabalhistas:

a) a Constituição Federal de 1988 determina a execução das contribuições sociais pelo órgão da Justiça do Trabalho, nos termos do inciso VIII do art. 114. Diante do comando constitucional, demonstrou-se a necessidade de se verificar maior detalhamento por parte da norma (art. 43 da Lei nº 8.212, de 1991) para que a atribuição seja desempenhada sem as dúvidas que a redação atual da Lei tem gerado na prática. [...]

b) também imprescindível é determinar expressamente em que momento ocorre o fato gerador das contribuições sociais devidas e quando o contribuinte ou responsável pelo pagamento do tributo deve efetuar o recolhimento das contribuições executadas no âmbito trabalhista. [...]

Ou seja, os referidos encargos moratórios deveriam correr, mês a mês, a partir da data da prestação do serviço.

No entanto, o TST afastou a literalidade dos novos dispositivos e, realizando o que chamou de uma leitura sistemática do tema, manteve intacta a sua jurisprudência anterior, valendo citar dentre centenas de precedentes o do RR - 3825-24.2010.5.02.0000:

A decisão do regional, ao concluir no sentido de que o fato gerador da contribuição previdenciária é a prestação de serviços e não o pagamento das verbas trabalhistas, negou vigência ao art. 195, I, -a-, da CF.

(...)

Com o advento da nova Lei 11.941/09, cumpre acrescentar alguns fundamentos acerca do tema.

Segundo o art. 195, I, a, da CF:

-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:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício.

(...)

Da leitura desses preceitos, infere-se que as contribuições previdenciárias devem ser pagas a partir da constituição da obrigação que, na hipótese de ação trabalhista, ocorre com o trânsito em julgado da sentença de liquidação ou da sentença que homologa o acordo. Nesse sentido, só haverá incidência de juros de mora e de multa se a parte executada não efetuar o recolhimento da parcela devida ao INSS no prazo legal.

(...)

O § 2º do preceito legal transcrito, ao fixar que -considera-se ocorrido o fato gerador das contribuições sociais na data da prestação do serviço-, deve ser interpretado de forma sistemática e harmônica com as demais disposições legais e constitucionais que tratam da matéria (CF/1988, CTN e CLT), sobretudo com o inciso II do art. 116 do CTN, que estabelece: -tratando-se da situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável-.

(...)

Tal compreensão seria ainda contrária à norma constitucional inscrita no art. 150, IV, que estipula a vedação de ser o tributo utilizado com efeito de confisco. Essa norma proíbe a instituição de tributos excessivamente onerosos, devendo a carga tributária total ser razoável, configurando-se, pois, um ônus suportável. Nessa linha, não seria aceitável o cômputo de juros de mora e multa desde o momento da prestação de trabalho, quando a exigibilidade da obrigação só ocorreu em juízo.

Desse modo, a nova redação do citado artigo, se interpretada com as normas constitucionais e legais que regem a matéria, não autoriza o entendimento de ter sido alterada a forma de cálculo das contribuições previdenciárias devidas em decorrência de decisão judicial.

Como se vê, extraíram-se fundamentos constitucionais – artigos 195, I, a, e 150, IV – para afastar-se a literalidade da Lei nº 11.941/2009.

Em juízo, o Fisco, na figura do INSS, sustentou que o TST estaria afastando a lei, sob a forma de uma velada declaração de inconstitucionalidade. Essa argumentação foi rejeitada por diversas vezes, até que no julgamento do RR 14933-93.2010.5.04.0000, que retratava caso idêntico aos anteriores, a 6ª Turma do Tribunal optou por “declarar a inconstitucionalidade do dispositivo legal (no caso, o artigo 43 da Lei nº 8.212/91) e alçar a matéria, em Reserva de Plenário, nos termos da Súmula Vinculante nº 10 do STF.

A questão de estar ou não havendo declaração de inconstitucionalidade no caso ainda não foi apreciada pelo TST e a mesma 6ª Turma, noutras oportunidades, afirmou que tal declaração não estaria ocorrendo.

Esse caso retrata mais um episódio de confronto entre o Fisco – na sua dimensão legislativa – e o Judiciário. O Tribunal Superior do Trabalho, mesmo diante da literalidade da forma, decidiu por frustrar os objetivos do Poder Executivo e isso mediante uma fundamentação pouco clara.

Na fundamentação dos precedentes do TST sobre o assunto também se verifica a ausência de considerações acerca dos objetivos dessa alteração legislativa. Objetivos que são manifestações da política tributária. Não se levou em consideração, por exemplo, a função pedagógica dos encargos moratórios, no sentido de dissuadir o inadimplemento dos empregadores, não apenas em detrimento do Fisco, mas também dos empregados. Esses objetivos estão na base da política tributária, que é pensada globalmente, coisa que os julgadores não levaram em conta.

Também não se vê no debate nenhum enfoque consequencialista, como, por exemplo, aquele que poderia levar em conta a possibilidade dessa jurisprudência configurar um verdadeiro estímulo à litigância, pois o entendimento é que somente após a liquidação das sentenças trabalhistas os juros e a multa incidiriam. Quer dizer, melhor que cumprir as obrigações trabalhistas seria aguardar eventual demanda dos empregados, pois somente aí surgiria a obrigação pelas verbas salariais e encargos previdenciários, sem que se possa falar quanto a estes encargos, até a liquidação da sentença, em juros ou multa.

Em síntese, optou o Judiciário, nesse caso, por uma fundamentação exclusivamente voltada ao tecnicismo jurídico, fechada a aspectos globais que estão na base nas políticas públicas, como é a política tributária.

A par dos argumentos acima, vários outros se prestam a esclarecer a compatibilidade entre a ampliação dos poderes jurisdicionais e a Constituição. E a jurisprudência atual é uma demonstração de que no plano prático o Judiciário vem colmatando inevitáveis lacunas legislativas e déficits executórios do Executivo.

Assim, não se discute mais, ao menos no senso predominante, a legitimidade da atuação criativa e proativa do Judiciário. A questão que resta parece ser a dos parâmetros. Existe atualmente um esforço dos

teóricos para se encontrar parâmetros que capazes de balizar a atividade jurisdicional em sua incursão nas políticas públicas.

Todas essas percepções, que extraem “do sistema”, de disposições “implícitas”, a ideia de que a imunidade tributária recíproca é “uma decorrência pronta e imediata do postulado da isonomia dos entes constitucionais” (BRASÍLIA, STF, AI 174. 808, Rel. Min. Maurício Corrêa. 1996) assinala nesse tema a marca da fluidez interpretativa, da leitura principiológica, e, em consequência, atraem-se dificuldades hermenêuticas específicas.

Um exemplo do tipo de discussão que esse quadro propicia se verifica nos precedentes do Supremo Tribunal Federal que se destacam a interpretação literal da Constituição para estenderem o alcance da imunidade recíproca a empresas públicas e a sociedades de economia mista que atendam a determinados requisitos³.

Essa leitura principiológica da Constituição, por meio da qual o Poder Judiciário se permite desapegar-se do texto da lei, para extrair dele decorrências lógicas, sentidos implícitos e suprir lacunas, tem as suas consequências e uma delas é provocar o temor de que as funções do Poder Legislativo estejam sendo usurpadas.

O crescimento do ativismo judicial é já um fato tido como certo. Segundo Dieter Grimm não pode haver dúvida de que, em consequência desse desenvolvimento, o Legislativo perde poder. Para ser exato, ele perde o poder de permanecer inativo em face de um perigo manifesto para um direito fundamental ou o poder de preterir grosseiramente um interesse

³ No Informativo nº 628 do STF constam os seguintes: 1) operar como salvaguarda do pacto federativo, para evitar que a tributação funcione como instrumento de coerção ou indução de um ente sobre o outro; 2) proteger atividade desprovida de capacidade contributiva, isto é, atividades públicas em sentido estrito, executadas sem ânimo lucrativo; e 3) não beneficiar a expressão econômica de interesses particulares, sejam eles públicos ou privados, nem afetar intensamente a livre iniciativa e a livre concorrência, excetuadas as permissões constitucionais.

constitucional protegido em favor de outro. O poder perdido pelo legislador é ganho pelo Poder Judiciário. (2007, p. 164).

Mas, como dito, juntamente com essa mudança se pergunta: não haveria nessa migração de poder um golpe na democracia? Afinal, o Legislativo é eleito, mas o Judiciário, não.

3.1.1 O ativismo judicial sobre as políticas tributárias e sobre questões relativas à administração tributária

As políticas públicas são essencialmente destinadas à efetivação de direitos coletivos e sociais. Exemplos de direitos dessa natureza encontram-se descritos no art. 6º da Constituição de 1988:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Mas também são objeto de políticas públicas a questões ambientais, econômicas e tributárias.

A atuação do Poder Judiciário no processo de execução das políticas públicas voltadas à efetivação desses direitos vem já há algum tempo associada ao entendimento de que os juízes devem exercer uma função subsidiária nesse campo. É o que sustentavam Christian Courtis e Victor Abramovich:

Por ello, el Poder Judicial no tiene la tarea de diseñar políticas públicas, sino la de confrontar el diseño de políticas asumidas con los estándares jurídicos aplicables y – en caso de hallar divergencias – reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia. Cuando las normas constitucionales o legales fijan pautas para el diseño de políticas públicas y los poderes respectivos no hayan adoptado ninguna medida, corresponderá al Poder Judicial reprochar esa omisión y reenviarles la cuestión para que elaboren alguna medida. Esta dimensión de la actuación judicial puede ser conceptualizada como la participación en un <<diálogo>> entre los distintos poderes del Estado para la concreción del programa jurídico-político establecido por la constitución o por los pactos de derechos humanos. (2004, p. 251)

Essa diretriz, de que a omissão dos demais poderes legitima a intervenção judicial, encontra respaldo em uma jurisprudência segundo a qual “o exame de suficiência da política pública incumbe ao Poder Judiciário, como forma e assegurar o conteúdo mínimo de proteção”. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 70028084986, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Miguel Ângelo, julgado em 25.02.2009)

Trata-se de um parâmetro que já foi algumas vezes adotado pelo Supremo Tribunal Federal, como exemplifica o precedente abaixo:

Não há dúvida quanto à possibilidade jurídica de determinação judicial para o Poder Executivo concretizar políticas públicas constitucionalmente definidas, como no presente caso, em que o comando constitucional exige, com absoluta prioridade, a proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes, claramente definida no Estatuto da Criança e do Adolescente. [...]

No presente caso, vislumbra-se possível proteção insuficiente dos direitos da criança e do adolescente pelo Estado, que deve ser coibida, conforme já destacado. O Poder Judiciário não está a criar políticas públicas, nem usurpa a iniciativa do Poder Executivo. (Brasília, STF, SL 235, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 04.08.2008)

Ocorre que esse é um critério que responde unicamente se, em dado caso concreto, o Judiciário deve ou não atuar. Ou seja, esse critério não diz como deve ser a atuação dos juízes nesse campo. Talvez por essa ausência de decisões que digam como devem atuar a jurisdição nas políticas públicas é que as críticas que se fazem ao protagonismo judicial se concentram precisamente na ideia de que os tribunais fariam isso sem balizas e parâmetros conhecidos.

Essas críticas assumem direção muitas vezes oposta: diz-se às vezes que o tribunal não teve coragem para de fato mudar o estado das coisas; noutras vezes, e isso se verifica mais frequentemente na academia, que houve invasão nas funções dos outros poderes. Porém, seja num sentido ou noutra, as perplexidades tem como traço comum a percepção de que o Judiciário, e especialmente o STF, não se basearia em critérios ou parâmetros minimamente conhecidos. Teme-se sempre a arbitrariedade.

Neste trabalho não se apontarão possíveis parâmetros, a não ser para fins de exemplificação. O que se buscará é identificar quais são as possíveis características e peculiaridades que envolvem a discussão judicial sobre políticas públicas, no que se inclui a política tributária e verificar a possibilidade de utilização da teoria dos conceitos fundamentais de Wesley Newcomb Hohfeld como uma possibilidade de estabelecer critérios as decisões do Supremo.

Em resumo, o objetivo é verificar se as especificidades, tanto das relações jurídicas decorrentes das políticas públicas (em especial as tributárias) como dos direitos que essas políticas visam efetivar, devem condicionar de alguma forma as decisões judiciais sobre essas questões. Ou colocado de outra forma: se existe algo que justifique a busca por específicos parâmetros de julgamento, a serem utilizados pelo Judiciário na apreciação das políticas públicas.

Assim, nas questões que envolvem as consequências jurídicas resultantes das políticas públicas podem-se apontar duas peculiaridades: a) o Judiciário não pode visualizar as relações jurídicas decorrentes das políticas públicas da mesma forma que se visualizam as relações jurídico-privadas; b) os direitos que as políticas públicas buscam efetivar tem objetivo específico, mais precisamente o de promover transformações sociais e igualdade material.

As discussão judicial dessas políticas ganha especial complexidade na ordem jurídica brasileira, que, a par de uma Constituição repleta de normas programáticas, tem uma legislação extensamente codificada, nos moldes do *civil law*, mas que possui ao mesmo tempo um progressivo movimento no sentido do fortalecimento dos precedentes, com o que se inicia uma curiosa aproximação do *common law*. Assim, ao lado da fórmula do *civil law*, que extrai das normas legisladas relações jurídicas individuais, que criam pretensões e impõem prestações, passa a conviver a ideia de criação judicial do direito, que no plano constitucional desfruta de maior liberdade hermenêutica. Oswaldo Canella assim sintetiza esse quadro:

No Brasil, após anos de arbítrio e concluída a transição democrática iniciada em 1985, o Poder Judiciário brasileiro viu-se diante da Constituição de 1988. Um modelo de Estado social foi adotado, ao passo que as várias gerações de direitos fundamentais foram institucionalizadas.

Plexos de normas programáticas foram inseridos no bojo da Constituição, sinalizando o intento do legislador constituinte de promover a efetivação dos direitos fundamentais de segunda e de terceira gerações. Por fim, manteve a Constituição brasileira o sistema de controle judicial de constitucionalidade, ampliando sobremaneira a competência do Poder Judiciário, em especial a do Supremo Tribunal Federal, como órgão de superposição máxima.

O Estado brasileiro adotou, portanto, o constitucionalismo democrático americano como a sua tipologia de Administração da Justiça, inserindo o Poder Judiciário entre as formas de expressão do poder estatal. Contudo, segue o sistema romano-germânico, tal como a França, situação que gera contínua necessidade de adaptação do sistema. (2011, p. 118)

3.1.2 A extrafiscalidade como forma de promover políticas públicas

A tributação normalmente está atrelada a ideia arrecadatória com o objetivo de implementar as diversas ações governamentais. Contudo, determinados institutos de direito tributário servem como instrumentos diretos para a proteção de bens jurídicos ou para a concreção de valores constitucionais.

Por vezes a política tributária se presta para incentivar ou coibir condutas por parte de seus destinatários, contribuindo para a realização de finalidades sociais ou econômicas, quando a tributação é utilizada com esse escopo de efetivação concreta de preceitos constitucionais, trazendo efeitos sociais, atribui-se a ela a característica da extrafiscalidade.

Nabais afirma que a extrafiscalidade se manifesta pelo conjunto de norma que, embora formalmente integrem o direito fiscal, tem por principal finalidade a consecução de resultados econômicos ou sociais através da utilização do instrumento fiscal e não a obtenção de receitas para fazer face às despesas públicas (2004, p. 629).

Não são apenas os tributos que se prestam para promover fins não-arrecadatórios, mas, sobretudo as exonerações tributárias, tais como, isenções, imunidades, etc. Como exemplo podemos citar a imunidade das

instituições de ensino, sem fins lucrativos, que tem como objetivo facilitar o acesso e ampliação de vagas para estudantes.

Em alguns casos a extrafiscalidade o meio utilizado para promover políticas públicas. Valadão cita o uso da extrafiscalidade do IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados para coibir o uso de determinados produtos que são nocivos a saúde e podem causar dependência química, mas socialmente aceitos. No caso, ao invés de impor a proibição do uso de drogas como álcool e tabaco o Estado utilizou da tributação para conter o uso, atribuindo aos cigarros a incidência de 330% de IPI. (2012, p. 253-286)

O aspecto da extrafiscalidade é importante para compreender a relação tributária com as políticas públicas, e este argumento tem sido usado STF para manter normas que foram arguidas de inconstitucionalidade (VALADÃO, 2012).. Contudo, não será aprofundado neste trabalho para não fugir da finalidade da pesquisa.

3.2 A DISCUSSÃO JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA PERSPECTIVA SEGUNDO A QUAL OS DIREITOS SOCIAIS INAUGURAM RELAÇÕES JURÍDICAS E DIREITOS SUBJETIVOS TRADICIONAIS

As políticas públicas instauram uma relação jurídica entre as pessoas e o Estado. Assim, preenchidos os requisitos da norma, nasce para o beneficiário o direito a uma prestação da qual o Estado não pode se esquivar.

Alguns exemplos podem ser dados. Cite-se de início decisão do TJDF, pela qual se julgou ação civil pública em que o Ministério Público pedia que se determinasse judicialmente a prorrogação de convênio firmado entre o Governo do Distrito Federal e entidade de assistência social que atendia a menores infratores no CAJE. Argumentava o MP que o referido convênio estava no fim e que nenhuma providência para manter o atendimento aos menores havia sido tomada pelo governo. O Distrito Federal por sua vez alegava estarem sendo gradativamente executadas as

medidas necessárias, apresentando-se inclusive plano de ação. (Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Agravo de Instrumento 2009.002016676-4, Relator Arnaldo Camanho de Assis, DJ-e 09.07.2012)

O pedido do MP foi acolhido e do voto proferido pelo relator da causa destaca-se o seguinte trecho:

A despeito de pertencer à discricionariedade administrativa os critérios de conveniência e de oportunidade sobre implementação de políticas públicas, tal discricionariedade é limitada ao dever estatal de prestar assistência integral às crianças e adolescentes, arts. 227, da CF, e 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Quando, em tese, por ausência de implementação de política pública, há violação a direito fundamental, o exame da citada ilegalidade é passível de ser realizado pela via jurisdicional, ante a incidência do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Por conseguinte, sendo o Ministério Público parte legítima para ajuizar ação civil pública objetivando compelir o Distrito Federal ao cumprimento do direito fundamental à proteção integral da criança e do adolescente, que, decerto, compreende o atendimento sócioeducativo prestado pela entidade conveniada, o controle jurisdicional sobre a sustentada omissão da implementação de políticas públicas para a prestação do citado serviço não enseja violação ao princípio da separação dos poderes.

Quanto à relevância da fundamentação do direito alegado pelo Ministério Público, cumpre salientar que, enquanto o *Parquet* logrou demonstrar que, até a data designada para encerramento do convênio firmado com a entidade AMIGONIANOS, o Distrito Federal não havia enviado providências para implantar estrutura necessária para prestar atendimento sócioeducativo aos adolescentes internados provisoriamente no CAJE, o recurso não foi instruído com prova de que o recorrente está apto a exercer a atividade até então desempenhada pela AMIGONIANOS.

Pelo contrário, conforme as informações prestadas pelo douto Magistrado *a quo*, instado a esclarecer se deu cumprimento à ordem judicial proferida no processo nº 1576-5/2010, ou seja, se construiu outras unidades de internação provisória para adolescentes em conflito com a lei, bem como implementou programa sócioeducativo de internação cautelar, com elaboração de projeto pedagógico na ala de provisórios do CAJE, por meio do Ofício nº 192/2012, o recorrente esclareceu que, no tocante à execução das medidas sócioeducativas de internação, ainda está implementando, gradativamente, ações públicas, tendo sido apresentado plano de ação referente ao projeto político pedagógico trabalhado pela Subsecretaria do Sistema Sócioeducativo, que visa a melhoria da UIPP, sobretudo na ala de internação provisória. Tudo isso denota que o agravante ainda não se encontra apto para desempenhar a atividade ora exercida pela AMIGONIANOS.

Quanto à tese sucessiva, de que a aplicação do princípio da reserva do possível ensejaria óbice ao deferimento da liminar no processo cautelar, cumpre salientar que, conforme reiteradamente vem decidindo o egrégio STJ e, igualmente, o colendo STF, tal princípio não é oponível quando a ausência de implementação de política pública atenta contra direito fundamental.

Não se pretende avaliar a decisão acima em seu mérito. A análise recairá sobre a fundamentação utilizada no julgado.

Note-se que a alegação baseada na “reserva do possível” foi afastada, não porque o tribunal entendeu que a medida requerida era sim possível, mas porque se considerou incabível tal alegação. E por que incabível? Nas palavras do Relator, porque o princípio da reserva do possível “não é oponível quando a ausência de implementação de política pública atenta contra direito fundamental”.

A conclusão a que se chega é a de que, ainda que o Distrito Federal demonstrasse que os recursos estavam comprometidos, por exemplo, com políticas de saúde indispensáveis à tutela do direito à vida, tal demonstração não haveria de ser considerada. O que se considerou de fato foi que o MP conseguiu provar que um direito fundamental estava desprotegido e esta circunstância, por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição (conforme expressamente mencionado no acórdão), resultaria no juízo de procedência do pedido feito pelo *parquet*.

A perspectiva utilizada no julgado acima vê as relações entre o Estado e os destinatários de políticas públicas como se fossem relações jurídicas clássicas onde há um credor e um devedor. Entende que o titular de um direito social tem a possibilidade de exigir do Estado o seu cumprimento, havendo entre os dois uma autêntica relação jurídica de formato, pode-se dizer, aproximado das relações privadas. Trata-se de uma forma de julgar que foi identificada e que vem sofrendo críticas:

A partir desse pano de fundo, o papel do direito é constantemente colocado à prova, visto que, na tradição liberal, a implementação de políticas públicas nunca foi matéria afeita aos profissionais do direito. A consequência dessa constatação pode ser percebida quando se analisam decisões judiciais e trabalhos jurídico-doutrinários. O que geralmente ocorre é a simples transposição de uma racionalidade da tradição liberal, baseada quase que exclusivamente em relações bilaterais – normalmente entre um credor e um devedor – para a área dos direitos sociais. Como será demonstrado adiante, um grande número de operadores do direito encaram os desafios suscitados pelos direitos sociais a partir dessa transposição, da seguinte maneira: visto que a constituição garante, por exemplo, um direito à saúde, se uma pessoa não tem acesso a um determinado tratamento médico ou a um determinado medicamento, então é tarefa do Judiciário garantir que essa pessoa receba o tratamento e o medicamento necessários (SILVA, 2010, p. 588) .

A crítica acima parte do pressuposto de que as políticas públicas são políticas coletivas. Assim, tais políticas não nasceriam de um contrato entre duas pessoas, mas da vontade estatal de resolver problemas coletivos. Essa seria uma diferença nem sempre sentida pelo Judiciário, já que alguns juízes ao se defrontarem com problemas referentes aos direitos sociais agem como se fossem problemas iguais ou semelhantes àqueles relacionados a direitos individuais, não levam em consideração o caráter coletivo dos direitos sociais. Esse caráter coletivo exige, como não poderia deixar de ser, políticas que são pensadas coletivamente, algo que os juízes não fazem. (SILVA, 2010, p. 595-596)

O autor acima apresenta um contundente exemplo dos problemas por ele apontados. Trata-se de pesquisa realizada na Universidade de São Paulo (PET-FD-USP, “O Judiciário e as Políticas Públicas de Saúde no Brasil: o caso da AIDS”, 2004):

Em 2004, estudantes da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo realizaram uma pesquisa empírica envolvendo todas as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo relacionadas a casos de pedidos de concessão de remédios para o tratamento da AIDS [...]. O resultado geral apontou que, em 85% dos casos, os autores dos pedidos recebiam os medicamentos que requeriam. À primeira vista, essa poderia ser considerada mais uma “história de sucesso” na justiciabilidade dos direitos sociais. Mas há algumas informações importantes que se escondem por trás dos números mencionados.

[...]

O estudo constatou que “nos casos de concessão [de medicamentos], em 93% das decisões os julgadores consideraram o direito à saúde como individual”. Além disso, em geral os juízes não se preocupam com a eventual existência de uma política pública (eficaz ou não) já colocada em prática pelo governo. [...]

[...]

No que tange às consequências econômicas das decisões, o estudo constatou que referente aos possíveis impactos sociais da decisão, foi possível inferir que, nos casos em que não houve a concessão do pedido de medicamentos, os prejuízos para a coletividade, decorrentes da alocação de recursos de forma esporádica foram arguidos em 66,7% dos casos, enquanto que nos casos de concessão do pedido de medicamentos, em apenas 4,1%.

Concluindo o estudo da seguinte forma:

A conclusão a que se pode chegar após essa breve exposição desse estudo de caso, que, ainda que pontual, reflete bem o enfoque os juristas dão à justiciabilidade dos direitos sociais, é que, em primeiro lugar, os juízes, ao tratar os problemas dos direitos sociais como se fossem problemas iguais ou semelhantes àqueles relacionados a direitos individuais, ignoram o caráter coletivo dos primeiros. (PET-FD-USP, “O Judiciário e as Políticas Públicas de Saúde no Brasil: o caso da AIDS”, 2004)

No mesmo artigo, o Prof. Virgílio cita um exemplo ainda mais eloquente, extraído de Alberto Kanamura:

No Estado de São Paulo, há cerca de cem portadores da doença [de *Gaucher*] que, em razão de decisões judiciais, recebem tratamento grátis. O tratamento custa por pessoa US\$ 10 milhões. Segundo os dados transcritos acima sobre o combate à fome endêmica, esse valor seria suficiente para ajudar 250 mil pessoas por ano. Ainda que não se queira discutir o que é mais importante combater, o certo é que os juízes, ao decidirem pelo financiamento individual do tratamento de algumas doenças, não têm em mente a dimensão global das políticas de saúde, como seria importante ter. Alberto Kanamura, “O dilema do gestor da saúde” (Folha de São Paulo (10.02.2003), p. A3)

3.3 A DISCUSSÃO JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA PERSPECTIVA QUE DISTINGUEM ESSAS RELAÇÕES JURÍDICAS DAS RELAÇÕES JURÍDICO-PRIVADA

Vários são os autores que tentam assinalar as específicas características dos direitos que as políticas públicas visam efetivar.

José Eduardo Faria, por exemplo, acentua a destinação coletiva dessa classe de direitos afirmando que a característica básica dos direitos sociais está no fato de que, forjados numa linha oposta ao paradigma kantiano de uma justiça universal, foram formulados dirigindo-se menos aos indivíduos tomados isoladamente como cidadãos livres e anônimos e mais na perspectiva dos grupos, comunidades, corporações e classes a que pertencem.(1994, p. 57)

Essa mesma perspectiva é trabalhada por outros autores no plano processual. Canella Júnior, por exemplo, aduz:

A intervenção do Poder Judiciário há de realizar-se preferencialmente por meio do processo de índole coletiva, uma vez que o processo de índole individual

pode permitir o paradoxo da desigualdade – desde que não produza efeitos coletivos –, não promovendo o correto realinhamento de políticas públicas”.

[...]

A tendência do sistema, portanto, é a de que não se postule direito social individualmente, mas sim coletivamente, objetivando-se a máxima eficácia social do provimento jurisdicional (2011, p 148-149)

Esse pensamento defende a necessidade de que a decisão judicial que recaia sobre tais direitos incorpore em si critérios, ou fundamentos, que não foram cogitados pelas partes. São elementos relacionados à intenção, inerente a tais direitos, de regular toda uma coletividade, que, diante de recursos finitos, apresenta demandas infinitas. Por isso, alguns autores assinalam que o raciocínio jurídico formal, do tipo “se A, então B”, não tem lugar nesse campo. É o que acentua Virgílio Afonso:

Ao contrário do que ocorre com a realização e a proteção dos direitos individuais, a realização dos direitos sociais, ao depender de enormes gastos públicos, depende de decisões que extrapolam o simples raciocínio jurídico-formal. Em um cenário de recursos escassos, no qual não há dinheiro suficiente para resolver nem mesmo os principais problemas de saúde, educação e moradia dos indivíduos – e essa é a realidade em quase todos os países do mundo – é necessário que alguém tome a decisão sobre como e onde os recursos públicos serão alocados.. (2010, p. 590- 591)

3.4 A PRODUÇÃO DE IGUALDADE MATERIAL COMO ELEMENTO LEGITIMADOR DAS DECISÕES SOBRE DIREITOS REALIZADOS POR POLÍTICAS PÚBLICAS

A aclamada “teoria tridimensional do direito” de Miguel Reale⁴ se baseia no entendimento de que “fato, valor e norma estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica”. Em linhas gerais, isso significa que os juristas não devem visualizar os elementos do direito isoladamente, mas sempre em confronto com o “mundo da vida”. De igual modo, a decisão judicial não pode resultar de um ato silogístico (“se isso, então aquilo”), mas de uma experiência axiológica concreta. Nas palavras de Miguel Reale:

⁴ “Obra sempre atualíssima”, como diz Cândido Rangel Dinamarco *in* Nova Era do Processo Civil, 3ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 2009, p. 24.

É necessário aprofundar o estudo dessa “experiência normativa”, para não nos perdemos em cogitações abstratas, julgando erroneamente que a vida do Direito possa ser reduzida a uma simples inferência de Lógica formal, como a um silogismo, cuja conclusão resulta da simples posição das duas premissas. Nada mais ilusório do que reduzir o Direito a uma geometria de axiomas, teoremas e postulados normativos, perdendo-se de vista os valores que determinam os preceitos jurídicos e os fatos que os condicionam, tanto na sua gênese como na sua ulterior aplicação. (2000, p. 564)

Assim, não se pode perder “de vista os valores que determinam os preceitos jurídicos”. Surge então a pergunta: que valores determinam os direitos realizados pelas políticas públicas?

É expressivo o número de autores que aponta como característica essencial dos direitos sociais a sua finalidade de alcançar a igualdade material. A produção de igualdade material na sociedade seria um objetivo mais importante do que o alcance individual de uma prestação do Estado.

Exatamente por isso é que sustentam ser necessário flexibilizar as regras processuais, a fim de que os juízes não fiquem adstritos aos pedidos ou aos interesses particulares que quem moveu a demanda, mas para que se possa decidir de modo a alcançar-se, para a sociedade, a melhor aplicação do direito invocado em juízo. Nesse sentido:

Os direitos fundamentais sociais objetivam, essencialmente, garantir a igualdade substancial entre os componentes do grupo social. Pretendem tais direitos, pois, seja eliminada toda e qualquer desigualdade. Desta forma, tanto o pedido como o provimento jurisdicional a ser produzido estão naturalmente dotados de uma necessária plasticidade.

[...]

Recomenda-se, portanto, que se admita a fungibilidade do veículo para a satisfação dos bens da vida inicialmente proposto no pedido, a fim de que a criatividade possa resultar na melhor solução para o problema. Há que esse permitir a adaptação do veículo proposto, mesmo por que a complexidade dos fatos a serem absorvidos no curso do processo poderá exigir solução diversa da inicialmente indicada.

Dentro dessa perspectiva, todas as soluções possíveis para disponibilização dos bens da vida previstos no art. 6º da Constituição Federal são admissíveis no processo coletivo, desde que objetivem a correção de desigualdades. Ora, se o desiderato dos direitos fundamentais sociais é o de reduzir e eliminar as desigualdades, então é possível, inclusive, a postulação de pretensão ao aprimoramento do serviço já existente, desde que se demonstre a causa originária da desigualdade.

Assim, se o município já conta com uma escola que atenda de determinada faixa etária, mas que não possa oferecer os serviços de educação a toda a população local, configura-se hipótese inequívoca de desigualdade, que deverá

ser corrigida judicialmente por meio, por exemplo, da construção de nova escola, ou até mesmo da ampliação daquela já existente.

O critério será sempre o da criatividade para a redução e a supressão da desigualdade social. Daí a enorme plasticidade que se confere ao pedido e ao provimento jurisdicional.

Diante do exposto, concluímos ser indispensável o aperfeiçoamento da legislação, a fim de que se promova a urgente 'molecularização' da relação jurídica processual nas demandas em curso, propostas individualmente para a satisfação coativa dos direitos fundamentais sociais. Necessário, ainda, que se evite a formulação de pretensão individual de direitos fundamentais sociais, criando-se mecanismos processuais claros acerca dos requisitos do pedido, inclusive no que respeita à fungibilidade respectiva.

As providências em questão objetivam evitar a ocorrência do paradoxo da desigualdade, mediante a salvaguarda da igualdade substancial e, por consequência, da própria democracia. (CANELLA JUNIOR, 2011, p. 153-154)

No mesmo sentido, o professor Souza Neto formula diversas propostas de balizamento para o ativismo judicial. Em todas elas percebe-se o traço comum: a realização da igualdade como motivo tanto para a proatividade como para a contenção judicial (2010)

Antes de dar início à exposição e parte do pensamento do professor Souza Neto, é preciso fazer a ressalva que ele mesmo faz em seu texto: os parâmetros oferecidos só incidem sobre direitos sociais inscritos em cláusulas abertas e não em regras detalhadas, nas quais os direitos estejam claramente descritos. Outra ressalva é a de que os parâmetros só são aplicáveis nos casos em que não haja risco para a aniquilação do próprio direito, como, por exemplo, na hipótese em que se requer judicialmente a concessão de um direito sem o qual há risco de morte.

Dito isto, cita-se como primeiro parâmetro oferecido por Souza Neto o dever do Judiciário de defesa de um núcleo essencial dos direitos, na qual a atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais deve se limitar à garantia das condições necessárias para que cada um possua igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida (autonomia privada) e de participar do processo formação da vontade coletiva (autonomia política) (2010, p. 535)

Sobre esse parâmetro, explica o autor que sua proposta difere daquela do “mínimo existencial”. E a razão da diferença é uma intensificação da ideia de igualdade:

Em sua versão predominante, o conceito de mínimo existencial serve à finalidade de estabelecer quais são os direitos sociais que representam condições para o exercício efetivo da ‘liberdade’. O conceito de mínimo existencial exhibe, assim, o status *positivus libertatis*. Outro fundamento para o mínimo existencial também frequentemente suscitado é o princípio da ‘dignidade humana’, que, nesse contexto, costuma ser reduzido às condições indispensáveis para a ‘subsistência’. A partir da jurisprudência alemã, o conceito de mínimo existencial estaria vinculado às condições sociais mínimas para que o indivíduo buscasse a sua própria dignidade, como sintetizado na expressão ‘ajuda para a auto-ajuda’.

[...]

Seja com fundamento na liberdade, seja com fulcro em uma versão minimalista da dignidade humana, dessa importante construção resulta a prerrogativa de o Judiciário concretizar os direitos sociais em sua esfera mínima, independentemente das políticas públicas formuladas e executadas pelo Executivo e pelo Legislativo. A despeito de sua inspiração liberal, não há nessa teoria a pretensão de que as políticas sociais se restrinjam a patamares mínimos. O que se busca é o estabelecimento de um critério material, e não formal, para legitimar a atividade especificamente judiciária. Para além do mínimo, os direitos sociais também podem ser efetivados, mas ‘sob reserva de lei’. [...] Na extensão do mínimo existencial, os direitos sociais poderiam ser considerados direitos materialmente fundamentais”.

Não há sentido a cristalização minimalista provocada pelo conceito de ‘mínimo existencial’, cuja própria locução sugere que apenas as ‘condições de subsistência’ estariam garantidas. O Judiciário é legítimo para concretizar não as ‘condições mínimas’, mas as ‘condições necessárias’ para que cada um possua igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida (autonomia privada) e de participar do processo de formação da vontade coletiva (autonomia pública). A fundamentalidade material dos direitos sociais engloba não só os ‘meios de subsistência’, mas também a ‘igualdade de meios para agir’. (SOUZA NETO, 2010, p. 536-537)

O mesmo autor indica a situação de hipossuficiência como um critério do qual depende o ativismo, tendo em vista os parâmetros da igualdade material, ou seja os direitos sociais ditos prestacionais só poderão ser exigíveis perante o Judiciário quando seus titulares não possuem capacidade de arcar com os seus custos com recursos próprios sem tornar inviável a garantia de outras necessidades básicas.(SOUZA NETO, 2010, p. 539) e na mesma linha sustenta que as medidas judiciais nesse campo devem ser deferidas quando a concessão puder ser “universalizada”, sob pena de tratamento desigual.

Como se vê, a concessão judicial de um direito pode, por exemplo, atender a uma demanda individual, mas produzir desigualdade. É o caso já citado acima de fornecimento de medicamentos a um indivíduo em detrimento de outros, com mais necessidade, que por acaso não moveram ação judicial. É evidente que o fato de haver outros doentes não extirpa o “direito à saúde”, constitucionalmente deferido de forma universal. Mas, se os recursos são finitos, e se existe uma política de distribuição de medicamentos em andamento, isso deve ser levado em conta pelo juiz, pois do contrário uma liminar bem intencionada acabará produzindo desigualdade e injustiça.

4. A DOUTRINA DE WESLEY NEWCOMB HOHFELD

O feixe de restrições, deveres e direitos que se cria, por exemplo com o citado direito à moradia, foi visualizado nos Estados Unidos de forma diferente daquelas que decorrem dos pensadores da Europa Continental. Nessa linha, é obra clássica do direito americano o artigo intitulado *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, de Wesley Newcomb Hohfeld.

Wesley Newcomb Hohfeld nasceu em *Oakland*, na Califórnia formou-se em artes no ano de 1901 pela Universidade da Califórnia. Em 1902 ingressou na *Harvard Law School* formando-se com honras em 1904. Após concluir o curso de direito, Hohfeld dedicou-se ao estudo da Teoria Geral do Direito ocupando o cargo de professor titular na Universidade de *Stanford*.

Hohfeld faleceu cedo aos trinta e oito anos devido a uma endocardite, mas não sem antes deixar como principal legado o artigo *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* onde elabora conceitos fundamentais do direito. (FERREIRA, 2008, p. 33-34).

Hohfeld analisou durante anos decisões dos tribunais americanos para coletar dados empíricos que demonstraram o uso impreciso e atécnico da palavra “direito” para designar posições jurídicas inteiramente diversas entre si. Em sua obra, Hohfeld critica o mau uso da terminologia jurídica por diversos autores e tem preocupações eminentemente práticas, voltadas sobretudo para o alcance de uma maior segurança interpretativa.

O principal objetivo da obra era gerar maior certeza nas interpretações judiciais cotidianas. O maior problema identificado na pesquisa foi o fato de questões jurídicas complexas serem tratadas de forma simplória em sua análise, confundindo a utilização dos vocábulos jurídicos com os vocábulos não-jurídicos. Ademais, segundo Hohfeld, outro

fator que gera confusão é o fato dos vocábulos jurídicos, em sua maioria, serem utilizados de maneira ambígua e possuírem significados soltos e abrangentes.

Como exemplo o autor norte-americano cita, entre outros, a expressão “contratos”, que pode tanto significar um acordo entre as partes, como à obrigação gerada por este acordo e criada pela lei.

Para Hohfeld além dos equívocos terminológicos e a constante presença de vocábulos ambíguos, os operadores do direito reduzem as relações jurídicas a apenas duas categorias, direitos contrapostos e deveres jurídicos (Direitos X Deveres) e consideram estas duas categorias suficientes para análise das relações jurídicas, até mesmo das mais complexas, entendimento este que, segundo ele, estaria equivocado.

Assim a solução apresentada por Hohfeld é a criação de um esquema que “contraponha e correlacione as várias relações jurídicas fundamentais sob o viés de apenas dois indivíduos (relação biparte)” para que assim se exemplifique “subsequentemente o escopo individual de atuação de cada relação e sua aplicação ao caso concreto”. (FERREIRA, 2008, p. 37)

Segundo o autor a solução para o problema estaria na criação de mais três categorias de relação jurídica e com a análise dessas relações jurídicas de forma singular.

Assim, Hohfeld destrinchou o conceito de “direito” em oito conceitos jurídicos, que chamou de fundamentais, emparelhando-os em uma tábua na qual se apresentam os opostos de cada conceito, assim como os seus correlatos:

Oito Conceitos Jurídicos Fundamentais

Conceitos fundamentais opostos

Direito (pretensão) X ausência de pretensão
 Privilégio (liberdade) X dever
 Poder X incompetência
 Imunidade X sujeição

Conceitos fundamentais correlatos

Direito (pretensão) e dever
 Privilégio (liberdade) e ausência de direito
 Poder e sujeição
 Imunidade e incompetência

Esses conceitos são trabalhados da seguinte forma:

4.1 DIREITO X DEVER

No universo jurídico a palavra direito é utilizada de forma imprecisa e abrangente, ao invés de corresponder apenas ao significado em sentido estrito. Hohfeld através da coleta de dados empíricos analisando decisões dos tribunais americanos percebeu que o termo era utilizado como sinônimo de poder, imunidade e privilégio e que os juristas, mesmo cientes dos equívocos terminológicos, não enfrentavam o problema. Conforme Hohfeld:

The work defined by lexicographers to denote, among others thing, property, interest, power, prerogative, immunity, privilege. In law it is most frequently applied to property in its restricted sense, but it is often used to designate power prerogative and privilege⁵. (2000, p. 37)

Dessa maneira, e após o reconhecimento abrangente da palavra direito, Hohfeld enxerga como solução, limitar o sentido do vocábulo no seu conceito fundamental correlato, qual seja, dever.

Para exemplificar os argumentos, se A tem um direito contra B que proíbe B de invadir suas terras, a palavra correlata é o dever de B perante A de não entrar em suas terras. Hohfeld utiliza ainda a palavra pretensão (*claim*) como sinônimo do vocábulo direito, conforme percebe-se no trecho: *“A right has been well defined to be a well-founded claim, and a well-*

⁵ Tradução livre: O trabalho definido por lexicógrafos para designar, entre outras coisas, a propriedade, o interesse, o poder, prerrogativa, imunidade, privilégio. No direito é mais frequentemente usado como propriedade no seu sentido restrito, mas é frequentemente usado para designar prerrogativa poder e privilégio.

founded claim means nothing more nor less than a claim recognized or secured by law."⁶(HOHFELD, 2000, p. 38)

Assim, a conclusão, através da análise de casos concretos, é que direito em sentido estrito é uma pretensão com respaldo legal e que toda a pretensão tem um dever correlato, isso porque quando uma pretensão baseada na legislação é violada é necessário que alguém descumpra seu dever proveniente e criado pela mesma lei que criou o direito. Ou seja, a lei que cria direitos também cria deveres correlatos e quando os deveres são descumpridos os titulares dos direitos violados podem, através de ação judicial, solicitar ao Estado que faça suas pretensões legais valerem em juízo.

4.2 PRIVILÉGIO X AUSÊNCIA DE PRETENSÃO

O termo ausência de pretensão (*no-right*) foi criado pelo próprio autor e é o único dos oito termos que compõe os conceitos fundamentais que não era utilizado pelos juristas.

Sua incorporação pretendia responder aos danos causados que não ferem nenhum dos direitos legalmente tutelados, quando as vítimas não possuem nenhuma pretensão perante o judiciário (ausência de pretensão) para protegê-las, ou seja, não sendo o ato ilegal não existe ação jurídica cabível. Nesse sentido, o termo criado por Hohfeld possui um caráter ideológico no qual se pretende demonstrar que na medida em que os indivíduos tem liberdade de ação, a outros falta segurança (FERREIRA, 2008, pg. 41).

⁶ Tradução livre: Um direito tem sido bem definido para ser uma pretensão bem fundamentada, e uma pretensão bem-fundada não significa nada mais nada menos do que uma pretensão reconhecida ou garantida por lei.

No quadro de correlatos proposto por Hohfeld privilégio é o oposto de dever e o correlato, ausência de pretensão. Hohfeld, citado por Ferreira, exemplifica:

Sendo assim, se X tem o direito ou a pretensão que Y, o outro indivíduo, não possa adentrar suas terras, ele tem, portanto, o privilégio de adentrar suas próprias terras. Em outras palavras, X não tem o dever de ficar fora de suas terras, ou seja, o privilégio de entrar é a negativa do dever de ficar fora. Nesse sentido, podemos traduzir privilégio como não-dever ou ausência de dever. Vale frisar que quando afirmamos que um privilégio é a negativa de um dever, queremos dizer nos termos hohfeldianos que o primeiro tem sempre um significado contrário ao segundo. Então, por exemplo, se por alguma razão específica X contratar com Y para que ele, X, adentre as terras do último, é óbvio que neste caso X tem tanto o privilégio quanto o dever de adentrar as mesmas. Ou seja, devido ao contrato o privilégio de X e o dever passaram a ter o mesmo conteúdo. No entanto, apesar disso, o privilégio de X, quando tratamos de Y, continua sendo exatamente o oposto do dever permanecer fora. (2008, p. 41)

Nesses termos, privilégio será uma expressão que conota oposição a dever e ao analisar a questão dos direitos correlatos, dever é correlato de direito (pretensão) nas relações jurídicas. Em contrapartida o correlato de privilégio será ausência de pretensão (*no-right*).

Ferreira cita o exemplo:

O correlato do direito de X que Y não adentre suas terras é o dever que Y tem de não adentrar as mesmas. No entanto, o conceito correlato do privilégio de X de adentrar em suas terras é a ausência de pretensão de Y que X não adentre suas próprias terras. Ou seja, enquanto X possui o privilégio de adentrar em suas próprias terras, não há nada que Y possa fazer, nenhuma ação perante o Estado que possa impedir que X adentre suas próprias terras, daí o correlato de privilégio no esquema de Hohfeld ser a ausência de pretensão. (2008, p. 43)

Outro exemplo citado por Ferreira é a opinião de Lord Bowen no caso *Mogul Steamship Co. v. McGregor*:

*We are presented in this case with an apparent conflict or antinomy between two rights that are equally regarded by the law – the right of the plaintiffs to be protected in their trade, and the right of the defendants to carry on their business as seems best to them, provided they commit no wrong to others*⁷. (HOHFELD, apud FERREIRA, 2008, p. 43)

⁷ Tradução livre: Somos apresentados neste caso, com um aparente conflito ou antinomia entre dois direitos que são igualmente considerados pela lei - o direito dos autores de serem protegidos no seu comércio, e o direito dos réus de exercerem seus negócios como lhes parecer melhor, desde que não cometam nada de errado com os outros.

Do trecho acima é possível perceber o uso indiscriminado do termo direito. Bowen fala do direito dos autores da ação (*the right of the plaintiffs*) com o sentido hohfeldiano de direito ou pretensão, tratando do direito que os autores tem de não interferência nas atividades comerciais. Contudo, ao falar do direito dos réus (*right of the defendants*) em relação ao direito dos autores a interpretação seria um privilégio, ou seja, a liberdade dos réus de gerenciar seus negócios como melhor lhe convém.

Sendo assim, afirma Ferreira:

Por conseguinte, sendo o direito dos autores da ação um direito strictosensu no esquema de Hohfeld, e sendo o “direito” dos réus um privilégio, não há que se falar em conflito. Isto porque na medida em que os réus possuem privilégios, os autores possuem ausência de pretensão e, enquanto os autores possuem direitos ou pretensões os réus não possuem privilégios, ou seja, os réus possuem o dever de não-interferência (como privilégio é conceito fundamental oposto a dever, dizer que determinada parte não possui privilégio é a mesma coisa que dizer que possui dever, ou seja, não-privilégio é igual a dever). Sendo assim, também poder-se-ia afirmar que, para Hohfeld, privilégio é a mera negação de um dever. (2008, p. 35)

Pelos exemplos acima é possível perceber a diferença dos termos *Direito e Pretensão* e concluir que o termo direito vinha sendo utilizado para representar privilégios. É possível perceber também que privilégio é uma liberdade reconhecida e garantida pela legislação, e que o único conceito correlato da liberdade, ou seja, do privilégio é a ausência de pretensão de terceiros e o único direito fundamental oposto é o dever que os terceiros tem de não interferência.

4.3 PODER X SUJEIÇÃO

Segundo Hohfeld a expressão que mais se aproximaria de poder jurídico seria competência, que corresponderia ao contrário de incompetência, conceito oposto a poder - *a power is an ability to do* – citando alguns exemplos. (FERREIRA, 2008, p 51).

Exemplificando a relação Hohfeld cita o poder que um indivíduo tem de criar obrigações contratuais; poder jurídico de alienar sua propriedade; o poder de nomear um procurador; entre outros.

Ainda citando exemplos, cita-se o dono de um hotel que realiza uma propaganda através de uma placa oferecendo hospedagem por determinado preço, ao agir assim está sujeito a cobrar o valor ofertado na propaganda. Isto porque, a oferta foi pública e todos que desejarem hospedar-se tem o poder sob o dono do hotel de pagar a quantia anunciada, estando este mesmo dono sob a sujeição de cobrar somente este valor e se o dono do hotel não aceitar cobrar a quantia anunciada na sua oferta ao público quem for prejudicado poderá ingressar com ação contra o mesmo (FERREIRA, 2008, p. 58).

É comum as corte utilizarem a palavra direito (pretensão) quando na verdade deveria utilizar poder jurídico. A diferença principal entre os dois conceitos fundamentais, segundo Hohfeld, está no fato dos poderes serem espécies do gênero direito, e por consequência, a violação de um poder se transforma em direito, gerando uma pretensão contra a parte que deveria se sujeitar (FERREIRA, 2008, p 54)

Segundo Ferreira direito (pretensão) e poder no sistema hohfeldiano além do segundo ser espécie do gênero direito, o direito permanece inerte, ou seja, não é exercido até que um dever correlato seja descumprido. Já no caso do poder ele pode ser exercido de pronto, tendo a outra parte que sujeitar-se a este. O direito será exercido através de uma ação judicial, já o poder é exercido de pleno, porém se a parte que deveria sujeitar-se não o fizer também gerará uma ação judicial, ou seja, o poder irá se transformar em direito *lato sensu*, pois acarreta em uma pretensão com respaldo legal. (FERREIRA, 2008, p. 39)

Passando a falar sobre sujeição, conforme indicado por Hohfeld, é correlato a poder e oposto à imunidade e da mesma maneira que acontece com a maioria dos conceitos fundamentais do Direito, sujeição é utilizada de forma equivocada, sendo aplicada como sinônimo de dever ou obrigação.

Sujeição, segundo Hohfeld, se traduz em imperatividade. Vejamos o exemplo do caso *Booth v. Commonwealth*, no qual a Corte do Estado de Virginia promulgou o estatuto “*that all free white male persons who are twenty-one years of age and not over sixty, shall be liable to serve as jurors, except as hereinafter provided*”⁸ (2008, p. 59)

Sendo assim, sujeição está relacionado à criação de deveres pelo Estado, algo que não pode ser questionado. Por exemplo, a responsabilidade de alguém indenizar outrem devido à violação de alguma cláusula contratual é uma sujeição é imperativa, há a obrigatoriedade de fazer, não há o que se discutir.

Segundo Ferreira a sujeição é um *ultimatum* da lei, e não pode ser descumprida, enquanto que um dever pode ser descumprido apesar das consequências que isto acarretará.

4.4 IMUNIDADE X INCOMPETÊNCIA

Por fim, o último conceito jurídico fundamental de Hohfeld é imunidade que seria correlato a incompetência (ausência de poder) e o conceito oposto a sujeição, ou seja ausência de sujeição.

Desta forma é possível afirmar que um poder contrasta-se de forma geral com uma imunidade da mesma forma que um direito contrasta-se com um privilégio. Um direito é uma pretensão com fundamento na lei de um indivíduo contra outro, já um privilégio é a liberdade que um indivíduo possui em relação a pretensão (direito) de outro. De maneira semelhante, um poder é o controle de um sobre a relação jurídica formada, enquanto que a imunidade é a liberdade que um indivíduo possui de não sofrer o controle de outrem, sendo que este é detentor de um poder na relação, pois o indivíduo

⁸ Tradução livre: todas as pessoas livres do sexo masculino de cor branca, que são maiores de 21 anos de idade e menores de 60, estão habilitados para servir como jurados, exceto conforme estabelecido a seguir:

que é imune não sofre sujeição alguma na relação jurídica (FERREIRA, 2008, p. 41).

Como exemplo Hohfeld cita: se X é proprietário de uma terra, Y não poderá vender a propriedade X para outro, já que é incompetente para tanto. Neste caso X possui imunidade tanto contra Y como contra qualquer pessoa que tente vender suas terras, já que estes não possuem poder para tanto. Contudo, se X tem procurador legalmente constituído para negociar suas terras, X passa a ter sujeição enquanto o procurador tem poder e não há mais que se falar em imunidade neste caso (*apud* FERREIRA, 2008, p. 60),

Daí surgiria a imunidade tributária que assim está denominada, porque seu termo expressa a intenção de excluir o indivíduo ou a entidade daquele tributo. Fala-se imunidade porque não há nenhuma entidade estatal competente (revestida de poder) para cobrar tal tributo, em outros termos, quem possui imunidade não está sujeito à cobrança do tributo devido a incompetência que outros possuem de cobrá-lo.

De maneira semelhante, um poder é o controle de um sobre a relação jurídica formada, enquanto que a imunidade é a liberdade que um indivíduo possui de não sofrer o controle de outrem, sendo que este é detentor de um poder na relação, pois o indivíduo que é imune não sofre sujeição alguma na relação jurídica.

Por esse marco teórico, vê-se que as políticas públicas legisladas podem instaurar um feixe de direitos, privilégios, poderes, sujeições e imunidades. Trata-se de um instrumental teórico que amplia as possibilidades da interpretação jurídica das ações coletivas do Estado e que evita visões meramente individuais capazes de produzir injustiças.

4.5 A DOCTRINA DE HOHFELD COMO INSTRUMENTAL PARA SE ENTENDER AS SITUAÇÕES JURÍDICAS INSTAURADAS PELAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Os direitos podem ser avaliados sob diversos ângulos. Tome-se como exemplo o direito à moradia. No REsp 950663, o STJ invocou o “direito constitucional à moradia” como argumento para ampliar o conceito de bem de família. Quer dizer, utilizou-se esse direito como uma diretriz da constituição para a interpretação da lei civil:

[...]

1. A Lei 8.009/1990 institui a impenhorabilidade do bem de família como um dos instrumentos de tutela do direito constitucional fundamental à moradia e, portanto, indispensável à composição de um mínimo existencial para vida digna, sendo certo que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se em um dos baluartes da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF/1988), razão pela qual deve nortear a exegese das normas jurídicas, mormente aquelas relacionadas a direito fundamental.

2. A Carta Política, no capítulo VII, intitulado "Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso", preconizou especial proteção ao idoso, incumbindo desse mister a sociedade, o Estado e a própria família, o que foi regulamentado pela Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), que consagra ao idoso a condição de sujeito de todos os direitos fundamentais, conferindo-lhe expectativa de moradia digna no seio da família natural, e situando o idoso, por conseguinte, como parte integrante dessa família.

3. O caso sob análise encarta a peculiaridade de a genitora do proprietário residir no imóvel, na condição de usufrutuária vitalícia, e aquele, por tal razão, habita com sua família imóvel alugado. Forçoso concluir, então, que a Constituição Federal alçou o direito à moradia à condição de desdobramento da própria dignidade humana, razão pela qual, quer por considerar que a genitora do recorrido é membro dessa entidade familiar, quer por vislumbrar que o amparo à mãe idosa é razão mais do que suficiente para justificar o fato de que o nu-proprietário habita imóvel alugado com sua família direta, ressoa estreme de dúvidas que o seu único bem imóvel faz jus à proteção conferida pela Lei 8.009/1990.(Brasília, STJ REsp 950663)

Já em outro julgado considerou-se que o direito à moradia impedia o Poder Público de restringir a liberação dos depósitos feitos no FGTS, mesmo quando o pedido de levantamento for feito para “reforma” do imóvel:

Técnicas de interpretação constitucional. Tais dispositivos devem ser lidos em conjunto, visando à realização ótima de todos os bens e valores da Constituição e, ao mesmo tempo, não negar nenhum deles (princípio da concordância prática), e objetivando a unidade do Texto Fundamental, já que as normas constitucionais não são isoladas, mas preceitos integrados em um sistema unitário. Além disso, o direito à moradia e ao FGTS (como mecanismo de melhoria da condição social do sujeito jurídico), visam, não a outra finalidade, mas à direta e efetiva garantia da dignidade da pessoa humana, solução que atende à eficácia integradora da Constituição. Ainda mais: à luz do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, a ponderação dos bens

jurídicos em questão revela que não há como prosperar o argumento de que o FGTS (direito do trabalhador) não pode ser utilizado para a reforma de imóvel destinado ao atendimento de uma proteção constitucional (direito à moradia), em consonância com o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana, simplesmente pelo fato de que a legislação infraconstitucional não previu especificamente essa hipótese. (Brasília, STJ, REsp 1251566)

No REsp 950473, enfatizou-se o “extraordinário conteúdo social” do direito à moradia como fundamento para conferir-se legitimidade ativa ao Ministério Público para propor ação civil pública em favor de mutuários:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. AUMENTO ABUSIVO DO VALOR DAS PRESTAÇÕES. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO À MORADIA.

1. Hipótese em que o Ministério Público ajuizou Ação Civil Pública em defesa de mutuários de baixa renda cujos imóveis foram construídos em sistema de mutirão, com compromisso de compra e venda firmado com o Município de Andradas, pelo prazo de 15 anos. Após o pagamento por 13 anos na forma contratual, o Município editou lei que majorou as prestações para até 20% da renda dos mutuários. O Tribunal de origem declarou a ilegitimidade ad causam do Ministério Público.

2. O art. 127 da Constituição da República e a legislação federal autorizam o Ministério Público a agir em defesa de interesse individual indisponível, categoria na qual se insere o direito à moradia, bem como na tutela de interesses individuais homogêneos, mesmo que disponíveis, como, p. ex., na proteção do consumidor. Precedentes do STJ.

3. O direito à moradia contém extraordinário conteúdo social, tanto pela ótica do bem jurídico tutelado - a necessidade humana de um teto capaz de abrigar, com dignidade, a família -, quanto pela situação dos sujeitos tutelados, normalmente os mais miseráveis entre os pobres.

4. Registre-se que o acórdão recorrido consignou não existir, no Município de Andradas, representação da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, além do fato de a Subseção da OAB somente indicar advogado dativo para as ações de alimento.

5. Recurso Especial provido. (Brasília, STJ REsp 950473)

No Agravo de Instrumento n. 0014136-80.2012.8.19.0000, o TJRJ impôs dever prestacional ao Estado com base no referido direito:

Ação de obrigação de fazer. Tutela antecipada. Decisão do juízo *a quo* que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela para que o Réu (Município) pague ao Autor aluguel-social. Possibilidade de concessão da medida antecipatória relacionada a direito fundamental. Direito à moradia. Vitima de chuvas de Abril de 2010. Presença dos requisitos legais para antecipação dos efeitos da tutela. Possível irreversibilidade da medida que é suplantada pela urgência da medida. Prazo para a concessão da tutela que deve ser majorado para 10 dias, por ser o prazo de 24 horas, anteriormente fixado, exíguo. Aplicação do verbete de súmula nº 59 deste Tribunal. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro Agravo de Instrumento n. 0014136-80.2012.8.19.0000)

Como se vê, o direito constitucional à moradia (CF, art. 6º) foi utilizado para: 1) ampliar o conceito de bem de família, a fim de impedir penhora; 2) afastar restrição ao levantamento do saldo do FGTS; 3) conferir legitimidade ativa ao Ministério Público para atuar em juízo em favor de mutuários; 4) impor prestação, ao Estado, em favor da vítima das chuvas. Mas tudo isso foi feito enquadrando-se os casos concretos nos esquemas conceituais clássicos.

Por exemplo, o conceito de relação jurídica para os chamados personalistas se liga à ideia de um vínculo entre pessoas, que a norma jurídica qualifica para produzir consequências jurídicas (ESPINOLA, 1961, p. 10). Já para a teoria normativista ou objetivista, a relação jurídica ocorre entre as pessoas e o ordenamento jurídico, por meio de uma norma jurídica (BARBERO, 1967, p. 149).

Ambas as teorias sofreram e sofrem críticas e quase todas apontam a insuficiência para explicar as diversas relações que o direito pode criar. O jurista italiano Pietro Perlingieri, por exemplo, chegou a afirmar:

Na maioria das vezes, a atenção detém-se nas situações individualmente consideradas, independentemente de suas relações, enquanto que seria necessário não se limitar à análise de cada direito e obrigação, mas, sim, examinar as suas correlações. Não é suficiente aprofundar o poder atribuído a um sujeito se não se compreendem ao mesmo tempo os deveres, as obrigações, os interesses dos outros. Em uma visão conforme os princípios da solidariedade social, o conceito de relação representa a superação da tendência que exaure a construção dos institutos em termos exclusivos de atribuição de direitos. (1999, pg. 113)

A verdade é que a Constituição de 1988 cria situações que a rigor não se enquadram mesmo nas noções clássicas de relação jurídica.

5 A POLÍTICA TRIBUTÁRIA E O ATIVISMO JUDICIAL

É possível inferir que a jurisprudência designa como “política tributária” uma zona de tratamento tributário especial, cuja instituição é deferida ao Legislativo e ao Executivo, sob o amparo do princípio da separação dos poderes, não cabendo ao Poder Judiciário revisar tais questões. É exatamente esta a linguagem dos tribunais:

Não cabe ao Poder Judiciário ampliar ou reduzir o alcance das normas legais que regem a tributação, a pretexto de corrigir eventuais distorções, posto que essas questões tem natureza de política tributária e competem aos Poderes Legislativo e Executivo 3. Apelação não provida. 4. Peças liberadas pelo Relator, em 12/09/2011, para publicação do acórdão. (Brasília, TRF da 1ª Região, na AMS 200332000008496)

O próprio Supremo Tribunal Federal tem várias decisões nesse sentido. Podemos citar o julgamento do RE 405.579 no qual pretendia-se a extensão do benefício fiscal de redução de alíquota do Imposto de Importação conferido pelo § 1º do artigo 1º da Lei 10.182/02, exclusivamente às importações destinadas aos processos produtivos das empresas montadoras e dos fabricantes de veículo, restando excluído os destinados ao mercado de reposição.

No julgado acima a recorrida GINAP – Grande Importadora de Pneus LTDA, empresa importadora, mas não produtora, pleiteava, com base no princípio da isonomia, o alcance da redução da alíquota prevista na Lei 10.182/02.

O STF entendeu que as isenções estabelecidas pelo legislador configuravam políticas extrafiscais de incentivo a indústria nacional. O Ministro Relator Joaquim Barbosa afirmou em seu voto o entendimento pacífico do Tribunal da impossibilidade do Poder Judiciário acrescentar privilégios fiscais à Lei.

O Relator citou ainda precedente do Ministro Celso de Mello no qual afirmou:

Os magistrados e Tribunais – não possuem função legislativa – não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, o benefício da exclusão do crédito tributário em função daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, nacionais e objetivos, não quis contemplar com o benefício da isenção. (Brasília, STF, no RE 405.579).

No mesmo sentido o STF se manifestou no julgamento do Recurso Extraordinário 344.994, relatado pelo Ministro Marco Aurélio (voto vencido no julgamento). No caso, discutia-se a afronta constitucional da Lei 8.981/95, artigos 42 e 57 que alterava o sistema de compensação de prejuízos fiscais, retirando a limitação temporal, mas restringindo a forma de sua efetivação.

A lei acima citada não permitia a utilização do montante integral acumulado do prejuízo, possibilitando a dedução de somente uma parcela de eventual lucro, gerando a obrigatoriedade da outra parcela do lucro ser apurada como lucro possível de tributação.

O Supremo Tribunal Federal considerou o “direito do abatimento dos prejuízos fiscais acumulado em exercício anterior é expressivo benefício fiscal em favor do contribuinte” e sendo benefício fiscal é instrumento de política pública. Logo, não poderia ser revisado pelo Poder Judiciário (Brasília, STF, no RE 344.994)

Ocorre que essa genérica fórmula – a política tributária pertence à discricionariedade e assim é imune à jurisdição – é extremamente vaga. Tanto que existem casos em que, a rigor, o STF censurou a política tributária. Isto ocorreu, por exemplo, quando se decidiu pela inconstitucionalidade da diferenciação entre as alíquotas de IPVA cobradas de carros importados:

Recurso extraordinário inadmitido. 2. Constitucional. Tributário. 3. Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores - IPVA. 4. Art. 150, II, da Constituição Federal. Isonomia tributária. Vedação de tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação equivalente. 5. Precedente: ADI n.º 1.655/AP, 10.09.97, Ministro MAURÍCIO CORRÊA. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASÍLIA, STF, AI 203.845 AgR, DJ 03.12.1999)

No julgado acima, e sob a fundamentação de afronta ao princípio da isonomia, questionava-se lei do estado do Rio de Janeiro que previa tratamento tributário diferenciado entre veículos de nacionalidade distintas.

No julgamento, o STF destacou o princípio constitucional da isonomia tributária que impede tratamento diferenciado entre contribuintes em razão de procedência e destino de bens e serviço. O Tribunal entendeu que a lei estadual não poderia estabelecer alíquotas de IPVA diferenciada, pois “na verdade o tratamento desigual apenas significa nova tributação pelo fato gerador do Imposto de Importação.” (BRASÍLIA, STF, AI 203.845 AgR , DJ 03.12.1999)

Nesta decisão, diferente do que aconteceu nas decisões já citadas neste capítulo, o Tribunal não levou em consideração a política tributária de proteção a indústria nacional que o estado do Rio de Janeiro pretendia com a diferenciação das alíquotas.

Outra decisão do Supremo Tribunal Federal que ampliou a extensão de princípios tributários foi o julgamento da Adin 939, relatada pelo Ministro Sidney Sanches, em 13/09/1093.

No caso, foi questionada a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 3/93 que, entre outras, autorizava a União Federal a instituir o Imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e créditos e direitos de natureza financeira – IPMF. A alegação era de que o referido imposto violava os princípios constitucionais da anterioridade, imunidade, cumulatividade, bitributação e o equilíbrio orçamentário.

Durante o julgamento discutiu-se sobre a relatividade do princípio da anterioridade previsto no artigo 150, III, b da Constituição Federal. O Ministro Ilmar Galvão ao falar sobre o tema asseverou:

Nem por isso, entretanto, se descaracteriza como garantia individual, destinado a prevenir surpresas tributárias, cuja observância se impõe, não apenas ao legislador ordinário, mas também ao poder constituinte originário, em face do disposto no art. 60, § 4º, inc. IV da Constituição. (Brasília, STF, no ADIN 939)

O Supremo Tribunal Federal entendeu que era inconstitucional o dispositivo da emenda porque havia suprimido o princípio da anterioridade.

O Ministro Celso de Mello afirmou que o “princípio da anterioridade da lei tributária, além de constituir limitação ao poder impositivo do Estado, representa um dos direitos fundamentais mais importantes outorgados pela Carta da República ao universo dos contribuintes” (Brasília, STF, no ADIN 939).

O Tribunal entendeu que a essência do princípio da anterioridade das leis tributária reflete expressão fundamental em que se apoiam os direitos básicos em favor dos contribuintes.

A ofensa do Estado a esses valores que desempenham, enquanto categorias fundamentais que são, um papel subordinante na própria configuração dos direitos individuais ou coletivos, introduz um perigoso fator de desequilíbrio sistêmico e rompe, por completo, a harmonia que deve presidir as relações sempre tão estruturalmente desiguais entre as pessoas e o Poder. Não posso desconhecer especialmente neste momento em que se aplica o espaço do dissenso e se intensificam, em função de uma norma tão claramente hostil a valores constitucionais básicos, as relações de antagonismo entre o Fisco e os indivíduos, que os princípios constitucionais tributários, sobre representarem importante conquista político-jurídica dos contribuintes, constituem expressão fundamental dos direitos outorgados, pelo ordenamento positivo, aos sujeitos passivos das obrigações fiscais. Desde que existem para impor limitações ao poder de tributar, esses postulados têm por destinatário exclusivo o poder estatal, que se submete, quaisquer que sejam os contribuintes, à imperatividade de suas restrições. (Brasília, STF, no ADIN 939)

Assim o STF entendeu que princípio da anterioridade da lei representa um dos direitos fundamentais mais relevantes outorgados ao universo dos contribuintes pela Constituição e que apesar de não estar no artigo 5º da CF tem natureza de direito fundamental, não podendo ser extinto por emenda constitucional, tampouco por uma lei ou qualquer outro ato normativo, como preceitua o artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da Constituição da República (PACOBAYHA, 2011).

A invocação do princípio da separação dos poderes feita pelo Supremo Tribunal Federal quando julga indevida sua intervenção em matérias de políticas públicas tributária é criticada como uma antiquada forma de decisão em matéria de políticas públicas. Hermes Zaneti sustenta o seguinte:

A encetar esse engano comum, está a indevida adoção simplista, por parte da doutrina, no Brasil, do modelo europeu puro de separação de poderes. Nosso modelo é outro, quer por razões históricas, a exemplo da adoção do modelo constitucional da judicial *review* norte-americano, desde 1891, quer por razões teóricas, a consolidação do neoconstitucionalismo, com a Constituição de 1988. (2010, p. 50)

De forma mais explícita, prossegue o autor:

Atualmente, não se discute mais a separação de poderes como regra limitadora do controle judicial de políticas públicas. Muito embora ela seja utilizada em um ou outro precedente judicial para deixar de analisar a questão de mérito, ou como argumento retórico, na verdade, as razões para decidir são sempre outras. Isso porque, no moderno estágio de evolução da doutrina, todo poder é uno no Estado e emana do povo, sendo apenas distribuídas as funções pelos diversos órgãos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. Funções típicas e atípicas exercidas em um quadro de normalidade institucional. A doutrina da separação rígida tornou-se, nessa perspectiva, um dos "pontos mortos do pensamento político, incompatível com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo. (ZANETI, 2010, p. 61-62)

Sustenta o autor que o problema da politização do Judiciário foi algo plantado pelo dogma positivista da legalidade. Deve-se, então rejeitar a ideia de que o Judiciário não é democrático porque não é eleito. Sua legitimidade democrática decorre da Constituição e das leis:

A par desse argumento legitimador, importa marcar, novamente, evoluindo no que foi dito até aqui, que vivemos em um Estado Democrático Constitucional sob a égide de uma democracia de direitos, na qual a regra da maioria submete-se aos objetivos delimitados previamente pela Constituição, mesmo que isto importe em permanente tensão entre a regra da maioria e os direitos fundamentais (ZANETI, 2010, p. 63)

Além dessas contundentes críticas, que encontra respaldo na realidade (hoje não se nega a efetiva participação do Judiciário nas políticas

públicas do país), encontram-se situações, envolvendo a Administração Tributária, em que se igualam relações coletivas a relações privadas.

No RE 603323, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 24.04.2012, por exemplo, o STF recebeu impugnação contra acórdão regional que fixara prazo para que o Fisco que apreciasse pleito administrativo de determinados contribuintes.

Inconformado, o Fisco alegou dentre outras coisas que, ao priorizar o pedido de um único contribuinte, o Tribunal de origem violara o direito de preferência de todos os demais contribuintes, na medida em que a administração tributária observa rigorosamente a fila de pleitos com base no critério temporal, isto é, definido pela data de ingresso do pedido.

O STF recusou essa argumentação sob o argumento de que o Fisco não poderia invocar direitos de terceiros em sua defesa. Colhe-se do voto do relator o seguinte trecho:

Sobre a quebra da isonomia, resultante da alegada preferência dada pela decisão judicial a um contribuinte, anoto que essa medida excepcional tem por objetivo apenas corrigir uma violação legal, após devida provocação pelo jurisdicionado legitimado. Assim, o alegado desequilíbrio não tem origem na correção jurisdicional do problema, mas na violação determinante, isto é, o desrespeito ao prazo legal. Por outro lado, a União não detém legitimidade jurídica para defender o direito da coletividade de contribuintes, para justificar a não observância do prazo legal razoável de duração do processo administrativo fiscal. (Brasília, STF, no RE 603323)

Nesse caso, o STF recusou-se até mesmo a considerar os argumentos que traziam o problema para o seu aspecto coletivo. Evidentemente, a solução para o caso poderia ter sido outra: poder-se-ia ter determinado ao Fisco a adoção de providências para a agilização do processamento de todas as consultas, com o que se preservaria não apenas o direito do demandante, mas o direito de todos os contribuintes.

No entanto, adotou-se a solução que enquadrava o litígio na concepção clássica de relação jurídica. Trata-se de decisão que preserva o direito do demandante, mas que ao mesmo tempo produz injustiça: havia outros consulentes à frente do autor da ação na lista de espera.

Agindo desta forma o STF vislumbrou na relação jurídica formada entre fisco e contribuinte uma típica relação clássica onde há um credor e um devedor, na qual o titular do direito (contribuinte) pode exigir do Estado (fisco) o cumprimento da obrigação, aproximando-se de a uma relação privada.

A problemática surge quando se tem o pressuposto de que as políticas públicas são políticas coletivas e não nascem de um contrato, mas sim de ações governamentais que tem por objetivo coordenar os recursos e meios disponíveis ao estado para realizar objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. (BUCCI, 2006, p.241)

Outro aspecto que se percebe da decisão analisada, é a ausência de parâmetros que balizem a decisão. A ação aditiva do supremo se dá de maneira mais conveniente para solucionar o caso concreto demandado, sem considerar o grande aparato estatal que envolve a política pública, ora questionada judicialmente, trazendo a impressão de que o Supremo Tribunal Federal quer tão somente solucionar os conflitos que lhe são apresentados.

É exatamente desta relação coletiva que a transposição da ação estatal para uma ação contratual beneficia somente aqueles que provocam o Poder Judiciário, em detrimento dos demais que sofrem das mesmas consequências e pelos mais diversos motivos não têm acesso à Justiça.

Assim, na tentativa de analisar se a Teoria dos Conceitos Jurídicos Fundamentais desenvolvidos por Wesley Newcomb Hohfeld poderia ser utilizada como auxílio nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em matéria tributária, dos exemplos trazidos ao trabalho, percebe-

se que o Tribunal não discute questões terminológicas, ou a utilização adequada dos termos jurídicos.

Hohfeld identificou nos precedentes das Cortes Americanas que questões jurídicas complexas eram analisadas de maneira simplória e os vocábulos jurídicos se confundiam com vocábulos não jurídicos.

Nas análises feitas neste trabalho dos precedentes do STF percebe-se que o uso impreciso das palavras jurídicas não prejudica a segurança interpretativa porque o Tribunal não utiliza precisamente sequer o alcance dos princípios.

Não foi possível verificar parâmetros mínimos que possam justificar um possível uso de imprecisão terminológica, já que a imprecisão encontra-se em um grau mais elevado.

O STF não estabeleceu parâmetros de julgamentos que possam identificar se as relações que envolvem políticas tributárias são relações jurídicas ou se são relações jurídico-privadas.

A conclusão possível de se verificar é que o STF vem agindo como legislador positivo em matéria de políticas públicas tributárias, embora afirme em seus acórdãos a impossibilidade de agir desta forma. E o ativismo do Supremo tem se voltado para reconhecer normatividade de princípios, realizando um juízo de generalidade e operacionalidade dos conceitos.

6. CONCLUSÕES

A partir da análise levada a efeito pretendeu-se verificar a existência de parâmetros nas decisões aditivas do Supremo Tribunal Federal e se era necessário estabelecer novos parâmetros para o julgamento das matérias envolvendo políticas públicas.

Por fim, pretendia-se analisar se a Teoria dos Conceitos Jurídicos Fundamentais desenvolvidos por Wesley Newcomb Hohfeld poderia ser utilizada como auxílio na solução dos conflitos.

Após análise de julgados em matérias envolvendo políticas públicas, e aqui se inclui políticas públicas tributárias, foi possível perceber que o STF não estabeleceu parâmetros mínimos ao enfrentar o tema.

Por vezes, julga questões referentes a políticas públicas como se fossem relações jurídico-privadas, entendendo que o dever do Estado decorre de uma relação contratual, sem citar possíveis consequências da decisão e sem levar em consideração a necessidade de efetivar transformações sociais e a igualdade material.

Noutras vezes o Supremo afasta o princípio da reserva do possível, afirmando que não pode ser alegada quando há ausência de implementação de políticas públicas para concretizar o direito pleiteado.

Há casos ainda, como o citado no item 4.5 desta dissertação, que o Supremo interpretou o direito à moradia de quatro formas diferentes. Mas tudo isso foi feito enquadrando-se aos casos concretos nos esquemas conceituais clássicos.

Sendo assim, uma das conclusões deste trabalho é que o Supremo não observa parâmetros mínimos para justificar sua atuação como legislador positivo. O STF vem aplicando o ativismo para reconhecer normatividade de princípios, mesmo daqueles que não estejam positivados,

e confere ao princípio da dignidade da pessoa humana a categoria de mais importante dos princípios, atribuindo caráter norteador na concretização das políticas públicas.

Por outro lado a teoria de Hohfeld, apresentada no capítulo 4 desta dissertação, tem sua utilidade prejudicada diante da atual postura do Supremo Tribunal Federal.

Hohfeld apresentou uma teoria conceitualista. E conceitualismo acredita que os conceitos com um alto grau de generalidade e abstração são funcionais na medida em que correspondem a elementos do mundo real sendo, portanto, base de uma gama de sub-regras que podem vir a ser deduzidas. Em sua visão conceitualista Hohfeld entende que em algum nível as palavras e conceitos correspondem a objetos da experiência no mundo real.

Contudo o STF age como nominalista e realiza um juízo de generalidade e operacionalidade dos conceitos. Aparentemente enxerga conceitos gerais como convenientes apenas a categorizações da experiência concreta, colocando dentro dessas categorias as regras e os significados que escolhem.

Finalmente concluímos que a teoria desenvolvida por Hohfeld se prestaria como uma valiosa contribuição na operação do direito, caso o Supremo Tribunal Federal se pautasse em critérios concretos nos seus julgados envolvendo políticas públicas, especialmente aquelas voltadas às questões tributárias.

7. BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, Victor; COURTS, Christian, **Los derechos sociales como derechos exigibles**, Trotta, 2004, p. 251.

AMARO, Luciano. **Direito tributário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARROSO. Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf
Acesso em 20 de set. 2012.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros. 2010.

BRASÍLIA. Superior Tribunal do Trabalho. Disponível em www.tst.jus.br. Acesso em 23 de novembro de 2012

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 23 de novembro 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANELLA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Julgadores?**. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2010

FERREIRA, Daniel Brantes. **Wesley Newcomb Hohfeld e os Conceitos Fundamentais do Direito, Direito Estado e Sociedade**. Puc Rio de Janeiro

Publicação on line, 2008.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. São Paulo, Manole, 2004.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Notas sobre o direito constitucional norteamericado. Disponível em:

http://www.arnaldogodoy.adv.br/arnaldo/publica/notas_sobre_o_direito_constitucional_norte_americano.html;jsessionid=F191660432D3719B66EC0087245D8DE2. Acesso em 25 de novembro de 2012.

GRIMM, Dieter. **A Função Protetiva do Estado, A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GRINOVER. **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**, op. Cit.; YARSHELL. Tutela jurisdicional, p. 59; DIDIER JR; ZANETI JR. Curso de direito processual civil: processo coletivo, p. 125. 2008.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. Passim.

HESS, Heliana Maria Coutinho, **Judiciário, Ativismo e Política**. Minas Gerais: 2011

HÖFLING, Eloisa de Mattos. **Estado e Políticas (Públicas) Sociais** <http://www.scielo.br/pdf/ccedes/v21n55/5539.pdf>

HOHFELD, Wesley N. **Conceptos jurídicos fundamentales**. Trad. Genaro Carrió. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1968. Também aparece em: Yale Law Journal, vol. 23, n. 1, 1913, pp. 13-14.

KELSEN, Hans. A democracia. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jeferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipola e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.

MACHADO, **Hugo de Brito**. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARCONI E LAKATOS, Marina Andrade e Eva Maria. **Fundamentos da Metodologia Científica**. São Paulo: Atlas, 2003.

NABIAS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Imposto**. Coimbra: Almeida, 2004

NASSIF, Luis. **O poder arbitrário do Supremo**. Disponível em: <<http://colunistas.ig.com.br/luisnassif/2009/11/04/o-poder-arbitrario-do-supremo/>>. Acesso em 20 de setembro de 2012.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PACOBAYHA, Fernanda Mara de Oliveira Macedo Carneiro. A Anterioridade Tributária como Garantia Individual do Contribuinte. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário**. V. 6, n. 1. p. 50-71, jan/jun 2011.

PAIVA, Paulo. **Juristocracia? As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011. Orgs. André Fernandes Fellet; Daniel Giotti de Paula; Marcelo Novelino.

PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e sistema jurídico**: uma introdução à interpretação sistemática do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

POPPER, Karl Raimund. **A Lógica da Pesquisa Científica**. São Paulo: Cultrix, 1975.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva. 2010.

SINGER, Joseph William. **The legal rights debate in analytical jurisprudence from Bentham to Hohfeld**, em *Wisconsin Law Review*, nº 975, 1982,

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Coords. Daniel Sarmento; Claudio Pereira de Souza Neto.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. **Aspectos Extrafiscais do IPI e Direitos Fundamentais**. In: BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET; MEIRA, LIZIANE ANGELOTTI; CORREIA NETO, CELSO DE BARROS;. (Org.). **TRIBUTAÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1.

ZANETI JUNIOR, Hermes **A Teoria da separação de Poderes e o Estado**

Democrático Constitucional, *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte, ano 18, n. 70, abr./jun. 2010.