

ano 14 - n. 58 | outubro/dezembro - 2014
Belo Horizonte | p. 1-296 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

A&C

 **EDITORA
Fórum**

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2014 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16ª andar – Funcionários – CEP 30130-007 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo &
Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar.
2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Supervisão editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Revisão: Lourdes Nascimento
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos
Diagramação: Bruno Lopes

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional* segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema *double-blind peer review*).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional* realiza permuta com as seguintes publicações:

- *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- *Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis

Daniel Wunder Hachem

Ana Cláudia Finger

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juarez Freitas (UFRGS)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ari Sundfeld (FGV-SP)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Nelson Figueiredo (UFG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Otilon Borges Junior (UFES)
Clêmerston Merlin Clève (UFPR)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Emerson Gabardo (UFPR)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Eros Roberto Grau (USP)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Carlos Abraão (UEL)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Yara Stroppa (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)	

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (*in memoriam*)
Jorge Luís Salomoni (*in memoriam*)
Julio Rodolfo Comadira (*in memoriam*)
Lúcia Valle Figueiredo (*in memoriam*)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (*in memoriam*)
Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)

Ação Civil Pública para tutela de direitos individuais homogêneos de natureza assistencial – A Teoria dos Sistemas de Luhmann e o paradoxo da decisão jurídica

Maria Gorete Ferreira

Advogada. Mestranda em Direito. Área de concentração: Constitucionalismo e Democracia. Programa de Pós-Graduação em Direito. Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). *E-mail:* <mgfunivas@hotmail.com>.

Maria do Carmo Lopes Toffanetto Rossitto Bassetto

Mestranda em Direito na Faculdade de Direito do Sul de Minas, turma 2013-2015. Graduada em Direito pela Faculdade da Amazônia Ocidental. Especialista em Direito Tributário. Graduada em Administração de Empresas pela Faculdade de Ciências da Administração de Pernambuco. Especialista em Administração de Direitos Humanos; Advogada. *E-mail:* <toffanetto@globo.com>.

Resumo: O objeto desta pesquisa foi a Ação Civil Pública nº 2004.38.03.003.762-5, da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Uberlândia/MG, que, desde 12.11.2013, encontra-se conclusa para relatório e voto da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. O estudo consistiu na análise, a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, da íntegra das decisões jurídicas que envolviam a Ação Civil Pública em comento, coletadas nos *sites* do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ), do Tribunal Regional Federal da Primeira Região (TRF1) e da 1ª Vara Federal da Subseção de Uberlândia-MG. O objetivo da análise é verificar a existência, na argumentação jurídica utilizada como fundamento da decisão, de suplementos, de fundamentos que não pertencem ao direito.

Palavras-chave: Ação Civil Pública. Direitos individuais homogêneos. LOAS. Teoria dos Sistemas. Decisão jurídica.

Sumário: Introdução – **1** O direito à assistência social na Constituição de 1988 – **2** processo coletivo e a ação civil pública – **3** Argumentação jurídica e o paradoxo da decisão – **4** Análise das decisões jurídicas referentes à ACP nº 2004.38.03.003.762-5 – Considerações finais – Referências

Introdução

O Estado Democrático brasileiro, reinaugurado com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, destina-se a assegurar, como valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, a liberdade, a segurança,

o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, a justiça e o exercício dos direitos individuais e sociais.

Entretanto, após 25 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, a questão da efetivação dos direitos sociais continua sendo foco de muita discussão nos meios jurídico e acadêmico, seja pelo caráter subjetivo desses direitos, pela inexistência de políticas públicas, pela crescente judicialização ou pela dificuldade de efetivação do direito ao pleno acesso à justiça. Entre os direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal, estão os direitos à seguridade social, constituídos basicamente pelo acesso, daqueles que dele necessitam, ao Benefício de Prestação Continuada (BPC), regulamentado pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS).

Ocorre que, devido às grandes transformações sofridas pela sociedade nas últimas décadas, surgiram “novos direitos” e “novas relações jurídicas” que não se enquadravam no padrão das ações individuais, rompendo com o paradigma “direito público” e “direito privado”. Para tutelar esses novos direitos — direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos — foi preciso criar instrumentos específicos, voltados para a concepção da tutela dos direitos coletivos.

Este artigo pretende analisar, a partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, os argumentos utilizados para fundamentar e elaborar as decisões referentes à polêmica Ação Civil Pública nº 2004.38.03.003.762-5, ainda em tramitação no Judiciário, que tem como objeto a tutela dos direitos individuais homogêneos de natureza assistencial.

O artigo está estruturado em quatro partes: a primeira parte trata dos direitos sociais previstos na Constituição da República de 1988, com ênfase no direito à assistência social, reconhecido como direito de relevante interesse social; a segunda aborda o processo coletivo brasileiro e a utilização da ação civil pública para tutela dos direitos individuais homogêneos; a terceira apresenta o marco teórico escolhido para o desenvolvimento do tema; por fim, a última parte analisa, a partir da Teoria dos Sistemas de Luhmann, os argumentos utilizados para a fundamentação das quatro decisões que foram proferidas nos autos da Ação Civil Pública nº 2004.38.03.003.762-5.

1 O direito à assistência social na Constituição de 1988

No Brasil, apesar de a Constituição da República de 1934 ter disposto, pela primeira vez, sobre as bases doutrinárias dos direitos fundamentais trabalhistas, o grande avanço com relação aos direitos sociais deu-se com a promulgação da Constituição de 1988, que trata de forma avançada de um sistema de seguridade social, abrangendo a Saúde, a Assistência Social e a Previdência Social.¹ De

¹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional: curso de direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008. p. 195.

forma sintética, os direitos sociais estão elencados no artigo 6º, Capítulo II - Dos Direitos Sociais, do Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, do vigente texto constitucional.²

Quanto à inclusão do direito à assistência social, Maria José de Freitas afirma que a “Constituição de 1988 representa uma grande transformação no padrão de proteção social brasileiro, uma vez que o modelo da seguridade social passa a estruturar a proteção social brasileira na perspectiva da universalização da cidadania”.³ Ressalta, ainda, que a inclusão da previdência, da saúde e da assistência como componentes da seguridade social ampliou a noção de direitos sociais antes restritos à população vinculada à previdência.

Entretanto, observa-se que, apesar de os direitos sociais terem sido reconhecidos constitucionalmente como “direitos e garantias fundamentais”, sua implementação e efetivação ainda está muito aquém do desejado.

Ao contrário dos direitos tradicionais, para cuja proteção requer-se apenas que o Estado não permita sua violação, os direitos sociais — como o direito à assistência médica e social, à habitação, ao trabalho — não podem ser simplesmente “atribuídos” ao indivíduo. Os direitos sociais exigem permanente ação do Estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por eles legitimadas.⁴

Dentre os direitos sociais previstos constitucionalmente estão o direito à previdência social e à assistência aos desamparados, tendo como pontos comuns a natureza alimentar, a urgência em sua prestação pelo Estado e a concessão dos benefícios efetuada pelo INSS.

1.1 O Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC-LOAS)

O direito à assistência social, assim como o direito à saúde e à previdência social, figura na categoria dos direitos sociais, que tendem a realizar a igualização de

² CF/88, art. 6º. “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”. CF/88, art. 194, *caput*: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

³ FREITAS, Maria José de. Benefício de prestação continuada: atualidade, ampliação da função protetiva, demandas e desafios. Ministério da Assistência Social e Combate à Fome. *Seminário Internacional BPC*, Brasília-DF, 8-10 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/saladeimprensa/eventos/assistencia-social/seminario-internacional-bpc/sobre-o-evento/apresentacoes/arquivos/maria-jose-semin-intern-bpc-nov10-parte-i.ppt>>. Acesso em: 23 fev. 2014.

⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 41-42.

situações sociais desiguais⁵ e, por relacionar-se a garantias fundamentais como o direito à vida⁶ e à dignidade da pessoa humana,⁷ “não deve ser relegado ao arbítrio de posterior e incerta concretização, pelo simples motivo de ser norma programática”,⁸ pelo contrário, cabe ao Estado implementar as prestações positivas necessárias para a concretização dos direitos sociais constitucionais.

Quando se fala em Assistência Social, deve-se ter em mente a ideia de destinatários carentes que buscam o mínimo social. São pessoas vulneráveis que se encontram em situação de insegurança alimentar. A Constituição diz que a Assistência Social é devida a quem dela necessitar (art. 203). Veja-se: enquanto a saúde é um direito universal, a Assistência Social é devida apenas a quem dela necessitar. Está implícita a noção de carência econômica ou de vulnerabilidade social do beneficiário.⁹

O direito à assistência aos desamparados dá-se por meio da concessão do Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social, conhecido como BPC-LOAS, que foi instituído pela Constituição Federal de 1988 e regulamentado pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), Lei nº 8.742, de 07.12.1993. Posteriormente, alguns dispositivos da LOAS foram alterados pelas Leis nºs 12.435, de 06.07.2011, e 12.470, de 31.08.2011, e, também, pelos Decretos nºs 6.214, de 26.09.2007, e 6.564, de 12.09.2008.

O BPC-LOAS é um benefício de natureza assistencial, individual, não vitalício e intransferível, “que tem grande relevância em razão do público a que se destina — idosos e pessoas com deficiência extremamente pobres”,¹⁰ pois assegura a transferência mensal de 1 (um) salário-mínimo ao idoso, com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, e à pessoa com deficiência, de qualquer idade, com impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 286.

⁶ CF/88, art. 5º, *caput*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

⁷ CF/88, art. 1º, III: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;”.

⁸ LOPES, Rodolfo Soares Ribeiro. O paradoxo da decisão e a função dos tribunais brasileiros na concretização do direito à saúde: observações a partir da perspectiva Teórico-sistêmica de Niklas Luhmann. *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*, Fortaleza-CE, 2010, p. 3142-3143.

⁹ SAVARIS, José Antônio. *Direito processual previdenciário*. 2. ed. (2009). 1. reimp. Curitiba: Juruá, 2010. p. 368.

¹⁰ MARCELINO, Miguel Abud. Avaliação social e médico-pericial para acesso ao benefício de prestação continuada da assistência social – BPC. In: SAVARIS, José Antônio (Coord.). *Curso de perícia judicial previdenciária: noções elementares para a comunidade médico-jurídica*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 415.

O BPC tem como objetivo proteger as pessoas idosas e as pessoas com deficiência, em face de vulnerabilidades decorrentes da *velhice* e da *deficiência* agravadas pela *insuficiência de renda*, assegurando-lhes o sustento e favorecendo o acesso às políticas sociais e a outras aquisições, bem como a *superação das desvantagens sociais* enfrentadas e a *conquista de sua autonomia*.¹¹ (grifos nossos)

Em virtude de sua natureza assistencial, para que seja requerido e concedido o benefício não é necessário ter contribuído com a Previdência Social. Entretanto, o acesso das pessoas, tanto aos benefícios concedidos a idosos, quanto para pessoas com deficiência, exige o preenchimento dos requisitos legais:¹² (i) para os idosos, é necessário que o requerente tenha idade igual ou superior a 65 anos; (ii) para as pessoas com deficiência, é necessário comprovar a existência de impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas; (iii) em ambos os casos, exige-se, ainda, a comprovação de miserabilidade, nos termos do §3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993.

1.2 O relevante interesse social

Em se tratando de direito assistencial, o modelo do BPC-LOAS, que é revisto a cada dois anos, rompeu “com as noções de cobertura restrita a setores inseridos no mercado formal, assumiu a equivalência urbano/rural e irredutibilidade do valor dos benefícios e garantiu patamares mínimos de renda a pessoas com deficiência e idosos, como direito constitucional de proteção pelo Estado”,¹³ o que permitiu a inclusão social para milhões de família em todo Brasil. Freitas relata, ainda, que narrativas coletadas das pessoas deficientes atendidas pelo BPC “demonstram que existe uma relação entre a efetivação do direito à assistência social e a possibilidade de mudança nas noções de cidadania experimentada por essas pessoas”.¹⁴

¹¹ FREITAS, Maria José de. Benefício de prestação continuada: atualidade, ampliação da função protetiva, demandas e desafios. Ministério da Assistência Social e Combate à Fome. *Seminário Internacional BPC*, Brasília-DF, 8-10 nov. 2010.

¹² FREITAS, Maria José de. Benefício de prestação continuada: atualidade, ampliação da função protetiva, demandas e desafios. Ministério da Assistência Social e Combate à Fome. *Seminário Internacional BPC*, Brasília-DF, 8-10 nov. 2010.

¹³ FREITAS, Maria José de. Benefício de prestação continuada: atualidade, ampliação da função protetiva, demandas e desafios. Ministério da Assistência Social e Combate à Fome. *Seminário Internacional BPC*, Brasília-DF, 8-10 nov. 2010.

¹⁴ FREITAS, Maria José de. Benefício de prestação continuada: atualidade, ampliação da função protetiva, demandas e desafios. Ministério da Assistência Social e Combate à Fome. *Seminário Internacional BPC*, Brasília-DF, 8-10 nov. 2010.

O que possibilita essas narrativas são *mudanças perceptíveis nas noções de bem-estar devido o acesso ao benefício*. A garantia mensal de um salário-mínimo além de permitir alterar os padrões de consumo dos beneficiários e suas famílias se configura em segurança social e econômica.¹⁵ (grifos nossos)

Apesar da limitação do recorte de renda, trata-se de benefício que tem ampla cobertura, contribuindo ao longo dos anos para a redução da pobreza no país. Dados divulgados pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, em dezembro de 2013, indicam que havia 3.964.192 de benefícios do BPC ativos em todo o Brasil, sendo 2.141.846 concedidos a pessoas com deficiência e 1.822.346 a idosos. No total, os recursos pagos no ano de 2013 ultrapassaram o valor de R\$31 bilhões.¹⁶

Observa-se que a relevância social do direito à assistência aos desamparados é incontestável, uma vez que as transferências de renda são importantes para a redução da pobreza e da desigualdade no país e, nesse sentido, o BPC-LOAS produz um impacto positivo nas condições de vida dos beneficiários por meio do aumento da renda familiar e consequente aumento do nível de renda:

[...] enquanto o BPC e as pensões e aposentadorias vinculadas ao salário-mínimo são capazes de tirar grande parte das famílias beneficiadas da indigência e da pobreza, os outros programas de transferências de renda melhoram a situação dessas famílias, porém sem necessariamente deslocá-las para acima da linha de pobreza, o que leva a crer que o impacto dos outros programas de transferência de renda é maior sobre a intensidade da pobreza do que sobre a proporção de pobres.¹⁷

Entretanto, o benefício ainda não alcança todos os que necessitam da assistência social prestada pelo Estado. Muitos continuam sem ser atendidos, seja por dificuldade de acesso à justiça, pelas interpretações restritivas feitas no estudo socioeconômico, ou, até mesmo, pela falta de conhecimento dos próprios direitos.

¹⁵ FREITAS, Maria José de. Benefício de prestação continuada: atualidade, ampliação da função protetiva, demandas e desafios. Ministério da Assistência Social e Combate à Fome. *Seminário Internacional BPC*, Brasília-DF, 8-10 nov. 2010.

¹⁶ Relatório divulgado pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Secretaria Nacional de Assistência Social. Departamento de Benefícios Assistenciais. Coordenação-geral de Revisão e Controle de Benefícios. Benefício de Prestação Continuada (BPC) - Benefícios ativos em dezembro de 2013. Fonte: DATAPREV. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/relocrys/bpc/docs/downloads/2013/DezTodos.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2013.

¹⁷ SOARES, Fábio Veras; SORES, Sergei; MEDEIROS, Marcelo; OSÓRIO, Rafael. G. Programas de transferência de renda no Brasil: impactos sobre a desigualdade. Instituto de Pesquisa Econômica Atualizada - IPEA. Texto para discussão nº 1288. Brasília-DF, 2008. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1228.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2014.

1.3 Dificuldades na efetivação dos direitos assistenciais

Como foi visto, embora estejam claramente elencados entre os direitos e garantias fundamentais, ainda há dificuldades na concretização dos direitos sociais constitucionais, seja por falta de políticas públicas, seja pelas interpretações equivocadas que se dão a esses direitos.¹⁸

O alcance dos direitos sociais tem sido estabelecido, em sua maioria, caso a caso na jurisprudência constitucional. Nas decisões do Supremo Tribunal Federal, os temas da “escassez dos recursos”, dos “custos dos direitos” e da cláusula de “reserva do possível” aparecem com muita força no debate a respeito da tutela jurisdicional dos direitos sociais quando, por meio de uma ação judicial, pede-se que o Judiciário obrigue o Poder Público a efetivar um direito previsto constitucionalmente.¹⁹

A escassez de recursos pressupõe que o Estado faça escolhas que, por sua vez, pressupõe preteridos que não se conformam com o indeferimento de seus direitos requeridos. A possibilidade de tais preteridos buscarem judicialmente os direitos sociais que lhe foram negados é o grande debate que a exigibilidade judicial dos direitos sociais suscita, bem como o questionamento da legitimidade democrática, da competência constitucional e da formação técnica do Poder Judiciário para a realização dessa tarefa.

Quando o direito social preterido é de natureza previdenciária ou assistencial, a participação do Judiciário é muito evidente. Milhares de ações requerendo benefícios assistenciais e previdenciários, indeferidos pelo INSS, são ajuizadas anualmente. Essas demandas geram custos para as Justiças Federal e Estadual²⁰ e retardam a efetivação do direito social pleiteado que, por sua própria natureza, requer urgência na resolução do feito.

Observa-se que a jurisprudência brasileira, tradicionalmente, tem concedido os direitos sociais requeridos individualmente. Pesquisa realizada por Daniel Wang revela que questões relevantes, normalmente ligadas ao debate a respeito da judicialização dos direitos sociais, como “reserva do possível”, “escassez de recursos” e “custos dos direitos”, são tratadas de forma muito simplificada pelo

¹⁸ “... o equívoco de rejeitar as pretensões de direitos humanos com base no fato de não serem plenamente exequíveis é que um direito não realizado por inteiro ainda continua a ser um direito, demandando uma ação que remedie o problema. A não realização, por si só, não transforma um direito reivindicado num não direito, pelo contrário, ela motiva uma maior ação social” (SEN, Amartya. *A ideia de justiça*, p. 419-420).

¹⁹ WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana M. (Coord.). *Jurisprudência constitucional: como decide o STF?*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 277.

²⁰ A Justiça Estadual têm “competência delegada” previsto no art. 109 da Constituição Federal, que estabelece que serão processadas e julgadas na justiça estadual as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, além de outras causas previstas em lei. Também são de competência da justiça estadual as ações requerendo benefícios previdenciários decorrentes de acidente de trabalho.

Supremo Tribunal Federal, ou mesmo ignoradas, quando o julgamento do caso envolve direito à educação e à saúde, nos processos individuais ou de pequenos grupos. Entretanto, os mesmos temas ganham importância em julgamentos de controle abstrato de constitucionalidade ou de ações de natureza coletiva que, por produzirem efeitos *erga omnes*, fazem com que os custos dos direitos, a reserva do possível e a escassez de recursos apareçam de forma mais patente que nos casos individuais ou de pequenos grupos.²¹

Por esse motivo, explica Flávia Piovesan, as demandas individuais são utilizadas como “estratégia de litigância” em detrimento das coletivas, sob o risco de as últimas serem afastadas pelo Poder Judiciário que, além de ainda pouco familiarizado com o processo coletivo, teme o amplo impacto social de uma decisão de alcance coletivo.²²

Ocorre que, nas últimas décadas, principalmente depois da criação dos Juizados Especiais (estaduais e federais), a procura pelo Judiciário aumentou consideravelmente, o que demandou outras iniciativas por parte dos Juízes e dos Órgãos Gestores para facilitar o acesso à justiça e diminuir o tempo de julgamento da lide. Nesse contexto, a Justiça Federal tem-se mostrado ativa, cadastrando nos últimos anos diversas práticas judiciárias, de iniciativa dos Juízes e servidores de diversas regiões,²³ com o objetivo de reduzir os atos processuais, simplificar os procedimentos, diminuir o tempo de tramitação dos processos e ampliar o acesso à justiça.

Outra forma utilizada para aumentar a efetividade do processo e garantir a efetivação dos direitos sociais é a utilização das ações coletivas. Porém, ainda há controvérsias com relação ao ajuizamento de ações civis públicas para a defesa de direitos individuais homogêneos, propostas tanto pelo Ministério Público quanto pela Defensoria Pública, diante da vedação legal do parágrafo único, do artigo 1º, da Lei de Ação Civil Pública.

Contudo, mesmo diante das divergências doutrinárias e jurisprudenciais, a propositura de ações civis públicas têm sido determinantes para a concretização

²¹ WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana M. (Coord.). *Jurisprudência constitucional: como decide o STF?* São Paulo: Malheiros, 2009. p. 298-299.

²² Flávia Piovesan esclarece que os ganhos judiciais individuais é que propiciaram a resposta legislativa universal, mediante a adoção da Lei nº 9.313/1996, que dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS. (Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: novas perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Baracha (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 65-66.

²³ Destacam-se as seguintes práticas, cadastradas no CNJ e recomendadas para todo o Brasil: Sistema de Conciliação Pré-Processual (SICOPP). Juiz Federal José Antônio Savaris (Coordenador Regional no Paraná do Sistema de Conciliação – SISTCON do Tribunal Regional Federal da 4ª Região) e Juíza Federal Flávia da Silva Xavier (designada para Sistema de Conciliação Pré-Processual – SICOPP). Curitiba-PR. Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/praticas/sistema-de-conciliacao-pre-processual-sicopp/>>; Perícia na Ordem do Dia. Marcelo Eduardo Rossitto Bassetto, Juiz Federal da 4ª Vara Federal e Coordenador do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Acre. Rio Branco-AC. Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/praticas/pericia-na-ordem-do-dia-717/>>.

dos direitos individuais homogêneos de relevante interesse social, inclusive quando se trata de matéria assistencial, como é o caso da Ação Civil Pública nº 2004.38.03.003.762-5, ajuizada pelo Ministério Público Federal na 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Uberlândia/MG.

2 Processo coletivo e a ação civil pública

O processo coletivo surgiu da necessidade de tutelar os “novos direitos” — os direitos de natureza coletiva, advindos das transformações sociais, políticas e econômicas da sociedade moderna que se modificou rapidamente nos últimos séculos e presenciou o desenvolvimento crescente das economias de massa.

Essas transformações não significaram apenas desenvolvimento e progresso, mas trouxeram consigo a explosão demográfica, as grandes concentrações urbanas, a produção e o consumo de massa, as multinacionais, os parques industriais, os grandes conglomerados financeiros e todos os problemas e convulsões inerentes a esses fenômenos sociais.²⁴

Dessa evolução da sociedade surgiram direitos que não podiam ser traduzidos ou classificados da forma tradicional, simplesmente como “públicos” ou “privados”, e que, por isso, não eram passíveis de defesa por meio das ações individuais existentes, nem pelo Código de Processo Civil, exigindo legislação própria e adequada para a sua defesa e efetivação. Para tanto, foi necessário modificar, aperfeiçoar e renovar o processo civil tradicional de forma a tornar efetiva a tutela desses novos direitos e garantir a resolução, pelo Poder Judiciário, dos conflitos advindos dessas novas relações jurídicas.

Não é exagero dizer-se que relevantíssimos interesses vagavam à procura de um autor que os defendesse. Se individualmente não se podia, nem se pode, defender o bem coletivo, a solução era mesmo alterar a concepção do Código Civil, criando-se paralelamente um sistema de processo civil coletivo, capaz de assegurar-lhe proteção.²⁵

Todas as ações disponíveis podem ser utilizadas para proteger a violação dos direitos coletivos pelo descumprimento de políticas públicas, dentro da ampla possibilidade de ações de tutela jurisdicional coletiva existente no ordenamento jurídico brasileiro como: a ação civil pública, a ação coletiva prevista no art. 91 do

²⁴ MILARÉ, Édis. *A ação civil pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 3.

²⁵ ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. Prefácio à 1ª edição de J. P. Sepúlveda Pertence. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009. p. 34.

CDC, a ação popular, a ação de improbidade administrativa, o mandado de injunção coletivo e o mandato de segurança coletivo.²⁶

Por meio das ações coletivas, o Poder Judiciário é capaz de resolver conflitos que demandariam um grande número de sentenças individuais, buscando-se a ampliação e efetivação do acesso à justiça, proposta na segunda onda de Mauro Cappelletti.²⁷ Contudo, percebe-se que a utilização do processo coletivo ainda é inócua no Brasil,²⁸ impedindo a realização dos objetivos a que se propõe: reduzir o número de ações ajuizadas, ampliar e efetivar o acesso à justiça, diminuir os custos e o tempo gastos com o processo.

2.1 A Ação Civil Pública

A Lei de Ação Civil Pública (LACP),²⁹ de 24 de julho de 1985, nasceu com objetivos restritos: limitava-se à tutela dos direitos ao meio ambiente, consumidor e patrimônio artístico, estético, histórico, paisagístico e turístico. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve uma ampliação do rol de direitos tutelados, pois o art. 129, III, do Texto Constitucional previu a proteção “de outros interesses difusos e coletivos”.³⁰ O grande salto processual, no entanto, decorreu da interação entre o artigo 90 do CDC³¹ e o artigo 21 da LACP,³² estabelecendo normas de “superdireito processual coletivo comum”,³³ conhecidas como microssistema processual coletivo.

²⁶ ZUFELATO, Camilo. O controle jurisdicional de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 317.

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 16.

²⁸ Os Juizados Especiais Estaduais e Federais, regulamentados respectivamente pelas Leis nºs 9.099/1995 e 10.259/2001, trouxe mais agilidade ao processo civil, por meio da utilização do processo sumaríssimo e da simplificação dos atos processuais. Mas os números divulgados no relatório *Justiça em Números 2013*, divulgado pelo CNJ em outubro de 2013, comprovam que Justiça Federal está sobrecarregada: no final de 2012 existiam 11,2 milhões de processos em tramitação, sendo 3,1 milhões (28%) de casos novos e 8,1 milhões (72%) de casos pendentes. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/ eventos/lan% C3%A7amento_do_Justi% C3%A7a_em_Numeros_2013/Relat% C3%B3rio_Justi% C3%A7a_em_N% C3%BAmeros_-_Justi% C3%A7a_Federal.pdf>.

²⁹ A denominação ACP surgiu com a Lei Complementar nº 40/1981 — entre as normas gerais para a Organização do MPE, estabeleceu no art. 3º, III, que era função institucional do MP a promoção da ação civil pública. Está prevista no artigo 129, III, da Constituição da República de 1988: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

³⁰ ALONSO JR. Hamilton. A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 207.

³¹ CDC, Art. 90. “Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”.

³² LACP, Art. 21. “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. (Incluído Lei nº 8.078, de 1990)”.

³³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo. Saraiva, 2003. p. 584.

Assim, como regra interpretativa, o operador do direito deve valer-se desses dois sistemas (CDC + LACP) para resolver qualquer problema pertinente à aplicabilidade do direito processual coletivo comum.³⁴

Dentre os avanços trazidos pela ACP podem ser citados: a promoção do Ministério Público como fiscal dos interesses difusos e coletivos, a legitimidade ativa do Ministério Público e da Defensoria Pública³⁵ e o efeito *erga omnes* da sentença, estendendo os benefícios protetivos da reparação a todas as pessoas.³⁶

O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, dentre outras finalidades, para “proteção dos interesses coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso (art. 74, inc. I, Lei nº 10.741/2003), como ainda a proteção de interesses coletivos das pessoas portadoras de deficiência (art. 3º, Lei nº 7.853/1989)”.³⁷ Luiz Carlo Bonat ressalta que nesse rol “está inserido o benefício assistencial previsto na Lei nº 8.742/1993, conforme previsão dos arts. 20 e 31 daquela norma, ante o direcionamento imposto pelo art. 203, inc. V, CF”.³⁸

2.2 Tutela dos direitos difusos, coletivos e direitos individuais homogêneos

A primeira legislação brasileira a trazer a definição de “direitos difusos”, “direitos coletivos” e “direitos individuais homogêneos”³⁹ foi o Código de Defesa do Consumidor de 1990, que incluiu o inciso IV - “a qualquer outro direito difuso ou coletivo” — ao artigo 1º da Lei nº 7.347/1985, ampliando o rol de direitos passíveis de tutela pela ação civil pública.

Assim dispõe o artigo 81, parágrafo único do CDC:

³⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual* (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo. Saraiva, 2003. p. 582.

³⁵ Os legitimados ativos, *numerus clausus*, estão elencados no artigo 5º da Lei nº 7.347/1985, que assim dispõe: “Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007). b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

³⁶ ANNONI, Danielle. O movimento em prol do acesso à justiça no Brasil e a construção de uma democracia pluralista. In: XVII Congresso Nacional do Conpedi, 2008, Brasília. *Anais do XVII Congresso Nacional do Conpedi*, Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2008. v. 1, p. 72-86. p. 75.

³⁷ TRF-4 - AC nº 1095 RS 2006.71.17.001095-3, Rel. Luiz Antonio Bonat, Data de Julgamento: 11.03.2008, Quinta Turma. Data de Publicação: *D.E.*, 26 maio 2008. Disponível em: <<http://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8911176/apelacao-civel-ac-1095-rs-20067117001095-3-trf4>>. Acesso em: 24 fev. 2014.

³⁸ TRF-4 - AC nº 1095 RS 2006.71.17.001095-3, Rel. Luiz Antonio Bonat. Data de julgamento: 11.03.2008, Quinta Turma, Data de Publicação: *DE*, 26 maio 2008.

³⁹ O artigo 129, III, da CF/88 refere-se aos direitos difusos e coletivos, mas não os define: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - *interesses ou direitos difusos*, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - *interesses ou direitos coletivos*, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - *interesses ou direitos individuais homogêneos*, assim entendidos os decorrentes de origem comum. (grifos nossos)

Apesar de terem em comum a característica de transindividualidade e a natureza indivisível, observa-se que os “interesses ou direitos difusos” diferem dos “interesses ou direitos coletivos” quanto à determinação dos titulares e à origem da relação jurídica: nos direitos ou interesses difusos, os titulares são indeterminados e não existe prévia relação jurídica base, pois as pessoas estão ligadas por circunstâncias de fato; nos direitos ou interesses coletivos, o titular é um grupo, categoria ou classe de pessoas e “é fundamental a existência de prévia relação jurídica base entre os membros da categoria, classe ou grupo de pessoas ou entre essas pessoas e a parte contrária”.⁴⁰

Por sua vez, os interesses individuais homogêneos, conceituados como aqueles que decorrem de uma origem comum, caracterizam-se pela divisibilidade, titularidade determinada ou passível de determinação e por originarem de um fato comum. No caso do BPC-LOAS, a origem comum está no preenchimento dos requisitos legais para acesso aos benefícios assistenciais, tanto para os idosos quanto para as pessoas com deficiência.

Os tribunais superiores também ampliaram o entendimento com relação à existência de legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública em matéria previdenciária e assistencial, reconhecendo que “tais direitos, quando socialmente relevantes, merecem tratamento coletivo e podem ser pleiteados em sede de ação civil pública”.⁴¹ A relevância social já foi acolhida em algumas ocasiões, como nos julgamentos dos recursos interpostos às ações civis públicas para reajuste de 147% para aposentados⁴² e para obter certidão parcial do tempo de serviço

⁴⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 488.

⁴¹ ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. Prefácio a 1ª edição de J. P. Sepúlveda Pertence. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 38.

⁴² STJ. REsp nº 185902 SP 1998/0061105-3, Rel. Min. Edson Vidigal. Data de Julgamento: 30 jun. 1999, T5. Quinta Turma. Data de Publicação: *DJ*, 16 ago. 1999, p. 93. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/411241/recurso-especial-resp-185902-sp-1998-0061105-3>>. Acesso em: 24 fev. 2014.

que segurado tem averbado em seu favor.⁴³ Em ambos os casos, foram protegidos importantes e relevantes direitos sociais, positivados na Constituição de 1988.

Atualmente, está em tramitação, no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a Ação Civil Pública nº 2004.38.03.003.762-5, da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Uberlândia/MG, cujo objeto é a exclusão, do cálculo da renda familiar, de qualquer benefício previdenciário no valor de um salário-mínimo, e não apenas do BPC-LOAS. A ação foi julgada procedente pelo juiz de primeiro grau e aguarda julgamento da apelação civil.

Por meio da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, serão analisados os principais argumentos utilizados como fundamentos das decisões prolatadas pelo juiz de 1º grau, pelo TRF-1, pelo STJ e pelo STF, nos julgamentos referentes à ação civil pública em estudo.

3 Argumentação jurídica e o paradoxo da decisão

O pensamento desenvolvido por Luhmann tem por característica principal a transição pelas esferas do direito, da sociologia e da filosofia, possibilitando uma crítica mais aprofundada às matrizes jurídicas existentes.⁴⁴ Sua teoria é tão abrangente que não se restringe apenas à sociologia, mas se estende a todo um amplo elenco de disciplinas como o direito, a economia, a política, a religião, a arte, consideradas, todas elas, como unidades autorreferenciais, isto é, como unidades que constroem significado a partir de si mesmas.⁴⁵

A teoria luhmanniana é uma construção de um nível de complexidade adequado para a compreensão dos sistemas sociais que, como a sociedade moderna, implicam graus elevados de complexidade. Para explicá-la, Luhmann utiliza um vocabulário próprio,⁴⁶ fruto de trabalho intenso que integrou o conhecimento entre diversas disciplinas.

⁴³ STF. RE nº 472.489-RS. Rel. Min. Celso de Mello. Data de julgamento: 13.11.2007. Data de Publicação: DJe-150 Divulg. 27.11.2007. Public. 28.11.2007, DJ, 28 nov. 2007 PP-00080 RDDP nº 60, 2008, p. 147-151. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14775315/recurso-extraordinario-re-472489-rs-stf>>. Acesso em: 24 fev. 2014.

⁴⁴ TRINDADE, André Fernandes dos Reis. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 15.

⁴⁵ BERIAIN, Josexto. Niklas Luhmann, *in memoriam*. *Estudios Políticos*, n. 21, Cuarta época, mayo-agosto, 1999. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Disponível em: <<http://revistas.unam.mx/index.php/rep/article/view/37236>>.

⁴⁶ A linguagem desenvolvida por Luhmann é específica, o que a torna um obstáculo a ser vencido. Luhmann também utiliza dezenas de conceitos apropriados de diversos autores e de diversas ciências, que ganham novo sentido, muitas vezes distinto do original, entre outros: O conceito de autopolese dos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela; (p. 44 – “Los sistemas autopoieticos son aquellos que por sí mismos producen no solo sus estructuras, sino tambien los elementos de los que estan constituidos —en el entramado de estos mismos elementos”). A distinção entre forma e meio do psicólogo austríaco Fritz Heider (p. 150); Alguns conceitos derivados da teoria do sociólogo americano Talcott Parsons, que foram redefinidos para dar sentido a sua teoria, como “interpenetração” (p. 58) e “meios de intercâmbio simbolicamente generalizados” — que se transformam em meios de comunicação simbolicamente generalizados (p. 156); A “fórmula da informação como diferença que provoca diferença” (“a difference that makes a difference”), do biólogo e antropólogo britânico Gregory Bateson (p. 61). Todas as páginas referem-se ao livro *La sociedad de la sociedad*, considerada a grande obra de Luhmann. (*La sociedad de la sociedad*. México: Herder/UIA, 2007. p. 635-639).

O ponto de partida da teoria dos sistemas de Luhmann deriva de um processo teórico baseado em um preceito de diferença, no paradoxo existente entre sistema e meio: “o sistema é a diferença resultante da diferença entre sistema e meio. O conceito de sistema aparece, na definição, duplicado no conceito de diferença”.⁴⁷ Para chegar a tal conceito, Luhmann abandonou a perspectiva tradicional da teoria dos sistemas⁴⁸ introduzindo uma referência explícita ao ambiente (meio), de modo que a noção de ambiente não implica somente que algo mais existe fora do sistema em estudo. A nova tese, ao contrário, propõe que as estruturas e processos de um sistema só são possíveis em relação a um ambiente, e só podem ser entendidas se estudadas nesta relação.⁴⁹

A sociedade é descrita por Luhmann como um tipo particular de sistema social — é o sistema social que compreende internamente todas as comunicações. Em consequência, não existe nenhuma comunicação fora da sociedade e, a sociedade marca os limites da complexidade social, limitando as possibilidades que podem ser acolhidas e atualizadas na comunicação. Ao contrário da sociologia tradicional, a sociedade, enquanto sistema, não tem como elementos próprios os indivíduos, mas sim *a comunicação*.

A comunicação é a operação que possui todas as propriedades necessárias para se constituir no princípio de autopoiese dos sistemas sociais: “é uma operação genuinamente social (e a única, enquanto tal), porque pressupõe o concurso de um grande número de sistemas de consciência, embora, precisamente por isso, enquanto unidade, ela não possa ser imputada a nenhuma consciência isolada”.⁵⁰ A comunicação passa a ser, na teoria dos sistemas, a operação específica dos sistemas sociais.

A teoria sistêmica de Luhmann inova ao permitir uma observação lógica, desvinculada de experimentações cujo foco é a funcionalidade dos sistemas, formados pela interação de elementos e de sua funcionalidade, e não simplesmente a análise das partes que compõem o sistema. Adota os conceitos desenvolvidos pela teoria dos sistemas autopoieticos aos sistemas sociais, em que as hipóteses defendidas assimilaram a característica de um sistema social autorreferente e operacionalmente fechado. Esses elementos foram transplantados da esfera da

⁴⁷ LUHMANN. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 80-81.

⁴⁸ ESTEVES, João Pissarra. Apresentação. *A improbabilidade da comunicação*. 4. ed. Lisboa: Vega, 2006. p. 13-14.

⁴⁹ A comunicação é altamente improvável, apesar de diariamente a experimentarmos e a praticarmos e de não podermos viver sem ela. Essa improbabilidade pode dar-se por três formas: 1) pela incompreensão do que o outro quer dizer, tendo em conta o isolamento a individualização de sua consciência; 2) improbabilidade de aceder aos receptores — problema de extensão espacial e temporal; 3) improbabilidade de obter o resultado desejado. LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. 4. ed. Lisboa: Vega, 2006. p. 42-43.

⁵⁰ LUHMANN. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 293.

biologia para os fundamentos do sistema social e, por consequência, acabam servindo de fundamento para a ciência jurídica atual.

3.1 Direito e decisão jurídica em Niklas Luhmann

O direito, para Luhmann, é um sistema funcionalmente diferenciado da sociedade moderna, cuja função é manter estáveis as expectativas, ainda que estas resultem vãs. Essas expectativas são normas que permanecem estáveis independentemente de sua eventual violação. O código que orienta o direito está constituído pela diferença binária “direito/não direito”. Dessa forma, existe comunicação jurídica sempre que, em caso de controvérsia, alguém reivindica os direitos e, em referência às normas vigentes, deve-se decidir quem possui e quem não possui a razão da legalidade.⁵¹

O sistema jurídico, assim como os demais sistemas sociais, é considerado, sob o prisma da autopoiese, como um sistema ao mesmo tempo aberto e fechado. O sistema do direito é aberto apenas às influências do ambiente que passam pelo processo de seleção realizado pelo código direito/não direito, “juridicizando” os elementos do meio que passam a integrar sua estrutura e servem de aparato para a manutenção de sua autorreferenciabilidade⁵² Entretanto, o sistema do direito é fechado no sentido operacional, ou seja, o direito se autorregula através de sua identidade, de seu código.

É importante lembrar que a própria irritação faz parte do sistema, pois, “as irritações dão-se sempre e inicialmente a partir de diferenciações e comparações com estruturas (expectativas) internas aos sistemas, sendo, portanto, do mesmo modo que a informação, necessariamente produto do sistema”.⁵³ Isso significa que nem todas as possibilidades do ambiente, apesar de chamarem a atenção do sistema, serão selecionadas por ele. A seleção de elementos, conforme explica Luhmann, será feita de acordo com o sentido atribuído pelo sistema a tais elementos, e não pelo ambiente.

O sentido a ser atribuído dependerá sempre da função do sistema e o que não faz sentido para o sistema é descartado, remanescendo na complexidade do ambiente como potencialidade do futuro. Por isso, as informações são sempre construtos internos. O sistema direito tem como função generalizar simbolicamente as expectativas normativas, ou seja, separar de forma objetiva o que se pode esperar normativamente daquilo que se esperar apenas cognitivamente.⁵⁴

⁵¹ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BERARDI, Claudio. *GLU: Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann*. 1. ed. 1ª reimp. México: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 72.

⁵² TRINDADE, André Fernandes dos Reis. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoiético*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 85.

⁵³ LUHMANN, N. O conceito de sociedade. In: NEVES, C. B.; SAMIOS, E. M. B. (Org.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997. p. 68.

⁵⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 608.

Para Luhmann, a decisão jurídica é a operação genuína do sistema direito que “articula as normas quanto as proposições das teorias jurídicas e dos precedentes jurisprudenciais”.⁵⁵ Na teoria dos sistemas autopoieticos, a investigação da decisão jurídica é realizada por meio de uma análise das operações de decisão como formas de distinção. Nessa perspectiva, decisões são operações de indicação e distinção. As decisões são observações mediante distinções, que são chamadas de “alternativas”. A forma “alternativa” é, então, aquela forma que faz uma distinção de uma observação. A decisão indica o lado que prefere da alternativa.⁵⁶ O entendimento da decisão jurídica e das formas de argumentação são de extrema importância para a sociedade atual, altamente complexa, e, por isso, as justificativas por uma decisão ou outra apresentam exigências muito mais sofisticadas do que as exigências de fundamentação das decisões jurídicas da matriz analítica do direito do século XX.⁵⁷ Nesse contexto, a teoria de Luhmann procura responder “como acontecem as decisões jurídicas e como são introduzidos argumentos baseados em valores exteriores ao próprio direito para suplementar o fundamento às vezes ausente no processo de justificação da decisão”.⁵⁸

3.2 O paradoxo da decisão jurídica

De acordo com a teoria de Luhmann, o paradoxo da decisão jurídica reside no fato de que a decisão jurídica é impossível de ser decidida e, exatamente por isso, é que ela exige uma decisão. Caso a decisão não fosse impossível, não exigiria uma decisão, seria necessário apenas uma “reprodução de decisões anteriores, sem nenhuma exigência de argumentação da escolha decidida e sem nenhuma produção de diferença no âmbito do sistema jurídico”.⁵⁹

Dessa forma, explica Simioni, podem-se distinguir diferentes tipos de decisões jurídicas: (i) as decisões jurídicas que apenas reproduzem as operações anteriores do sistema confirmam decisões passadas sem produzir nenhuma diferença, apenas produzem redundância e, por isso, não se distinguem das ações; (ii) e as decisões jurídicas que inovam as operações anteriores, produzindo diferença e variações. As decisões que introduzem uma diferença nas operações do sistema são consideradas “verdadeiras decisões”, porque não apenas decidiram entre uma determinada regra,

⁵⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 607.

⁵⁶ LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Dario Rodriguez Mansilla (traductor). México: Herder, 2010. p. 163.

⁵⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. A decisão jurídica em Niklas Luhmann: operação, diferença e abertura. *Anais do XVIII Congresso Nacional do Conpedi*, São Paulo, 2009. p. 6500.

⁵⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. A decisão jurídica em Niklas Luhmann: operação, diferença e abertura. *Anais do XVIII Congresso Nacional do Conpedi*, São Paulo, 2009. p. 6500.

⁵⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. A decisão jurídica em Niklas Luhmann: operação, diferença e abertura. *Anais do XVIII Congresso Nacional do Conpedi*, São Paulo, 2009. p. 6506.

princípio, solução ou argumento, ou porque decidiram simplesmente em manter ou inovar a tradição jurisprudencial. “A decisão jurídica é mesmo aquela que era impossível de ser decidida e, precisamente por ser impossível de ser decidida, teve que ser criada, inventada, decidida. E como tal, também justificada”.⁶⁰

4 Análise das decisões jurídicas referentes à ACP nº 2004.38.03.003.762-5

O Judiciário, de acordo com o princípio *non liquet*, jamais pode se esquivar de decidir. As decisões jurídicas sempre devem ser realizadas, pois não é permitido ao Judiciário diferir uma decisão. Destarte, todas as demandas levadas ao Judiciário devem ser decididas, independentemente do grau de complexidade ou da dificuldade que as envolve. Diante de decisões complexas, de difícil solução, muitas vezes são utilizados argumentos “fora” do sentido dos textos legais e da doutrina, pois, se não é possível encontrar uma solução dentro do sistema direito, “então a decisão procura, por meio da argumentação jurídica, buscar elementos ou valores fora do direito para justificar a própria decisão. E mais: esse saltar fora do sistema jurídico, muitas vezes, é a condição de legitimidade da própria decisão jurídica”.⁶¹ A esses recursos argumentativos externos ao sistema jurídico Jacques Derrida denomina “suplementos”.⁶²

Nós encontramos ‘suplementos’ não apenas nas formas gerais do conhecimento metafísico, mas também em todas as decisões jurídicas que recorrem a valores externos ao sistema do direito para fundamentar a sua legitimidade e a sua correção. Em outras palavras, nós encontramos “suplementos” em todas as decisões jurídicas que recorrem a valores lógicos exteriores ao sistema jurídico para suplementar a ausência de um fundamento jurídico unívoco da decisão, para tornar “presente” o fundamento “ausente”, para completar a falta de justificação com um suplemento argumentativo.⁶³

A seguir, serão analisadas, frente à teoria dos sistemas de Luhmann, quatro decisões jurídicas proferidas em sede da Ação Civil Pública nº 2004.38.03.003.762-5: decisão do Juiz Federal de primeiro grau, prolatada em 09.11.2005; Suspensão de Segurança nº 2006.01.00.010252-3/MG, decidida pelo TRF1 em 24.03.2006; Conflito de Competência nº 96.028-MS, decidido pelo STJ em 11.02.2014 e, por fim,

⁶⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. A decisão jurídica em Niklas Luhmann: operação, diferença e abertura. *Anais do XVIII Congresso Nacional do Conpedi*, São Paulo, 2009. p. 6506.

⁶¹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão Jurídica e democracia: os suplementos da argumentação jurídica. In: *Sociedade, direito e decisão em Niklas Luhmann*: congresso internacional em homenagem a Cláudio Souto. Recife, 2009. p. 426.

⁶² DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*, p. 178.

⁶³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão Jurídica e democracia: os suplementos da argumentação jurídica. In: *Sociedade, direito e decisão em Niklas Luhmann*: congresso internacional em homenagem a Cláudio Souto. Recife, 2009. p. 426.

a Reclamação nº 4.188 MG, julgada pelo STF em 06.05.2013. O objetivo da análise é verificar se houve a utilização de suplementos nos argumentos que fundamentaram as referidas decisões.

As tabelas utilizadas foram elaboradas com as informações colhidas nas decisões proferidas nos autos do processo. O formato das tabelas foi inspirado no trabalho de Rodolfo Soares Ribeiro Lopes, publicado nos *Anais do XIX Encontro Nacional do Conpedi*.

4.1 Sentença – Ação Civil Pública nº 2004.38.003762-5

A Ação Civil Pública nº 2004.38.003762-5 foi ajuizada pelo Ministério Público Federal em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e da União Federal, objetivando, em síntese, que os réus “desconsiderem em todo território nacional, para efeito de cálculo da renda familiar a que se refere a LOAS, tanto para os idosos quanto para os deficientes, qualquer benefício de valor igual ao salário-mínimo concedido a membro do grupo familiar”. A sentença, fundada no Estatuto do Idoso, condenou o INSS e a União a não computarem na renda familiar do idoso ou portador de necessidades especiais, para fins de concessão do benefício assistencial previsto na Lei nº 8.742/93, o valor de qualquer benefício previdenciário ou assistencial igual a um salário-mínimo.

Justiça Federal de Primeira Instância - 1ª Vara da Subseção Judiciária de Uberlândia	
Processo	Ação Civil Pública nº 2004.38.003762-5 ⁶⁴
Data do julgamento	09 de novembro de 2005
Julgador	Juiz Substituto: Leonardo Estevam de Assis Zanini
Requerente	Ministério Público Federal
Requeridos	Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e União Federal
Pedido	Desconsiderar em todo território nacional, para efeito de cálculo da renda familiar a que se refere a LOAS, tanto para os idosos quanto para os deficientes, qualquer benefício de valor igual ao salário-mínimo concedido a membro do grupo familiar, revisando em 30 dias os pedidos anteriormente indeferidos.
Quanto à concessão	Decisão favorável
Argumentos utilizados	Violação dos princípios da dignidade da pessoa humana, do princípio da razoabilidade e do princípio da isonomia; ineficácia da limitação dos efeitos da sentença.

⁶⁴ Consulta realizada aos autos físicos do processo nº 2004.38.003762-5 da 1ª Vara da Seção Judiciária de Uberlândia- MG, em 24.02.2014, folhas nº 1185 a 195.

Justiça Federal de Primeira Instância - 1ª Vara da Subseção Judiciária de Uberlândia

Fundamentação legal	Art. 1º, III, CF; art. 34 do Estatuto do Idoso — Lei nº 10.741/2003; Art. 203, CF; arts. 16 e 21 da Lei nº 7.347/85, arts. 90 e 103 do CDC
Jurisprudência citada	ADI nº 1.232/DF; TRF - 4, AG nº 2000.04.01.014335-0

Verifica-se que os argumentos utilizados na sentença de primeiro grau fazem parte do sistema jurídico, uma vez que, constam da fundamentação da sentença apenas violações ou interpretações restritivas às leis vigentes (LACP), Estatuto do Idoso e CDC — e aos princípios constitucionais — dignidade da pessoa humana, razoabilidade e isonomia.

De acordo com Luhmann, quando se parte do teorema da clausura operativa do sistema do direito, pode-se ter em conta a utilização de princípios na práxis argumentativa, uma vez que os princípios podem ser considerados como fórmulas de redundância — fórmulas que parecem ser compatíveis com os requerimentos de verdade do sistema.⁶⁵ Portanto, pode-se afirmar que, na sentença proferida pelo juízo de primeiro grau não foi utilizado nenhum tipo de “suplemento” para fundamentar e realizar a decisão jurídica.

4.2 Suspensão de Segurança 2006.01.00.010252-3/MG – TRF1

Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Processo	Suspensão de Segurança nº 2006.01.00.010252-3/MG ⁶⁶
Data do julgamento	24 de março de 2006
Julgador/Relator	Desembargador Federal Mário César Ribeiro
Requerente	Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e União Federal
Autor	Ministério Público Federal
Pedido	Suspensão dos efeitos da sentença proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Uberlândia, em Minas Gerais, nos autos da Ação Civil Pública nº 2004.38.03.003762-5.
Quanto à concessão	Deferido

⁶⁵ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. México: Herder, 2005. p. 248. Tradução livre.

⁶⁶ Justiça Federal. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Pesquisa de Jurisprudência. Expressão de busca: 2004.38.03.003762-5. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em: 24 fev. 2014.

Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Argumentos utilizados	Impacto do ato decisório; limitação territorial dos efeitos da sentença; ampliação do conteúdo do art. 34 do Estatuto do Idoso; existência de distinção legal entre idoso e pessoa portadora de deficiência; é possível identificar, no caso amplo interesse público, diante da potencial lesividade administrativa e econômica que a decisão acarreta, seja pela extensão geográfica que abrange, seja pelo alto custo orçamentário que representa. “execução da sentença, embora beneficie idosos e deficientes, pode significar sério gravame para a sociedade como um todo e para o Poder Público, colocando em risco a saúde financeira da Previdência Social”.
Fundamentação legal	Art. 4º da Lei nº 4.348/1964 e do art. 4º da Lei nº 8.437/1992; art. 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; Lei nº 10.741/2003, art. 34, art. 203, V, da CF; art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/93 (LOAS) e o parágrafo único do art. 34, da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do idoso); art. 2º, §2º do Decreto-lei nº 4.657/42 – Lei de Introdução ao Código Civil.
Jurisprudência citada	Agravo de Instrumento nº 2004.01.00.024183-9/MG

No julgamento da suspensão de segurança verifica-se a utilização de suplementos, de elementos externos ao sistema jurídico, na fundamentação da decisão jurídica. Observa-se que foram utilizados argumentos que recorrem à “orientação às consequências”, ou seja, “o uso do recurso à previsão dos prováveis efeitos colaterais ou impactos da decisão jurídica na economia, na ciência, na política, na educação etc.”.⁶⁷ Para chegar a uma decisão possível, foi utilizado o recurso à previsão dos prováveis impactos negativos que a execução da sentença traria para a economia e para a saúde financeira da Previdência Social, conforme trecho da decisão reproduzido a seguir:

Observando a questão sob o prisma dos pressupostos que autorizam excepcionalmente a concessão de efeitos suspensivos a liminares ou sentenças em sede de Suspensão de Segurança, é possível identificar, no caso amplo interesse público, diante da potencial lesividade administrativa e econômica que a decisão acarreta, seja pela extensão geográfica que abrange, seja pelo alto custo orçamentário que representa. Com efeito, a execução da sentença, embora beneficie idosos e deficientes, pode significar sério gravame para a sociedade como um todo e para o Poder Público, colocando em risco a saúde financeira da Previdência Social.

⁶⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão jurídica e democracia: os suplementos da argumentação jurídica. In: *Sociedade, direito e decisão em Niklas Luhmann*: Congresso internacional em homenagem a Cláudio Souto. Recife, 2009. p. 426.

Embora a análise da Suspensão de Segurança seja efetuada para evitar danos ao interesse público, à saúde, à segurança, à ordem e à economia públicas, a utilização do mecanismo:

constitui uma forma ampla de inserção do Poder Judiciário no campo da política, e exige uma maior legitimidade democrática da tomada de decisão, não somente no campo da fundamentação das decisões judiciais, mas também da participação dos interessados no processo decisório.⁶⁸

Nesse sentido, Luhmann adverte que quando se trata de valorar as consequências, cada um tem a certeza de que os outros não podem julgar de outra forma mais segura. Então, o paradoxo da argumentação assume a forma de paradoxo temporal, isto é, a construção do futuro, no presente — a decisão é realizada a partir de um prognóstico, de um cenário futuro que pode ou não acontecer. Mas, conclui Luhmann, o que acontece faticamente, com a decisão voltada a consequências futuras, é um aumento da variedade do sistema e um caminho para a formação de redundâncias, sem que seja possível chegar a uma razão adicional ou a uma melhor razão.

4.3 Conflito de Competência nº 96.028 - MS (2008/0110255-3) – STJ

Superior Tribunal de Justiça – STJ	
Processo	Conflito de Competência nº 96.028-MS (2008/0110255-3) ⁶⁹
Data do julgamento	11 de fevereiro de 2014
Julgador/Relator	Ministra Assusete Magalhães
Autor	Ministério Público Federal
Réu	Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e União Federal
Suscitante	Juízo Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso do Sul
Órgão suscitado	Juízo Federal da Vara de Uberlândia - SJ/MG

⁶⁸ LEITE, Carlos Henrique Costa. A suspensão de segurança e o protagonismo judicial na concretização de políticas públicas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3265, 9 jun. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21954>>. Acesso em: 24 fev. 2014.

⁶⁹ STJ. *Superior Tribunal de Justiça*. Consulta. Pesquisa de Jurisprudência do STJ. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=MON&sequencial=4033123&formato=PDF>>. Acesso em: 24 fev. 2014.

Superior Tribunal de Justiça – STJ

Pedido	Conflito Positivo de Competência, suscitado, nos domínios de ações civis públicas propostas pelo Ministério Público Federal contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e a União, nas quais se discutem a interpretação dada pela autarquia ao parágrafo único do art. 34 da Lei 10.741/2003, ensejando situações fáticas conflitantes com o princípio da isonomia. Alega o suscitante que o INSS suscitou litispendência do feito com a Ação Civil Pública nº 2004.38.03.003762-5, proposta na 1ª Vara Federal de Uberlândia, já com sentença de mérito.
Quanto à concessão	Não conhecido
Argumentos utilizados	Necessidade de evitar entendimentos distintos e/ou contraditórios sobre a mesma matéria, violando o princípio constitucional da igualdade, a segurança jurídica e a credibilidade do Poder Judiciário; aplicação da Súmula nº 235 do STJ.
Fundamentação legal	Art. 115 do CPC c/c Súmula nº 235 do STJ.
Jurisprudência citada	CC nº 100.345/RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Segunda Seção, <i>DJe</i> , 18 mar. 2009; Súmula nº 235 do STJ; AgRg no CC nº 119.070/ES, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Segunda Seção, <i>DJe</i> 18 mar. 2013; AgRg no Ag nº 1.245.655/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, <i>DJe</i> , 07 out. 2010; CC nº 56.100/MA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, <i>DJe</i> , 1º dez. 2008; AgRg no CC nº 66.507/DF, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, julgado em: 23.04.2008, <i>DJe</i> , 12 maio 2008.

A decisão tomada pelo Superior Tribunal de Justiça fundamentou-se em ampla jurisprudência, inclusive em Súmula do próprio tribunal, ratificando as decisões anteriores, sem que houvesse um grande debate a respeito dos argumentos levantados no caso concreto. Também não foi constatada a utilização de suplementos nos argumentos da decisão jurídica.

4.4 STF – Reclamação: RCL nº4166 MG

Supremo Tribunal Federal - STF

Processo	Reclamação nº 4.166 MG ⁷⁰
Data do julgamento	06.05.2013
Julgador/Relator	Ministro Teori Zavascki
Reclamante	Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e União Federal
Reclamado	Ministério Público Federal

⁷⁰ STF, Supremo Tribunal Federal. Pesquisa de Jurisprudência. Decisões Monocráticas. Expressão de Busca: RCL nº 4188 MG. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RCL+4188+MG%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 24 fev. 2014.

Supremo Tribunal Federal - STF

Pedido	Reclamação constitucional, com pedido de liminar, contra sentença proferida na ACP nº 2004.38.03.003.762-5, que teria desrespeitado a decisão do STF na ADI nº 1.232, na qual foi declarada a constitucionalidade do art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/93.
Quanto à concessão	Negado
Argumentos utilizados	Os atos reclamados devem estrita aderência ao conteúdo das decisões do STF; a sentença impugnada versa sobre questão distinta do paradigma: a decisão proferida na ACP apenas exclui os benefícios previdenciários no valor de um salário-mínimo do cálculo da renda per capita familiar, mas não afasta o critério previsto no art. 20, §3º da Lei nº 8.742/93; enquanto que a ADI nº 1.232 declara apenas a constitucionalidade do referido artigo. Em julgamentos recentes o Plenário modificou o entendimento e declarou a inconstitucionalidade do critério adotado pelo art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/1993.
Fundamentação legal	Art. 102, II, da CF/88; art. 103-A, §3º, CF/88; art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/93; Lei nº 10.741/2003 – Estatuto do Idoso; art. 203, V, CF/88.
Jurisprudência citada	Rcl nº 6.534-AgR, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, <i>DJe</i> , 17 out. 2008; ADI nº 1232/DF, Pleno, Rel. p/ acórdão Min. Nelson Jobin, j. 27.08.1998, <i>DJe</i> , p. 75, 1º jun. 2001; RE nºs 567.985 e 580.963; Rcl nº 4.374.

Interessante, na análise dessa decisão, é o fato de, nos argumentos utilizados, haver referência à modificação do entendimento do próprio STF quanto à inconstitucionalidade do critério adotado pelo art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/1993, que fixa parâmetro objetivo para o cálculo da renda familiar *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo, para aferição da miserabilidade. A alteração de entendimento, por parte do STF indica a mudança de paradigmas, ocasionada pela evolução dos conceitos de renda familiar e miserabilidade, que é um dos requisitos legais para a concessão do BPC-LOAS. Observa-se que, na decisão em análise, foram utilizados apenas argumentos do sistema direito, por meio de fundamentação legal e jurisprudências, sem a utilização de suplementos.

Considerações finais

O acesso ao BPC-LOAS, principal direito à assistência social existente no Brasil, figura na categoria dos direitos sociais, que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais e, por relacionar-se a garantias fundamentais como o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, é reconhecido como de relevante interesse social, cabendo ao Estado implementar as prestações positivas necessárias para sua concretização.

Para ter acesso ao benefício, as pessoas que dele necessitam devem preencher os requisitos exigidos no §3º do art. 20 da Lei 8.742/1993. Ocorre que, muitas vezes, a avaliação desses requisitos não leva em consideração as reais circunstâncias dos necessitados e, outras vezes, esses mesmos necessitados nem mesmo têm conhecimento do direito que possuem. Nesse contexto, a utilização da ação civil pública para defesa de interesses difusos tem-se mostrado fundamental para a efetivação desses direitos à assistência social.

Uma das mais polêmicas ações civis públicas ajuizadas no Brasil, para a defesa dos direitos individuais homogêneos de natureza assistencial, é Ação Civil Pública nº 2004.38.03.003.762-5, cuja sentença, fundada no Estatuto do Idoso, condenou o INSS e a União a não computarem na renda familiar do idoso ou portador de necessidades especiais, para fins de concessão BPC-LOAS, o valor de qualquer benefício previdenciário ou assistencial igual a um salário-mínimo, no prazo de 120 dias, sob pena de multa diária de R\$1.000 para cada benefício indeferido ou não revisto no prazo. A liminar concedida beneficiaria os necessitados de todo o Brasil, pelo efeito *erga omnes* da sentença em sede de ação civil pública.

Além da sentença, foram proferidas mais três decisões jurídicas referentes à ação civil pública em estudo, analisadas sob o ponto de vista da Teoria de Sistemas de Luhmann, que se constitui em importante aparato teórico, capaz de observar a complexidade existente nas questões que envolvem a efetivação dos direitos sociais no Estado Democrático de Direito.

Com base na Teoria dos Sistemas de Luhmann, pode-se concluir que o uso de “suplementos” na fundamentação das decisões foi utilizado, justamente, na decisão que gerou os maiores efeitos para as partes: a Suspensão de Segurança nº 2006.01.00.010252-3/MG, que concedeu liminar suspendendo a sentença proferida pelo Juízo de 1º Grau. A suspensão da sentença, conforme divulgado pelo INSS,⁷¹ “impediu um gasto suplementar de mais de R\$70 milhões por mês nos recursos necessários ao pagamento de benefícios assistenciais, que equivale, anualmente, a uma despesa de quase R\$1 bilhão”.

Embora a análise da Suspensão de Segurança seja efetuada para evitar danos ao interesse público, à saúde, à segurança, à ordem pública e à economia pública, a utilização do mecanismo constitui-se em perigosa ampliação da inserção do Poder Judiciário nos sistemas político e econômico, o que exige uma maior legitimidade democrática da tomada de decisão.

Dessa forma, conforme adverte Luhmann, observa-se que quando se trata de valorar as consequências, o paradoxo da argumentação assume a forma de paradoxo

⁷¹ MPS. Ministério da Previdência Social. Notícias. LOAS. /INSS: Procuradoria impede prejuízo de quase R\$1 bilhão por ano. Disponível em: <www.previdencia.gov.br/noticias/inss-procuradoria-impede-prejuizo-de-quase-r-1-bilhao-por-ano>. Acesso em: 24 fev. 2014.

temporal, isto é, a construção do futuro, no presente — a decisão é realizada a partir de um prognóstico, de um cenário futuro que pode ou não acontecer.

No caso em estudo, a decisão que suspendeu os efeitos da liminar teve como fundamento elementos de ordem política e econômica, impedindo o desembolso de dinheiro dos cofres públicos, em detrimento da efetivação do direito à assistência social para milhares de brasileiros, que, por sua própria condição de miserabilidade, dependem da concessão do benefício para garantir outros direitos fundamentais, como o direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Class Action for Protection of Homogeneous Individual Rights of Welfare Nature – The Luhmann's Systems Theory and the Paradox of Legal Decision

Abstract: The object of this research was the Class Action 2004.38.03.003.762-5, from the 1st Vara Federal da Subseção Judiciária de Uberlândia/MG, that it is conclusion for report and vote from the Second Class of the Regional Federal Court of 1ST Region, since 12.11.2013. The study consisted in the analysis, considering Niklas Luhmann's Systems Theory, of legal decisions that involved the public civil action in discussing, collected on the websites of the Supremo Tribunal Federal (STF), the Superior Tribunal de Justiça (STJ), the Tribunal Regional Federal da Primeira Região (TRF1) and 1st Vara Federal da Subseção Judiciária de Uberlândia/MG. The objective of the analysis is to verify the existence of supplements, foundations that do not belong to the right, in legal argument used as the basis of decision.

Key words: Class action. Individual rights homogeneous. LOAS. Systems Theory. Legal decision.

Referências

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. Prefácio a 1ª edição de J. P. Sepúlveda Pertence. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALONSO JR., Hamilton. A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ANNONI, Danielle. O movimento em prol do acesso à justiça no Brasil e a construção de uma democracia pluralista. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17., 2008, Brasília. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2008. v. 1, p. 72-86.

BERIAIN, Josexto. Niklas Luhmann, *in memoriam*. *Estudios Políticos*, n. 21, Cuarta época, mayo-agosto, 1999. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Disponível em: <<http://revistas.unam.mx/index.php/rep/article/view/37236>>.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BERALDI, Claudio. *GLU: Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann*. 1. ed. 1. reimp. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

FREITAS, Maria José de. Benefício de prestação continuada: atualidade, ampliação da função protetiva, demandas e desafios. Ministério da Assistência Social e Combate à Fome. *Seminário Internacional BPC*, Brasília-DF, 8-10 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/saladeimprensa/eventos/assistencia-social/seminario-internacional-bpc/sobre-o-evento/apresentacoes/arquivos/maria-jose-semin-intern-bpc-nov10-parte-i.ppt>>. Acesso em: 23 fev. 2014.

LEITE, Carlos Henrique Costa. A suspensão de segurança e o protagonismo judicial na concretização de políticas públicas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3265, 9 jun. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21954>>. Acesso em: 24 fev. 2014.

LOPES, Rodolfo Soares Ribeiro. O paradoxo da decisão e a função dos tribunais brasileiros na concretização do direito à saúde: observações a partir da perspectiva teórico-sistêmica de Niklas Luhmann. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., Fortaleza-CE, 2010. *Anais...*

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Herder/UIA: México, 2007.

LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Trad. Dario Rodriguez Mansilla. México: Herder, 2010.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. 4. ed. Lisboa: Vega, 2006.

LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, C. B. ; SAMIOS, E. M. B. (Org.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. México: Herder, 2005.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional: curso de direitos fundamentais*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2008. p. 195.

MARCELINO, Miguel Abud. Avaliação social e médico-pericial para acesso ao benefício de prestação continuada da assistência social – BPC. In: SAVARIS, José Antônio. *Curso de perícia judicial previdenciária: noções elementares para a comunidade médico-jurídica*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

MILARÉ, Édis. *A ação civil pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: novas perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Baracha. *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SAVARIS, José Antônio. *Direito processual previdenciário*. 2. ed. (ano 2009), 1ª reimp. Curitiba: Juruá, 2010.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. 1ª Reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão Jurídica e democracia: os suplementos da argumentação jurídica. In: *Sociedade, direito e decisão em Niklas Luhmann*: congresso internacional em homenagem a Cláudio Souto. Recife, 2009.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. A decisão jurídica em Niklas Luhmann: operação, diferença e abertura. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 18., São Paulo, 2009. *Anais...*, p. 6499-6513.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOARES, Fábio Veras; SORES, Sergei; MEDEIROS, Marcelo; OSÓRIO, Rafael. G. Programas de transferência de renda no Brasil: impactos sobre a desigualdade. Instituto de Pesquisa Econômica Atualizada - IPEA. Texto para discussão nº 1288. Brasília-DF, 2008. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1228.pdf>. Acesso em 24 fev. 2014.

TRINDADE, André Fernandes dos Reis. Para *entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana M. (Coord.). *Jurisprudência constitucional: como decide o STF?* São Paulo: Malheiros, 2009.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128-135.

ZUFELATO, Camilo. O controle jurisdicional de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FERREIRA, Maria Gorete; BASSETTO, Maria do Carmo Lopes Toffanetto Rossitto. Ação Civil Pública para tutela de direitos individuais homogêneos de natureza assistencial: a Teoria dos Sistemas de Luhmann e o paradoxo da decisão jurídica. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 211-237, out./dez. 2014.

Recebido em: 27.03.2014

Aprovado em: 08.09.2014