



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO PORTO
Mestrado em Ciências Jurídico- Políticas

**ATIVISMO JUDICIAL NA SEGURIDADE SOCIAL – ANÁLISE DO FENÔMENO
NO DIREITO BRASILEIRO**

Fernanda Soares Ferreira Coelho

Porto
2013

FERNANDA SOARES FERREIRA COELHO

**ATIVISMO JUDICIAL NA SEGURIDADE SOCIAL – ANÁLISE DO FENÔMENO NO
DIREITO BRASILEIRO**

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto para cumprimento dos requisitos necessários à conclusão do Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, realizado sob a orientação científica do Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto Paulo Ferreira da Cunha e sob a co-orientação da Professora Doutora Zélia Luiza Pierdoná, Docente da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil.

Porto
2013

RESUMO

Atualmente no Brasil, no âmbito do Direito Constitucional, uma questão de grande relevância diz respeito à violação dos limites da função jurisdicional em detrimento das demais funções do Estado, correspondendo a uma das vertentes do que se denomina ativismo judicial. A tendência tem sido a de levar as questões políticas para serem debatidas no âmbito judicial, num processo por muitos chamado de judicialização da política. Como consequência, o que se tem observado é que o poder judiciário passou a, por via hermenêutica, corrigir a lei, modificá-la, criar direito novo onde a lei nada especifica e até mesmo naqueles casos onde a decisão política foi tomada dentro do espaço que lhe competia.

O ativismo judicial, embora não seja um fenômeno exclusivamente brasileiro, ganha contornos próprios no Brasil pela extensão e volume e funda nos pressupostos teóricos do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo. Com o pretexto de efetivar os direitos fundamentais, acaba atingindo particularmente a seguridade social, criando um cenário de grande insegurança jurídica e orçamentária.

O objectivo geral deste trabalho será contribuir para a melhor compreensão do ativismo judicial na seguridade social no Direito Brasileiro, por meio da construção de um conceito de ativismo judicial, análise de seus pressupostos teóricos considerando, sobretudo, a disposição contida no artigo 195, § 5º, bem como do artigo 201 da Constituição Brasileira, e o seu tratamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

Currently in Brazil, concerning Constitutional Law, a matter of great importance is related to judiciary violating its limits, which is one aspect of what is called judicial activism. The trend has been to bring political issues to be discussed in the court, a process called by many specialists by judicialization of politics. Consequently, what has been observed is that the judiciary now, through hermeneutics, not only correct the law, but also modify it, create new law when there are no specified rules and even when the political decision was taken properly.

Judicial activism, although not an exclusive Brazilian phenomenon, has its own shape in Brazil because of the extent and volume, and it is based on the theoretical assumptions of post positivism and neoconstitutionalism. With the pretext of enforcing fundamental rights, it affects especially Social Security, creating a scene of great legal and budget uncertainty.

This paper's goal is to contribute to a better understanding of judicial activism in Social Security in Brazil, by building a concept of judicial activism, analysis of its theoretical assumptions considering especially the provision in Article 195, § 5 and the Article 201 of the Brazilian Constitution, as well as its treatment by the jurisprudence of the Supreme Court.

LISTA DE SIGLAS

ADI: Ação Direta da Inconstitucionalidade

CF/88: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

INSS: Instituto Nacional do Seguro Social

MI: Mandado de Injunção

PL: Projeto de Lei

PLS: Projeto de Lei do Senado

RE: Recurso Extraordinário

RESP: Recurso Especial

SUS: Sistema Único de Saúde

STF: Superior Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	3
2. ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO	5
2.1 Conceito de ativismo judicial	5
2.2 Fatores histórico-culturais da impulsão do ativismo judicial no contexto brasileiro .	9
2.3 Pressupostos teóricos como fatores de impulsão do ativismo judicial no Brasil	14
2.3.1 O pós-positivismo jurídico	14
2.3.2 Neoconstitucionalismo e hermenêutica constitucional	23
3. ATIVISMO JUDICIAL E SEGURIDADE SOCIAL	30
3.1 A disciplina constitucional da Seguridade Social no direito brasileiro	30
3.2 O ativismo envolvendo a Seguridade Social na jurisprudência brasileira recente	34
4. CONCLUSÃO	39
5. ANEXOS	41
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	48

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo foi motivado pelo fato de, nos últimos anos, o Poder Judiciário passar a assumir uma postura bastante ousada no cenário jurídico brasileiro. O papel ativo e central não apenas do Supremo Tribunal Federal, como também dos tribunais inferiores e juízes singulares, na tomada de decisões sobre algumas das grandes questões nacionais como implementação de políticas públicas, muito embora não se trate de fenômeno isolado, tem levantado muitas preocupações, exigindo, portanto, uma reflexão cuidadosa.

O marco histórico de um novo momento do Direito Constitucional, bem como da própria Metodologia do Direito foi, na Europa continental, a reconstitucionalização ocorrida após a 2ª Grande Guerra e ao longo de toda a segunda metade do século XX. No caso brasileiro, igualmente, a redemocratização (cujo ponto máximo foi a promulgação da Constituição de 1988) provocou a renovação do pensamento jurídico em razão da grande judicialização que se seguiu.

Os pressupostos teóricos de tal debate constitucional são o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo. Contudo, conforme se buscará trabalhar no presente estudo, o pós-positivismo não conseguiu superar o positivismo jurídico como modelo de compreensão do fenômeno jurídico, e o neoconstitucionalismo é aceito não como uma nova hermenêutica constitucional, mas como uma forma racional de conectar o Direito com as exigências de justiça e moralidade críticas.

A Constituição Brasileira de 1988, ao mesmo tempo em que propiciou a bem sucedida transição de um regime autoritário para o Estado Democrático de Direito, também promoveu uma enorme judicialização, ou seja, o enfrentamento pelo Poder Judiciário de algumas questões de larga repercussão política ou social, no lugar das instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo, promovendo a transferência de poder para juízes e tribunais, inclusive com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

Ativismo judicial consiste, para os propósitos do presente estudo¹, na violação dos limites da função jurisdicional, em detrimento das funções legislativa, administrativa e, inclusive, da função de governo.² Trata-se de um comportamento por parte do juiz que extrapola o campo hermenêutico, invadindo esferas de competência de outros poderes, inclusive com o estabelecimento de novas condutas não previstas na legislação em vigor.

Neste contexto, buscaremos analisar especificamente como posturas ativistas têm atingido o sistema de seguridade social no Brasil³. Apesar da minuciosa disciplina normativa referente ao assunto na Constituição Brasileira, bem como na legislação ordinária, os juízes brasileiros têm deferido benefícios de seguridade de forma recorrente, ignorando os processos administrativos e afrontando, sobretudo, a regra do custeio prévio⁴ e do caráter contributivo do sistema de seguridade⁵.

Por meio de da análise de decisões judiciais proferidas pelos magistrados brasileiros em matéria de seguridade social, comparando as decisões dos juízes singulares e tribunais inferiores com as posições do Supremo Tribunal Federal, buscaremos não apenas evidenciar o descompasso existente atualmente entre as decisões dos juízes singulares e tribunais inferiores em relação à Constituição Brasileira e ao Supremo Tribunal Federal, bem como demonstrar que a hermenêutica com rigorosa observância aos preceitos constitucionais é o meio capaz de proporcionar coerência a todo o sistema.

¹ Há, contudo, um conceito positivo de ativismo, que consiste na atuação do poder judiciário em busca da proteção dos direitos fundamentais e da garantia da supremacia da Constituição, por meio de uma postura concretizadora quando diante da abstração de princípios constitucionais e conceitos indeterminados. Cf. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Rev. direito GV [online]. 2012, vol.8, n.1 [cited 2013-07-09], pp. 037-057. Available from: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=en&nrm=iso>. ISSN 1808-2432. <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322012000100002>. Acessado em 07 de julho de 2013

² RAMOS, E. S., 2010, p. 116.

³ Utilizaremos a nomenclatura Previdência Social conforme prevista no ordenamento jurídico brasileiro, o que corresponde à Segurança Social em Portugal, conforme previsão do artigo 63º Da Constituição Portuguesa.

⁴ 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.

§ 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

⁵ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei: (...)

2. ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 Conceito de ativismo judicial

O estudo do ativismo judicial está intimamente ligado à intensificação do processo de judicialização, ou seja, ao fato da sociedade passar cada vez mais a articular-se em torno da lei, do direito, da política de produção e difusão da verdade, tendo o poder judiciário como garantidor deste processo⁶, um fenômeno bastante complexo e que possui diferentes dimensões.

A judicialização da política define-se, sob uma perspectiva institucional, como um processo de transferência decisória dos Poderes Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário, que passa a revisar as decisões políticas de competência originária daqueles poderes, bem como a implementar políticas públicas, revendo, desta forma, as regras do jogo democrático. Já a partir de um enfoque mais sociológico, a judicialização das relações sociais ressalta o surgimento do Judiciário como uma “alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação da cidadania”⁷. Por fim, a judicialização também significa a difusão das formas de argumentação e decisão tipicamente jurídicas para fóruns políticos, institucionais ou não. Esta perspectiva lógico-argumentativa representa, assim, a completa domesticação da política e das relações sociais pela “linguagem dos direitos” e, sobretudo, pelo discurso constitucional.

Conceito correlato ao de judicialização e igualmente complexo é o de ativismo judicial, que tanto pode se dar no exercício da prestação jurisdicional, quanto de forma extra jurisdicional (por exemplo, em entrevistas e demais pronunciamentos fora dos autos dos processos⁸). Suas origens remontam, segundo alguns autores⁹, à uma atuação de natureza conservadora da Suprema Corte dos Estados Unidos que permitiu aos setores mais reacionários encontrar amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação

⁶ FOUCAULT, M., 1979.

⁷ VIANNA, L. W. et al., 1999, p. 22.

⁸ Na entrevista publicado no site Consultor Jurídico no dia 15 de março de 2006, Ministro Celso de Mello deixa clara a sua orientação no sentido de que compete ao Supremo Tribunal Federal pronunciar-se sobre questões políticas, eliminando qualquer discricionariedade do Parlamento. Essa postura, sem dúvida, tem servido de influência nas decisões não apenas dos demais ministros da Corte, como dos demais membros do Poder Judiciário Brasileiro. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes_papel_ativo_interpretacao_lei?pagina=2 Acessado em 18 de junho de 2013.

⁹ BARROSO, L. R. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> Acessado em 09 de junho de 2013.

das leis sociais em geral (Era Lochner, 1905-1937, culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937)). A partir da década de 50, todavia, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), a Suprema Corte passou a produzir jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, envolvendo questão racial (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966), direitos das mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973). Outros¹⁰, todavia, afirmam que o termo ativismo judicial, conquanto se refira ao meio jurídico, teria surgido com a publicação de um artigo na revista americana *Fortune*, pelo jornalista americano Arthur Schlesinger, numa reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos acerca do perfil dos nove juízes da Suprema Corte.

De todo modo, no debate norte-americano, William P. Marshall¹¹ identificou sete dimensões do ativismo judicial, quais sejam: o ativismo contra majoritário (desrespeito das decisões políticas feitas pelos representantes eleitos), não originalista (desprendimento seja do texto original, seja da intenção original do legislador), jurisdicional (quando a decisão judicial extrapola os limites de jurisdição), criativo (inovação do ordenamento, criando direitos e deveres anteriormente não previstos), de precedentes (quando a decisão não segue um precedente aplicável ao caso), remediador (imposição de obrigações aos demais poderes ou sua supervisão) e partidário (uso do poder jurisdicional para atingir objetivos partidários).

Segundo Cass Sunstein¹², o ativismo judicial pode ser mensurado pela frequência com que um determinado magistrado ou tribunal invalida as ações (normas e atos normativos) de outros poderes de Estado, especialmente do Poder Legislativo, subtraindo as decisões das mãos dos eleitores. Além disso, também será considerado ativista o magistrado ou tribunal que procura suprir omissões (reais ou aparentes) dos demais Poderes com suas decisões. Tendo em vista as múltiplas acepções do termo, cabe destacar o ativismo judicial em seu sentido jurisdicional ou formal¹³, ou seja, entendido como a ampliação da competência do tribunal por meio de suas próprias decisões.

¹⁰ VALLE, V. R. L. 2009, p. 21.

¹¹ MARSHALL, W. P., 2002.

¹² SUNSTEIN, C. R., 2005, p. 41-44.

¹³ VALLE, V. L. et al., op. cit., p. 39.

Apesar de muito próximos, os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial não se confundem. O ativismo judicial, neste trabalho, será abordado sob a perspectiva da violação dos limites da função jurisdicional, em detrimento das funções legislativa, administrativa e, inclusive, da função de governo.¹⁴ Exclui-se do conceito de ativismo toda decisão tomada dentro do espaço de interpretação conferido pelo ordenamento aos magistrados, conforme já visto na primeira parte do presente trabalho, bem como o exercício legítimo de funções não jurisdicionais pelos tribunais, conforme conferido pela constituição¹⁵. Trata-se, em verdade, de analisar a “*incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes*”.¹⁶

Jurisdição, por sua vez, pode ser definida como a função do Estado responsável pela manutenção da paz e da ordem na sociedade por meio da substituição daquele aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve por meio de das normas de direito substancial.¹⁷ Acrescente-se a este conceito a noção de efetividade do processo, entendida não apenas como a aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e de acordo com os ditames legais, bem como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade.¹⁸ A decisão judicial, neste contexto, é criativa e inovadora, não apenas porque produzem a norma de decisão do processo de concretização normativa, mas principalmente porque adapta os textos legais a fim de disciplinar adequadamente a situação fática que provocou a atuação da jurisdição¹⁹.

É certo que o fenômeno do ativismo é percebido de forma diferente conforme diferenciamos o papel das decisões judiciais como fonte do direito nos sistemas de *common law* e *civil law*²⁰. Todavia, a inevitável criatividade da função judiciária e sua crescente intensificação na atualidade se aplicam a ambos os sistemas²¹, especialmente porque na atualidade cada vez mais os sistemas se apresentam como híbridos, por meio de da adoção de

¹⁴ RAMOS, E. S., *op cit*, p. 116.

¹⁵ Como exemplo, citamos a competência atribuída pelo artigo 111-A, II da Constituição Brasileira ao Tribunal Superior do Trabalho de supervisão administrativa, orçamentária, financeira e patrimonial da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo grau por meio de do Conselho Superior da justiça do Trabalho.

¹⁶ *Idem*, p. 117.

¹⁷ CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R., 2003, p. 131.

¹⁸ DINAMARCO, C. R., 2000, p. 271.

¹⁹ RAMOS, E. S., *op cit*, p. 119.

²⁰ DAVID, R. 1993, p. 120.

²¹ CAPPELLETTI, M. 1984, p.111-128.

institutos típicos de um no outro, como é o caso do Brasil ao adotar o instituto das súmulas vinculantes recentemente.²²

Sem aderir a um fundamentalismo valorativo, postulador de uma leitura moral da constituição, entendemos que o positivismo renovado proposto no capítulo anterior está em consonância com as proposições da vertente conceitualista das posições não-interpretativistas desenvolvidas nos Estados Unidos²³, a qual admite o texto constitucional como elemento vinculante do trabalho do intérprete, mas reconhece a necessidade da criatividade exegética a ser exercida mediante a combinação dos diversos métodos de interpretação como uma forma de adaptar a constituição às exigências contemporâneas da sociedade.²⁴ Logo, a teoria hermenêutica conhecida como conceitualismo não seria ativista nos termos aqui propostos justamente por respeitar os limites impostos pelo texto constitucional em vigor, ao contrário do que ocorre com o moralismo²⁵.

Importante ressaltar, ainda, que o exame do ativismo judicial não se restringe ao controle de constitucionalidade dos atos normativos, envolvendo toda atividade interpretativa que distorça, de algum modo, o texto constitucional aplicado, operando verdadeira mutação constitucional²⁶. Por meio de do processo de interpretação, deve o intérprete esclarecer as ambiguidades e incertezas não apenas do direito, como do próprio texto, mas o fato de haver discricionariedade judicial não se confunde com atuação arbitrária e ilimitada do julgador²⁷.

Analisando a questão das políticas públicas, nota-se que é neste campo que muitas decisões judiciais extrapolam esta discricionariedade e acabam violando o princípio constitucional da separação de poderes. Neste âmbito, um passo importante para que a discricionariedade do julgador não se transforme em arbitrariedade deve ser o seu auto reconhecimento de que há casos em que não dispõe de qualificação técnica para promover a sua solução e que, em muitos casos, mesmo a realização de prova pericial é incapaz de suprir esta deficiência. É o que ocorre, por exemplo, nas ações propostas contra o INSS requerendo a

²² O instituto da súmula vinculante foi incluído na Constituição Brasileira pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 e regulamentado posteriormente pela Lei nº 11.417, de 2006.

²³ Neste sentido também são as lições de Canotilho em *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op cit, p. 1197-1198.

²⁴ COLE, C. D, 1989, p. 36-39.

²⁵ Ao recusar as limitações normativas impostas ao intérprete situando-as no plano axiológico, o moralismo jurídico, tendo como fundamento a competência decisória conferida pelo próprio ordenamento jurídico, acabou liberando o intérprete para decidir unicamente de acordo com sua vontade. Cf. RAMOS, E.S. ,op cit, p.88.

²⁶ FERRAZ, A. C. 1986, p. 12.

²⁷ CAPPELLETTI, M. 1993, p.23-24.

concessão de benefício por incapacidade laborativa que tramitam aos milhares no judiciário brasileiro. Nestes casos, a despeito do juiz não estar vinculado à conclusão do perito judicial²⁸, a prática mostra que os benefícios são deferidos ou indeferidos nos exatos termos do que concluiu o expert judicial, não tendo nenhuma relevância para o processo decisório as conclusões dos peritos da Autarquia Previdenciária, nem os fatos que embasaram suas decisões. Ignora-se, deste modo, todo o aparato administrativo criado especificamente para conceder estes benefícios previdenciários, bem como a capacitação técnica do seu quadro de servidores públicos²⁹ especialistas no assunto em nome de uma segunda opinião emitida por um profissional que, embora médico, não tem nenhum compromisso com a coisa pública porque nomeado livremente, sem necessidade de concurso público.

Os julgadores deveriam, por um lado, reconhecer sua limitação relativamente ao conhecimento técnico de determinadas áreas; e, por outro, buscar conhecer a fundo a estrutura organizacional da Administração Pública, de modo a visualizar as consequências globais de sua decisão, e não apenas os reflexos imediatistas daquele caso concreto³⁰.

2.2 Fatores histórico-culturais da impulsão do ativismo judicial no contexto brasileiro

O fenômeno da judicialização expressa uma tendência mundial de fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, mas o caso brasileiro é especial pela extensão e pelo volume, tendo sido impulsionado por fatores peculiares da história brasileira. Em primeiro lugar, a redemocratização do país, cujo ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988, promoveu o Poder Judiciário a efetivo poder político por meio da recuperação das garantias da magistratura, bem como da expansão institucional do Ministério

²⁸ Neste sentido, existe regra expressa no ordenamento brasileiro: CPC, Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Art. 436. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

²⁹ A estabilidade dos funcionários públicos, em combinação com o instituto da improbidade administrativa (artigos 37 e 41 da Constituição Brasileira) constituem pilares do princípio republicano. Cf Paulo Ferreira da Cunha. "Constituição e Utopia. E o Exemplo da Constituição Brasileira de 1988" Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes. Ed. (com data de 2011, mas só chegaria em fins de julho de 2012). Lisboa, Portugal: Universidade Católica Portuguesa, revista "Direito e Justiça", 2011. 167-184. Available at: <http://works.bepress.com/pfc/162>

³⁰ POSNER, R., 2003.

Público e sua separação da Advocacia- Geral da União, além da expansão da Defensoria Pública em todo país.

Ademais, a constitucionalização abrangente, a exemplo do ocorrido em Portugal (1976) e Espanha (1978), trouxe para a esfera do Poder Judiciário questões que antes eram deixadas para a legislação ordinária por meio do processo político majoritário. A Constituição Brasileira não é apenas analítica, mas ambiciosa e utópica, pois traça um regime geral e pluralista, equilibrando os valores desde o seu preâmbulo.³¹ O modelo social de constitucionalismo e dos valores sociais do povo acabam por exercer influência no modelo interpretativo adotado nos tribunais³².

Todavia, ao invés do Poder Judiciário se limitar ao controle jurídico do intervencionismo dos demais Poderes, como ocorre nos países de maior maturidade institucional³³, no Brasil ele tem ignorado de forma demasiado frequente a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento e, na ilusão de concretizar os programas sociais preconizados pela Constituição, acaba por provocar a desorganização financeira do Estado e a violação do próprio princípio da isonomia (pois os “novos” direitos reconhecidos pelo Judiciário dependem do próprio acesso à justiça).³⁴

Não apenas a constitucionalização foi abrangente, como foi acompanhada de um sistema de controle de constitucionalidade bastante complexo, apontado como um dos mais amplos do mundo³⁵. Referido como híbrido ou eclético, combina aspectos dos sistemas americano e europeu, ou seja, mescla a fórmula americana de controle incidental e difuso com o modelo europeu de controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal³⁶. Sem dúvida, este sistema provocou um certo deslumbramento nos membros do poder judiciário, impulsionando o ativismo. Porém, conforme assinala Carlos Blanco de Moraes, o entusiasmo gerado pelo sistema de controle de constitucionalidade tende a diminuir com o passar do tempo e o amadurecimento institucional.³⁷

³¹ CUNHA, P. F. , 2011, p. 167-184. Available at: <http://works.bepress.com/pfc/162>

³² MARQUES DE LIMA, F. G., 2009, p.39.

³³ Conforme concluiu Canotilho (op. cit., p. 343) em relação ao direito português.

³⁴ RAMOS, E. S., op cit, p.271.

³⁵ MENDES, G. F., 2005, p. 146.

³⁶ VIANNA, L. W., 1999.

³⁷ MORAIS, C.B. 2005

Ressalte-se, ainda, a atividade normativa atípica do STF, que foi ampliada com a introdução da súmula vinculante pela EC 45/2004, bem como pela nova interpretação dada ao mandado de injunção³⁸ no julgamento do MI 712-8/PA, a qual estabelece que por meio deste instrumento processual constitucional o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para o exercício do direito postulado³⁹.

A judicialização no Brasil, portanto, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte, mas de uma definição constitucional do seu papel institucional, representando, inclusive, o necessário contraponto dentro de um sistema democrático em que toda a atividade estatal é demasiado intensa.⁴⁰ Por sua vez, o ativismo judicial decorre de uma postura do magistrado que excede a sua competência constitucional por meio da aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário (mesmo quando a Constituição assim o exige) e da imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Esta postura ativista decorre, segundo Guy Canivet (2006), do respeito e a confiança que a sociedade deposita nos juízes, bem como da lentidão e descrédito do Poder Legislativo⁴¹. No Brasil, a reforma previdenciária iniciada em 1995 até hoje não logrou êxito em conciliar os anseios da população com as exigências financeiro-atuariais, a despeito da edição de três emendas constitucionais (EC 20/98, 41/2003 e 47/2005) que alteraram significativamente o sistema anteriormente vigente. A exemplo do que ocorre no sistema francês⁴², no Brasil também pode ser observada a expansão do Poder Judiciário em razão do enfraquecimento do Estado pelo mercado e pelo desmoronamento simbólico do homem e da sociedade democrática. A justiça se transforma, desse modo, em símbolo da moralidade pública e da dignidade democrática, o que pode ser observado sobretudo pelo destaque dado ao controle da moralidade dos atos do poder público.

³⁸ Art. 5º, LXXI da CF/88: LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

³⁹ Muito embora tal interpretação não seja favorável ao princípio da separação de poderes, não pode ser considerada ativista, posto que compatível com a textualidade do dispositivo constitucional, sobretudo quando associado ao princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, CF/88). Cf. RAMOS, E. S., op cit, p.303.

⁴⁰ CAPPELLETTI, M. op cit, p. 19.

⁴¹ CANIVET, G., 2006, p. 7-32.

⁴² GARAPON, A., 1999.

No caso brasileiro, a dicotomia entre legalidade e moralidade só ficou realmente evidente a partir de 1988⁴³, atingindo diretamente os atos discricionários. A questão ética, assim, passou a ter foros de legalidade, permitindo ao Judiciário uma nova forma de controle da atividade política ao possibilitar a anulação daquela escolha do agente político que, embora formalmente legal, contrarie a ética constitucional, ou seja, os valores constitucionais e as virtudes republicanas⁴⁴.

Muito pertinente ao debate brasileiro também é o estudo de John Ferejohn⁴⁵ sobre a predisposição existente entre os membros das cortes supremas no sentido de decidir questões políticas, diminuindo a liberdade de escolha dos membros do parlamento quanto às condutas políticas a serem adotadas diante de diversas hipóteses. As cortes, nesse sentido, estariam significativamente tendentes a limitar e regular o exercício da autoridade parlamentar, pela imposição de limites substantivos ao poder das instituições legislativas, bem como de se tornar arena de elaboração de políticas substantivas.

De fato, no ano de 1994 no Mandado de Injunção nº. 20, o STF reconheceu a mora do legislador quanto à regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, limitando-se à época a comunicar a mora ao Poder Legislativo, nos termos do artigo 103, inciso IX, §2º, da CF, muito embora os ministros Marco Aurélio de Melo e Carlos Veloso já defendessem que o tribunal fixasse as bases para o regular exercício do direito de greve, tomando como parâmetro a Lei 7783/89. Todavia, transcorridos 19 anos da promulgação da Constituição e 13 anos da primeira decisão sem que o Poder Legislativo suprisse a citada omissão, o STF, em 2007, no julgamento do mandado de injunção MI 712 determinou a aplicação da Lei 7783/89 que regulamenta o direito de greve na iniciativa privada aos servidores públicos.

Relativamente à seguridade social, emblemática foi a decisão referente ao critério para se aferir o requisito miserabilidade para a concessão do benefício de amparo assistencial ao idoso e ao deficiente, previsto constitucionalmente. Por maioria de votos, e revendo posicionamento anterior⁴⁶, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) confirmou no dia 18

⁴³ Cf. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.

⁴⁴ CUNHA, P. F, 2008, 51-69.

⁴⁵ FERREJOHN, J. 2002.

⁴⁶ A Reclamação 4374 foi ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) com o objetivo de suspender o pagamento de um salário mínimo mensal a um trabalhador rural de Pernambuco. O benefício foi concedido pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Pernambuco e mantido pelo STF. Na Reclamação, o INSS alegava afronta da decisão judicial ao entendimento da Suprema Corte na Ação Direta de Inconstitucionalidade

de abril de 2013 a inconstitucionalidade do § 3º do artigo 20 da Lei Orgânica da Assistência Social (Lei 8.742/1993) que prevê como critério para a concessão de benefício a idosos ou deficientes a renda familiar mensal *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo, por considerar que esse critério está defasado para caracterizar a situação de miserabilidade. O ministro Gilmar Mendes chegou a propor a fixação de prazo para que o Congresso Nacional elaborasse nova regulamentação sobre a matéria, mantendo-se a validade das regras atuais até o dia 31 de dezembro de 2015, mas essa proposta não alcançou o quórum de dois terços para modulação da decisão, tendo adesão de apenas 5 ministros (Gilmar Mendes, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Celso de Mello).

Segundo John Ferejon (2002), além das hipóteses de fragmentação (segundo a qual a fragmentação ocorrida entre os ramos políticos diminui sua capacidade de legislar ou de tornar-se o centro das decisões políticas) e da questão dos direitos (que faz com que as cortes sejam vistas com maior confiabilidade na proteção de um amplo rol de valores importantes contra abusos políticos), outro argumento deve ser acrescentado para a explicação da expansão do Poder Judiciário: a vontade do Judiciário de decidir questões políticas. Portanto, o voluntarismo dos membros do Poder Judiciário em decidir questões políticas também estará na origem do ativismo judicial. As decisões supracitadas revelam a disposição existente no STF – e que reflete uma tendência do judiciário brasileiro como um todo - de julgar e decidir questões políticas, criando novos direitos, confirmando a tese do voluntarismo em questões marcadamente políticas. Nesse contexto, a afirmação do ministro Gilmar Mendes sobre a inadequação do critério de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo para se aferir a miserabilidade da família brasileira aponta para uma insatisfação com a qualidade da atuação do Poder Legislativo, o que estaria justificando uma participação mais ativa por parte do Supremo, a fim de compensar a lacuna deixada pelo legislador, com vistas ao aprimoramento da legislação. O Supremo passou a se preocupar com a qualidade das leis, em face de sua aplicação à coletividade e seus efeitos em relação aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Interessante notar que a internacionalização do judiciário, nos termos apontados por Dieter Grimm⁴⁷, não pode ser relacionada ao fenômeno do ativismo judicial no Brasil. Em outros sistemas, como o europeu, a internacionalização pode ser de grande importância, em face da

(ADI) 1232. No julgamento da ADI, em 1998, os integrantes da Corte consideraram constitucionais os critérios estabelecidos no § 3º do artigo 20 da Loas para o pagamento do benefício, em especial, o que exige uma renda mensal *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo.

⁴⁷ GRIMM, D., 2004.

existência de instituições supranacionais, que acabam por pressionar e influenciar as instituições locais. Todavia, o Mercosul se diferencia sobremaneira da União Européia no tocante à supranacionalidade, uma vez que as próprias normas emanadas dos órgãos do Mercosul não podem, na acepção jurídica do termo, ser consideradas no ordenamento jurídico do Mercosul, posto que a sua aplicação está condicionada ao que dispõem os ordenamentos jurídicos dos Estados partes. Logo, a internacionalização do judiciário não se apresenta como relevante para o presente estudo.

2.3 Pressupostos teóricos como fatores de impulsão do ativismo judicial no brasil

2.3.1 O pós-positivismo jurídico

Os autores constitucionalistas brasileiros, nas duas últimas décadas, se dedicaram a questionar o positivismo jurídico, modelo dogmático predominante desde o final do século XIX. Assim, muito se falou sobre a suposta superação do positivismo enquanto modelo de compreensão do fenômeno jurídico, propondo-se, em seu lugar, uma dogmática constitucional assentada num modelo chamado de “pós-positivismo”.

Especialmente após a publicação de duas obras de grande relevância - a 5ª edição do Curso de Direito Constitucional de Paulo Bonavides⁴⁸, bem como do livro A Ordem Econômica na Constituição de 1988, de Eros Roberto Grau⁴⁹ - observou-se no Brasil a ampla divulgação das teorias dos princípios de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Ademais, nesta mesma época observou-se o aumento dos estudos da relação entre Direito, Moral e Política a partir de uma perspectiva pós-metafísica inspirada em John Rawls e Jürgen Habermas⁵⁰, bem como o aprofundamento no país dos estudos de hermenêutica jurídica, a partir de uma nova matriz

⁴⁸ BONAVIDES, P., 2009.

⁴⁹ GRAU, E. R., 1996.

⁵⁰ Cf. STRECK, L. L. 2007.

teórica crítica dos equívocos do modelo positivista de interpretação até então dominante⁵¹, bem como pela enorme aceitação das teses chamadas de neoconstitucionalistas⁵².

Neste contexto, o pós- positivismo difundido entre os autores brasileiros e que acabou por servir de fundamento teórico ao ativismo judicial no Brasil é definido por Luis Roberto Barroso⁵³ como “a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais”.⁵⁴

Todavia, tal proposta teórica, ao nosso ver, não logrou êxito em superar o positivismo jurídico, como pretendido por seus ilustres defensores. Não obstante a invocação dos “direitos do homem”, certo é que a lei e sua legalidade ainda gozam de uma particular autonomia fundamental para a garantia jurídica perante a política, seu poder e suas decisões.⁵⁵ A objetividade da positividade⁵⁶ consubstanciada em mandamentos formalizados em textos de existência facilmente comprovável⁵⁷, confere a segurança necessária ao pleno desenvolvimento

⁵¹ Neste sentido veja-se as obras que compõem a coletânea SOUZA NETO, C. P. & SARMENTO, D. Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; TORRES, R. L. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. Revista de Direito Administrativo, n. 177, p. 20-49, 1989; SARLET, I. W. A eficácia dos direitos fundamentais. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; BARCELLOS, A. P. A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana. In: GOUVEIA, M. M. O controle judicial das omissões administrativas. Rio de Janeiro: Forense, 2003; KRELL, A. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

⁵² STRECK, L. L. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 95-288. MAIA, A. C. Nos vinte anos da carta cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D.; BINENBOJM, G. (Coord.). Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 117-168, em que esta sua dupla filiação intelectual é explicitada.

⁵³ Luis Roberto Barroso é advogado e professor titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ desde 1982. Tomou posse como ministro do Supremo Tribunal Federal em 26/06/2013, daí a relevância de suas proposições para o estudo do caso brasileiro.

⁵⁴ BARROSO, L. R. 2001.

⁵⁵ Castanheira Neves atribui a Kelsen a afirmação que: “o direito não pode ser separado da política, pois um essencial instrumento da política, mas a ciência do direito pode e deve ser separada da política”. Cf. NEVES, C. N. A redução política do pensamento metodológico-jurídico. in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Queiroz, Boletim da Faculdade de Direito, número especial, Coimbra, 1993, p.401.

⁵⁶ Necessário observar que a positividade não é exclusividade do positivismo, sendo admitida, por exemplo, por diversas jusnaturalistas. Cf TINANT. Eduardo Luís La Positividad del Derecho Natural. In Boletín de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. 1984, p. 3-4

⁵⁷ RAMOS, E. S., op. cit., p. 63.

das reações jurídicas em sociedade e isso não conseguiu ser superado pelas vozes⁵⁸ que anunciaram a pós-modernidade jurídica⁵⁹ (dentre os quais se situam os pós-positivistas).

O positivismo parte da premissa metodológica de que o direito deve ser estudado enquanto fato social, independentemente das considerações valorativas que se possa fazer a seu respeito⁶⁰. Dessa forma, o objeto da Dogmática Jurídica para os positivistas são as normas vigentes em determinado Estado, em uma determinada época, pouco importando se estas normas correspondem ou não ao ideal de justiça de quem as examina.⁶¹ De facto, o direito se relaciona com a autonomia cultural do homem, tanto quanto ao seu sentido quanto ao objeto de sua normatividade. Trata-se de uma resposta culturalmente delineada pelo homem às questões que surgem com a convivência no mesmo espaço histórico- social.⁶²

Independentemente do conceito de Estado que se adote, atualmente somente se concebe o Estado como Estado Constitucional⁶³, cuja grande característica é ser não apenas um Estado de Direito, mas também um Estado Democrático. O princípio da soberania popular não significa somente uma limitação ao poder, mas a própria legitimação deste poder. A constituição da época moderna, desta forma, corresponde a “ordenação sistemática e racional da comunidade política por meio de um documento escrito”.⁶⁴

A expansão dos princípios na estrutura normativa das constituições promulgadas após a II Guerra Mundial passou a exigir do juiz uma postura ativa no sentido de promover a efetiva realização dos valores constitucionais, trazendo à baila a dúvida quanto à possibilidade do juiz fazer política permanecendo jurista. Ou seja, surgiu a dúvida sobre qual seria a política possível de ser realizada com os instrumentos fornecidos pelo próprio direito. A solução, a nosso ver,

⁵⁸ José Isaac Pilati- *A Dimensão Filosófica da Pós-Modernidade Jurídica: ponto de partida de uma reconstrução Paradigmática*, in *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*, Vol. 32, Nº. 63, 2011 , págs. 291-317

⁵⁹ Sobre a pós-modernidade jurídica, concluiu Paulo Ferreira da Cunha: “Mas a breve trecho se compreendeu que o pós-moderno muito pouco tinha de pós- e talvez nem sequer de moderno, mas em alguma medida talvez mais de tardo-moderno. Em alguns casos, pensou-se, no final das contas, como um sinal de decadência do que de superação ou transcendência. Mas não deixou de ser uma esperança” FERREIRA DA CUNHA, P., 2006, p. 378.

⁶⁰ BOBBIO, N., 2006, p. 131.

⁶¹ Mesmo dentre os jusnaturalistas, existe a idéia que a injustiça de uma norma não pode ser auferida em razão de quem ela desagrada, mas pela violação de uma das três características intrínsecas às normas jurídicas, quais sejam, viver retamente, não prejudicar ninguém e atribuir a cada um o que é seu. Neste compasso, os juspositivistas até podem identificar com a injustiça de uma norma, mas deixam esta análise para o campo da política. FERREIRA DA CUNHA, Paulo *Filosofia do Direito*, op cit, p. 319.

⁶² NEVES, A. C., op cit, p. 433.

⁶³ Entendemos que o fim do estadalismo institucional anunciado por alguns autores se aplica à realidade europeia, em razão do estágio avançadíssimo de integração em que se encontra a união Européia, mas não guarda correspondência com a realidade brasileira. Cf. FERREIRA DA CUNHA, P., op cit, p. 454.

⁶⁴ CANOTILHO, J. J. G. ,2003, p. 107.

está em promover uma política judicial permitida pelas possibilidades do ordenamento jurídico, sem despojar o legislador de sua função, nem desonerar o juiz de sua submissão ao direito posto.⁶⁵

Neste sentido, os critérios normativamente orientadores e determinantes da criação do direito correspondem a uma certa concepção da sociedade e da ordem social que está imposta na constituição e não guardam relação com a ideologia subjetiva do legislador e do juiz, pois foram comunitariamente decididos e impostos naquela carta fundamental.⁶⁶ Sendo assim, a constituição deve ser sempre a limitação normativa do critério político a ser usado pelo juiz em seu processo decisório.

A politização que não apenas se aceita, mas se exige do juiz, neste sentido, e de assumir e realizar a política constitucional, de forma que ela se torne o critério de toda a sua atuação normativa de integração e desenvolvimento do direito posto. Em termos metodologicamente específicos, isso não significa o abandono do princípio da obediência a lei (no contexto da ordem global constitucional), tampouco dos métodos tradicionais – hermenêuticos e dogmáticos – embora algumas adaptações possam ser exigidas⁶⁷; sem, contudo, ser necessário falar em superação do positivismo jurídico por este motivo.

Norberto Bobbio assevera que desta postura deriva a teoria do formalismo jurídico, uma teoria particular de validade do direito, segundo a qual a validade do direito se funda em critérios que concernem unicamente à sua estrutura formal, prescindindo do seu conteúdo⁶⁸. Esta valorização excessiva do formalismo abstrato foi combatida pela proposta teórica da Jurisprudência dos Interesses de Jhering⁶⁹ e Prihillip Heck⁷⁰, acabando por provocar uma revisão deste aspecto do positivismo ao exigir dos órgãos incumbidos da aplicação do direito o conhecimento e aplicação dos interesses reais que motivaram a edição da lei e oposição a aplicação do simples primado da lógica.⁷¹

Importante ressaltar que a objetividade metodológica aqui defendida igualmente não importa em aceitação passiva do direito posto, tampouco na completa desconsideração dos

⁶⁵ LOPEZ, M. S., 1996, p.40.

⁶⁶ NEVES, A. C., 1993, p.426.

⁶⁷ NEVES, A. C., op. cit., p. 427.

⁶⁸ Cf. BOBBIO, N., op. cit., p. 131.

⁶⁹ IHERING, R. von., 1943.

⁷⁰ HECK, P., 1947.

⁷¹ LARENZ, K., 1969, p.53-68.

juízos de valor nele encarnados⁷². De fato, ensina Miguel Reale que a validade de uma norma pode ser vista sob o aspecto formal (vigência), mas também sob o aspecto da validade social (eficácia ou objetividade) ou da validade ética (fundamento), sendo que tal divisão tricotômica não foi negada nem mesmo por Kelsen, conforme observou aquele grande jurista⁷³.

A dimensão valorativa, portanto, jamais deixará de estar presente na compreensão, interpretação e aplicação das normas que integram o ordenamento jurídico, uma vez que normas jurídicas são intrinsecamente juízos de valor (dever ser).⁷⁴ Assumirá maior ou menor importância dependendo da teoria hermenêutica adotada e dos correspondentes métodos interpretativos, os quais propiciarão ao intérprete maior ou menor grau de autonomia em relação ao material normativo preexistente. Ademais, na medida em que as constituições contemporâneas incorporam valores morais por meio dos princípios este debate teórico perde bastante em importância, pois mesmo os neoconstitucionalistas que se afirmam positivistas reconhecem o entrelaçamento da moral com o direito no chamado positivismo inclusivo.⁷⁵

Importante analisar, ainda, os demais elementos-chave do positivismo jurídico em sentido estrito, com a presença da coação, que assume contornos modernos. A definição coercitiva de direito, em verdade, surge com a formação do Estado Moderno (teorizado no século XVIII por Hobbes⁷⁶), tendo adquirido força com o positivismo jurídico, especialmente

⁷² Existe uma posição positivista extrema que prega que uma norma é justa unicamente por ser válida, mas é difícil, como lembra Bobbio (1997, p. 137) “encontrar um positivista que conscientemente assumira esta posição extrema. Talvez esta posição se possa encontrar em Hobbes, segundo o qual no estado de natureza não existem critérios para distinguir o justo do injusto, visto que tais critérios somente surgem com a constituição do Estado, sendo representados pelo comando do soberano (é justo o que o soberano ordena e injusto o que o soberano veta)”.

⁷³ REALE, M. Lições Preliminares, p.105

⁷⁴ Muito embora “o ato com o qual é posta uma norma jurídica positiva é- tal como a eficácia da norma jurídica – um fato da ordem do ser” (KELSEN, H., 1987, p.18).

⁷⁵ Imprescindível a menção ao pós-escrito de Herbert L. A. Hart à sua obra magna *The Concept of Law*, em que ele responde às críticas ao seu pensamento que Ronald Dworkin lhe endereçara. O autor inglês faleceu antes de terminar o texto, mas ele foi publicado postumamente, depois de ser editado por Joseph Raz e Penélope Bulloch. HART, H. L. A. “Pós-escrito”. In: *O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 2ª ed, 1994, p. 299-339. Ainda sobreo positivismo inclusivo, veja-se Gregorio Peces-Barba. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico: Escritos de Filosofía*. 7 No mesmo sentido, Genaro Carrió, quando explica: “Nada en el concepto de ‘reglas de reconocimiento’ obsta, en consecuencia, para que aceptemos el hecho de que los criterios efectivamente usados por los jueces para identificar las reglas subordinadas del sistema puedan incluir referencias al contenido de éstas. Puede ocurrir que, en una comunidad dada, las únicas costumbres consideradas jurídicas o jurídicamente obligatorias sean aquéllas compatibles con las exigencias de la moral. O bien, los jueces pueden aceptar como válidas sólo aquellas leyes que, además de haber sido correctamente aprobadas por un cuerpo con competencia para ello, no violan un catálogo no escrito de derechos y libertades individuales”. CARRIÓ, G. R. 1994. Para uma resenha dos tipos de positivismo no debate contemporâneo, cf. DIMOULIS, D., 2006, p. 65-166.

⁷⁶ HOBBS, T., 2008.

na obra de Rudolf von Jhering⁷⁷, segundo o qual direito, coação e Estado são elementos indissolúvelmente ligados⁷⁸.

Para a teoria clássica de Ihering, coação é o meio mediante o qual se fazem valer as normas jurídicas⁷⁹. Já para a teoria moderna, a coação deixa de ser vista como uma forma de se identificar uma norma jurídica, para ser objeto de regulação do direito. O direito nesta abordagem moderna, pode prescindir da força física e ainda assim continuar existindo.⁸⁰

Como terceiro elemento-chave elencamos a predominância da legislação sobre as demais fontes do direito. Todavia, não se trata de elevar o brocardo latino “*dura lex sed lex*” como máxima do positivismo jurídico, pois este não traz a primazia da lei em sentido estrito sobre as demais fontes do direito, ao contrário do que costumam afirmar os adeptos do “pós positivismo”⁸¹. O que de fato ocorreu foi a domesticação das fontes de produção do direito a partir da racionalização do exercício do poder trazida pelo Estado moderno. Assim, o Estado assumiu o controle da produção das normas jurídicas e colocou no topo da hierarquia das diversas fontes do direito a lei em sentido amplo, ou seja, o ato normativo editado pelo órgão legislativo competente mediante o procedimento adequado.^{82 83}

Neste processo, o juiz perdeu a posição de principal fonte de produção do direito para se transformar no aplicador fiel das normas estabelecidas pelo poder legislativo. Logo, não pode o juiz ab-rogar a lei mediante uma sentença, restando-lhe tão somente o papel de fonte delegada

⁷⁷ JHERING, Rudolf von. *El fin en el derecho*. Buenos Aires: Atalaya, 1946.

⁷⁸ BOBBIO, N., *op cit*, p. 153.

⁷⁹ Neste sentido, afirma Tercio Sampaio Ferraz Jr.: “A norma, para Jhering, porém, não se confunde com a coação: a norma é dotada de coação, mas ela mesma não chega a ser uma coação, a norma é um imperativo, é apenas o comando, a coação vem depois, pelo descumprimento. Não obstante, a coação é um elemento fundamental do direito e da concepção jurídica da norma.” (FERRAZ JR., T. S., 1996, pp. 211- 226).

⁸⁰ *Idem*, p.155.

⁸¹ A exemplo de Luis Roberto Barroso no artigo “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito”, In: QUARESMA, R., 2009, p.54.

⁸² Importante ressaltar que a consolidação do sistema de controle de constitucionalidade europeu elevou a Constituição à categoria de principal fonte de produção do direito estatal, o que não alterou significativamente a teoria do positivismo (RAMOS, E. S., 2010, p. 39).

⁸³ Não podemos nos olvidar que as regras de direito internacional público também podem ser consideradas como lei em sentido formal. No caso do Brasil, terão *status* de emenda constitucional o tratados versando sobre direitos humanos e que forem submetidos com êxito ao procedimento previsto no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal (“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”). Os demais tratados terão *status* de lei ordinária, conforme orientação recente do Supremo Tribunal Federal.

quando pronuncia um juízo de equidade somente se e na medida em que é autorizado pela lei a fazê-lo.⁸⁴

Esta característica é de extrema importância para o tema do ativismo judicial, uma vez que surgiu da necessidade de se garantir o cidadão contra as arbitrariedades que poderiam ser cometidas se fossem possível ao juiz julgar a partir de seu próprio senso de equidade. Ao pôr normas gerais e abstratas o legislador representa, assim, um impedimento para a arbitrariedade do poder judiciário⁸⁵, reforçando a noção de igualdade jurídica entre os cidadãos.

Intimamente ligada à concepção legalista-estatal do direito e com origens no pensamento filosófico- jurídico romano, a teoria da imperatividade do direito é o quarto elemento-chave do positivismo jurídico. Originalmente, foi concebida a partir da estruturação da norma jurídica como um comando dirigido aos súditos pelo soberano, diferenciando- se, assim, das prescrições da Igreja (que seriam apenas conselhos)⁸⁶. Kelsen, por sua vez, voltou a atenção para estrutura lógico- formal da norma jurídica, apresentando- a como um imperativo hipotético dirigido aos magistrados. A ordem jurídica seria, assim, um conjunto de “proposições enunciando, sob pressupostos determinados (determinados pela ordem jurídica), devem ser aplicados certos atos de coerção (determinados igualmente pela ordem jurídica)”⁸⁷.

O elemento mais importante para a caracterização do positivismo é, contudo, o conceito de ordenamento jurídico, ou seja, a ideia de que o direito objetivo compõe- se de um sistema de normas que se encontra logicamente integradas em um único sistema, e não mais simplesmente justapostas.⁸⁸ A unidade de referido sistema corresponde ao pressuposto lógico- transcendental que Kelsen chamou de *norma fundamental*⁸⁹, uma norma que teria sua validade não em outra norma, mas na simples aceitação de sua validade⁹⁰, rebatendo a ideia falsa de que o direito para o positivismo seria o resultado normativo de uma vontade orientada simplesmente

⁸⁴ O Código de Processo Civil Brasileiro atualmente em vigor (Lei 5869/73) dispõe que: “Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.”

⁸⁵ Por sua vez, o impedimento contra as arbitrariedades do legislador encontra- se principalmente em dois expedientes investidos pelo pensamento liberal-democrático: a separação de poderes e a representatividade. Cf BOBBIO, N. op cit, p. 39.

⁸⁶ A concepção legalista estatal do direito - chamada por Bobbio de “imperativismo ingênuo”- considera o Estado como única fonte do direito e determina a lei como expressão do poder normativo do Estado (BOBBIO, op cit, p. 195).

⁸⁷ KELSEN, H., op. cit, p. 62.

⁸⁸ BOBBIO, N., op cit, p.197.

⁸⁹ KELSEN, H., op. cit., p. 214-220.

⁹⁰ A norma fundamental seria, desta forma, a Constituição, ou alguma outra norma de reconhecimento, se considerarmos a distinção de Hart acerca de normas primárias e secundárias. HART, 1961, p.92.

por um finalismo de oportunidade ou mera expressão da contingência política e dos compromissos sociais.

Como consequência desta unidade sistêmica, surgem as características da coerência e completude, as quais acabaram sendo relativizadas em razão de críticas que já foram devidamente absorvidas pela teoria positivista.⁹¹

A coerência do ordenamento jurídico é garantido pela aplicação dos critérios para solução de antinomias (cronológico, hierárquico e especialidade) e não levanta discussões relevantes para o presente estudo. Já a completude tem especial pertinência com o tema do ativismo judicial porque significa negar a existência de lacunas na lei, a qual pode ser entendida em termos ideológicos ou técnico-jurídicos.

Repudiamos, desta forma, a utilização pelo juiz do termo “lacunas da lei” para indicar não a ausência de norma, mas a ausência de uma norma específica e que seria, no seu entender, mais justa⁹². Infelizmente, este tem sido o sentido mais utilizado pelos juízes brasileiros ao lidarem com casos envolvendo o tema da seguridade social, conforme será demonstrado no capítulo IV do presente trabalho.

Por outro lado, o positivismo admite a situação em que se verifica que a norma não abrange todos os casos que o legislador pretendia regular. Tal desajuste entre o espírito da lei (*mens legis*) e sua literalidade deve ser resolvido por meio de um ato integrativo, utilizando-se da analogia e dos princípios gerais do direito. Ou seja, as normas se completam a partir do próprio sistema, num processo definido por Bobbio como auto-integração do direito.⁹³

O último elemento-chave do positivismo jurídico em sentido estrito está intimamente ligado ao dogma da completude do direito e consiste na atividade de interpretação dos textos normativos. Embora o objetivo de se construir uma teoria puramente cognoscitiva não tenha sido plenamente atingido, entendemos que os desenvolvimentos modernos da Teoria da Interpretação não estão em descompasso com o positivismo jurídico, uma vez que para esta teoria o que efetivamente importa é a objetividade na interpretação e aplicação dos textos

⁹¹ Com efeito, Bobbio afirma que “um ordenamento jurídico não é necessariamente coerente, porque podem existir no âmbito do mesmo ordenamento duas normas incompatíveis e serem ambas válidas (a compatibilidade não é um critério de validade)” (BOBBIO, op cit, p. 237).

⁹² “Assim fazendo, os juízes novem uma crítica ao direito vigente, considerando o caso que devem resolver não do ponto de vista de lege data, mas do ponto de vista de lege ferenda : abandonam, assim, o plano do direito positivo, para se colocarem no plano da política legislativa ” (BOBBIO, N., op cit, p. 210).

⁹³ Idem, p. 210.

normativos, ou seja, a impossibilidade do juiz decidir simplesmente de acordo com sua vontade, ainda que motivado por fatores sociais.⁹⁴

Ao contrário do que afirmam diversos autores antipositivistas⁹⁵, a subsunção mecânica não constitui necessariamente um dos pilares do positivismo jurídico na aplicação dos textos normativos. É certo que a Escola da Exegese limitava sobremaneira a atividade do julgador ao propor a mera reprodução dos enunciados normativos literalmente considerados, recusando-se ao Poder Judiciário o poder de criação do direito, pois a literalidade seria o indicativo mais seguro da vontade do legislador.⁹⁶ Ocorre que esta supervalorização do princípio da supremacia da lei foi fruto do momento histórico da Revolução Francesa, a qual trouxe a necessidade de superar as instituições do Antigo Regime, bem como da legitimidade ética e política inerentes ao ato legislativo.⁹⁷ A estatalidade do direito era vista como a melhor forma para se garantir a segurança jurídica.⁹⁸

Todavia, o papel criativo da jurisprudência acabou mais tarde sendo reconhecido dentro do próprio positivismo jurídico por Kelsen, ainda que de forma tímida⁹⁹, ao aceitar a aplicação puramente reprodutiva do direito na própria Teoria Pura do Direito¹⁰⁰, revelando uma evolução em relação ao preconizado pela Escola da Exegese.

A hermenêutica da atualidade tem como fundamento a distinção entre o texto normativo e a norma propriamente dita (conteúdo)¹⁰¹, de modo que a interpretação- aplicação é uma atividade simultaneamente cognoscitiva e criativa. Trata-se não apenas da criatividade ínsita

⁹⁴ Neste sentido é a conclusão de RAMOS, E. S., 2010, p.99.

⁹⁵ “O positivista, como intérprete da Constituição, é conservador por excelência. Quem muda a constituição é o legislador, ou seja, o constituinte e não o intérprete. A aplicação do direito é operação lógica, ato de subsunção, e não ato criador ou aperfeiçoador. Aplicar o direito e criar o direito, dizem eles, são funções totalmente distintas, ou como afirma Burkhardt, se acham em ‘antagonismo conceitual absoluto’”. BONAVIDES, P., op cit, p.172-173.

⁹⁶ “A interpretação, que, segundo o positivismo jurídico, constitui a tarefa própria da jurisprudência, consiste no remontar dos signos contidos nos textos legislativos à vontade do legislador expressa por meio de tais signos” (BOBBIO, N., op cit, p. 213).

⁹⁷ Cf. FERREIRA FILHO, M. G., 2008, p.176.

⁹⁸ A estatalidade do direito também se impôs de forma avassaladora no Pandectismo, orientação que se desenvolveu na Alemanha no mesmo período (REALE, M., op cit, p. 419).

⁹⁹ “Observe-se, entretanto, que Kelsen, embora desmistificando a aplicação puramente reprodutiva ou declaratória do direito, não o fez para valorizar o papel do intérprete- aplicador e sim para aproximá-lo do legislador, mantendo as questões relativas à Teoria da Interpretação e ao uso da argumentação jurídica afastadas da dogmática” (RAMOS, E. S., op cit, p.72).

¹⁰⁰ KELSEN, H., op cit, p.368-369.

¹⁰¹ CANOTILHO, J. J. G., op cit, p. 1916-1917.

ao processo de decisão por meio de da emissão da norma concreta, como de uma normatividade que se desprende do texto aplicado.¹⁰²

Em continuidade a uma tradição jurídica que remonta à Idade Média, o positivismo jurídico coloca um limite intransponível à atividade interpretativa: a textualidade. Dessa forma, a interpretação é textual por excelência, podendo ser extratextual nos casos de integração da lei, mas nunca será antitextual.¹⁰³

Em nossa visão, é exatamente esta a idéia percebida nas lições de Canotilho¹⁰⁴, no tocante ao “espaço de interpretação”: a liberdade de interpretação do aplicador-concretizador das normas constitucionais tem como limite o seu texto, ou seja, apenas os resultados da interpretação compatíveis com o texto da norma interpretada pode ser admitidos como resultados constitucionalmente aceitáveis.

Pelo exposto, entendemos que eliminando a associação entre positivismo e subsunção mecânica, bem como a referência a uma ordem externa de valores, o positivismo jurídico não foi superado pelo chamado pós-positivismo¹⁰⁵, sendo plenamente compatível com as exigências de um constitucionalismo contemporâneo. Adotamos, portanto, a linha de um positivismo renovado¹⁰⁶ e inclusivo¹⁰⁷, eliminando-se o subjetivismo do intérprete e submetendo tanto o legislador, quanto o juiz, às exigências do Estado de Direito.

2.3.2 Neoconstitucionalismo e hermenêutica constitucional

Encontramos diversos significados para as palavras “constitucionalismo” e “constituição” ao longo da história, a fim de refletir diversas experiências concretas de

¹⁰² BOBBIO, N., op cit, p.211.

¹⁰³ Idem, p. 214.

¹⁰⁴ CANOTILHO, J. J. G., op cit, p. 1220.

¹⁰⁵ RAMOS aponta ainda que Friedrich Miller também assenta sua teoria estruturante do direito em pilares positivistas, apesar de classifica-la como pós positivista, uma vez que daquele modelo rejeita tão somente o “reducionismo normativista no tocante à solução de casos por meio de meros silogismos, ignorando o impacto exegético da matéria fática subjacente, e a negação do papel criativo do intérprete aplicador”. (RAMOS, E. S. op cit, p. 99).

¹⁰⁶ Idem, p.103.

¹⁰⁷ SANCHÍS, L. P. 1997.Cf. MORESO, J. J In defense of inclusive legal positivism. In: *Diritto & questioni pubbliche*, 1/2001, p. 99-120. Idem. Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional. In: *Doxa* n° 23, 2000, p. 105-118. Sobre o tema, vide: VILLA, V.. Alcune chiarificazioni concettuali sulla nozione di inclusive positivism. In: *Diritto&questioni pubbliche*, 1/2001, p. 56-99. POZZOLO, S.. Inclusive positivism: alcune critiche. In: *Diritto&questioni pubbliche*, 1/2001, p. 163-179.

sociedade e de Estado. Constitucionalismo seria, deste modo, “a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político- social de uma comunidade.”¹⁰⁸

Além desta concepção ampla de constitucionalismo, poderíamos citar concepções específicas ligadas aos diversos momentos históricos experimentados pela humanidade. Analisando apenas os últimos três séculos, identificamos ao menos três movimentos constitucionais: constitucionalismo liberal, constitucionalismo social e internacionalização dos parâmetros constitucionais.¹⁰⁹

Assim, a expressão “neoconstitucionalismo” seria empregada para indicar mais um destes movimentos constitucionais, ou seja, aquele movimento verificado na segunda era da modernidade (ou pós modernidade como preferem alguns autores) decorrente das transformações verificadas a partir da II Guerra Mundial: o fortalecimento das constituições, o emprego dos princípios e conceitos jurídicos indeterminados, ampliação dos mecanismos de controle de constitucionalidade e abandono de uma cultura legicêntrica para uma maior participação do Poder Judiciário na política e nas relações sociais.¹¹⁰¹¹¹

Interessante notar que os adeptos do neoconstitucionalismo (ou dos neoconstitucionalismos, como anotou Miguel Carbonell¹¹²) não formam uma corrente única de pensamento, mas baseiam-se em pensamentos de diversos autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino; ou seja, constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política e esta é a razão que nos leva a concluir que o neoconstitucionalismo também não se opõe ao positivismo moderado nos termos propostos no item anterior. Apesar de propor novas grades teóricas compatíveis com os fenômenos acima referidos, em substituição àquelas do positivismo tradicional, consideradas incompatíveis com a nova realidade, as teorias neoconstitucionalistas não lograram êxito em formar um novo modelo de compreensão do

¹⁰⁸ CANOTILHO, J. J. G., op cit, pag. 51.

¹⁰⁹ Neste sentido: FRANCISCO, J. C. (Neo)constitucionalismo na pós-modernidade: Princípios Fundamentais e Justiça Pluralista, In: AUTOR, Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional: do Passivismo ao Ativismo Judicial, Belo Horizonte, 2012, Editora Del Rey, p.51.

¹¹⁰ SARMENTO, D., 2007, p. 269.

¹¹¹ No Brasil, o termo “neoconstitucionalismo” ganhou força a partir da divulgação das obras de Miguel Carbonell.

¹¹² CARBONELL, M., 2011.

fenômeno jurídico como pretendido, especialmente no contexto brasileiro como será explicitado a seguir.

Como consequência da cultura jurídica legicêntrica em sua essência que predominou até Segunda Guerra Mundial na Europa continental, as constituições eram vistas basicamente como programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocados perante o Judiciário¹¹³. Deste modo, a proteção aos direitos fundamentais dependia de previsão legal e praticamente inexistiam garantias contra o arbítrio ou descaso das maiorias políticas instaladas nos parlamentos.¹¹⁴

Apesar da reação contra o formalismo na Europa remontar ao final do século XIX¹¹⁵, a situação muda efetivamente no 2º pós-guerra quando as constituições deixam de ser cartas procedimentais para abrigar não apenas inúmeras normas impregnadas de elevado teor axiológico, como também uma ampla variedade de temas praticamente inéditos em constituições como economia, relações de trabalho e a família¹¹⁶. Surge, então, o fenômeno da constitucionalização da ordem jurídica por meio de da interpretação cada vez mais extensiva das normas constitucionais pelo Poder Judiciário, ampliando a influência das constituições sobre todos os ramos do Direito¹¹⁷. Trata-se não apenas de aplicar diretamente as normas constitucionais especificamente de cada uma destas áreas, como também de projetar sobre estes campos a influência dos direitos fundamentais e dos princípios gerais da constituição, promovendo a superação de antigos dogmas e a definição de novos paradigmas.

No Brasil, este processo histórico só teve início com a promulgação da Constituição de 1988. Apesar da existência de controle de constitucionalidade desde a proclamação da República em 1889, a força normativa da constituição ainda não era uma realidade na cultura jurídica brasileira até então¹¹⁸. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não

¹¹³ Cf. ENTERRÍA, E. G. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª ed., Madrid: Civitas, 1985, p. 41.

¹¹⁴ “Aliás, durante a maior parte do tempo, as maiorias parlamentares nem mesmo representavam todo o povo, já que o sufrágio universal só foi conquistado no curso do século XX” (SARMENTO, D.I, op. cit., p.271).

¹¹⁵ Neste sentido, STAMATIS, C. M.. *Argumenter en Droit: Une théorie critique de l’argumentation juridique*. Paris: Éditions Publisud, 1995, p. 34-50; e HESPANHA, A. M.. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997, p. 196-235.

¹¹⁶ Cf. SANCHÍS, L. P., 2003, p. 107-117.

¹¹⁷ Sobre o fenômeno da constitucionalização do Direito, confira-se os artigos que compõem a coletânea organizada por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

¹¹⁸ Daniel Sarmiento ilustra muito bem a situação de meros documentos formais das constituições brasileiras anteriores a 1988: “Exemplos disso não faltam: a Constituição de 1824 falava em igualdade, e a principal instituição do país era a escravidão negra; a de 1891 instituiu o sufrágio universal, mas todas as eleições eram

apenas trouxe um amplo elenco de direitos fundamentais, como lhe conferiu aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º). Ademais, por meio de das chamadas “cláusulas pétreas” protegeu os direitos fundamentais contra o próprio poder de reforma (art. 60, § 4º, IV) e reforçou o papel do Judiciário especialmente por meio de da garantia da inafastabilidade da tutela judicial (art. 5º, XXXV), da criação de novos remédios constitucionais, da ampliação dos mecanismos de controle de constitucionalidade¹¹⁹ e da extensa disciplina dedicada ao Poder Judiciário (Capítulo III).

É neste espírito de transformação que os neoconstitucionalistas propõem um novo fundamento normativo para a interpretação constitucional, qual seja, a preferência ou exclusividade de princípios em detrimento de regras. Desta preferência, surge um novo fundamento metodológico correspondente à ponderação¹²⁰ em lugar da subsunção própria do positivismo, recorrendo-se com bastante frequência à aplicação do princípio da proporcionalidade na esfera judicial¹²¹. Por sua vez, a associação entre a baixa densidade normativa dos princípios e a ponderação acarreta a elasticidade necessária para a busca de soluções individualmente mais justas, revelando, assim, uma maior importância do Poder Judiciário neste desenho institucional do Estado Contemporâneo.¹²²

Todavia, a excessiva valorização do Poder Judiciário leva à desconsideração do papel desempenhado por outras instituições, especialmente pelo Poder Legislativo, na interpretação constitucional¹²³, ocasionando o chamado “ativismo judicial”, ou seja, a exorbitância pelo Poder Judiciário de sua competência, infringindo a separação de poderes do Estado

fraudadas; a de 1937 disciplinava o processo legislativo, mas enquanto ela vigorou o Congresso esteve fechado e o Presidente legislava por decretos; a de 1969 garantia os direitos à liberdade, à integridade física e à vida, mas as prisões ilegais, o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura campeavam nos porões do regime militar. Nesta última quadra histórica, conviveu-se ainda com o constrangedor paradoxo da existência de duas ordens jurídicas paralelas: a das constituições e a dos atos institucionais, que não buscavam nas primeiras o seu fundamento de validade, mas num suposto poder revolucionário em que estariam investidas as Forças Armadas.”

¹¹⁹ A Constituição Brasileira de 1988 adotou um vasto elenco de legitimados ativos para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103) e ampliou o escopo da jurisdição constitucional ao instituir no Brasil o controle da inconstitucionalidade por omissão, tanto por meio de de ação direta como do mandado de injunção.

¹²⁰ Sobre a ponderação, confira-se ALEXY, R. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2ª tradução, 2012.

¹²¹ Acerca do princípio da proporcionalidade, leia-se PULIDO, C. B.. El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003, e, no Brasil, de PEREIRA, J. R. G.. Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 297-382.

¹²² “Ou, de modo ainda mais direto: a norma traria o método; o método, a justiça; a justiça, o poder.” (ÁVILA, H. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do Direito e o Direito da Ciência, p.3, disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>, acessado em 06 de abril de 2013.

¹²³ A exemplo do que ocorre no direito norte-americano, cf. WITTINGTON, K.. Constitutional Construction: Divided Powers and Constitutional Meaning. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 01-03

Constitucional de Direito¹²⁴, fenômeno que será melhor analisado a seguir. O neoconstitucionalismo tem sido frequentemente utilizado como fundamento teórico para tal fenômeno sob o pretexto de se promover uma visão construtiva do Direito pelo Poder Judiciário por meio da aproximação dos preceitos normativos às situações concretas promovida pela utilização dos princípios como parâmetro de solução do caso concreto. Não concordamos com tal postura, conforme razões a seguir explicitadas.

A Constituição Brasileira de 1988 foi chamada por Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a produziu, de *Constituição Cidadã*, em razão da ampla participação popular que acompanhou sua promulgação, como pelo fato de se voltar especialmente para a plena realização da cidadania¹²⁵ por meio de um conjunto de princípios e regras, cada qual com sua função particular e sem relação de hierarquia entre eles. As regras consistem em normas aptas a solucionar conflitos entre bens e interesses, exigindo um ônus argumentativo maior para sua superação do que aquele exigido para a superação dos princípios, que são normas de complementariedade. A interpretação da regra depende da interpretação simultânea do princípio e vice-versa, em verdadeira justificação recíproca.¹²⁶

Os casos de colisão entre princípios e regras devem ser solucionados, em primeiro lugar, pela verificação da hierarquia das normas em conflito, em razão da domesticação das fontes de produção do direito, conforme mencionado anteriormente. Logo, será prevalente a norma de grau superior na escala das fontes do direito, seja regra ou princípio. No caso de normas situadas no mesmo patamar (como duas normas constitucionais), a regra deve prevalecer sobre o princípio, sem que isto signifique superioridade da regra sobre o princípio. Isso ocorre porque a regra é o resultado de uma decisão Legislativa prévia sobre um conflito por ele conhecido ou antecipável, ou seja, o grau de certeza da regra é maior do que no princípio.¹²⁷ Assim, não caberia ao intérprete, com base em princípios constitucionais eventualmente aplicáveis, criar um benefício de seguridade sem a correspondente fonte de custeio, porque existe uma regra constitucional neste sentido.¹²⁸

¹²⁴ FRANCISCO, J. C., 2012, p.78.

¹²⁵ SILVA, J. A., 2008, p.90.

¹²⁶ ÁVILA, H., 2012, p.112-113.

¹²⁷ Idem, p. 112.

¹²⁸ Assim determina a Constituição Brasileira de 1988: 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:

§ 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

Ademais, caso uma regra infraconstitucional tenha sido editada dentro dos exatos limites impostos pela Constituição, não cabe ao intérprete afastá-la e aplicar diretamente o princípio, porque isso viola o princípio democrático e, conseqüentemente, do princípio da separação de poderes.¹²⁹ Repudiamos, desta forma, a concepção da ponderação enquanto método que utiliza os princípios constitucionais como fundamento direto das decisões, inclusive quando existe regra expressa regulando o mesmo assunto. Esta aplicação irrestrita dos princípios, especialmente em virtude de sua baixa densidade normativa, leva ao subjetivismo e à desconsideração do Poder Legislativo¹³⁰. Não se trata, obviamente, de defender que a democracia se esgote no respeito ao princípio majoritário, mas o exagero em sentido contrário tende a revelar-se antidemocrático, por cercear em demasia a possibilidade do povo de se autogovernar.¹³¹

Por outro lado, quando se verificar necessidade real de aplicação de princípios, a ponderação deve ser feita de forma racional e fundamentada, harmonizando a divisão de competências com os direitos fundamentais. Logo, o ônus argumentativo do intérprete aumenta de forma proporcional à vagueza da norma a ser aplicada para que fique claro que a solução por ele adotada é a que melhor realiza os valores do ordenamento naquele caso concreto.¹³² Agir desta forma reforça a ideia básica do Estado Democrático de Direito, pois diminui as chances de arbítrio judicial, confere maior segurança jurídica e respeita a divisão funcional de poderes.

O neoconstitucionalismo deve ser pensado como uma teoria constitucional que concilia de forma racional a importância das regras e da subsunção com os princípios e a ponderação e que, sem desprezar o papel protagonista das instâncias democráticas na definição do Direito, reconheça e valorize a irradiação dos valores constitucionais pelo ordenamento. Por meio de uma atuação firme e construtiva do Judiciário para proteção e promoção dos direitos

¹²⁹ AVILA, H. <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf> p. 08, acessado em 10 de maio de 2013.

¹³⁰ Este viés judicialista sofre contestações pelo seu suposto caráter antidemocrático, na medida em que os juízes, diferentemente dos parlamentares e chefes do Executivo, não são eleitos e não respondem diretamente perante o povo. Entretanto, não é razoável estender esta crítica ao ponto de negar o caráter democrático da atuação judicial. Como ressaltou Zaffaroni (1995, p. 43), “uma instituição não é democrática unicamente porque não provenha de eleição popular, porque nem tudo o que provém desta origem é necessariamente aristocrático. Uma instituição é democrática quando seja funcional para o sistema democrático, quer dizer, quando seja necessária para a sua continuidade, como ocorre com o judiciário”.

¹³¹ Sobre o debate entre constitucionalismo e democracia, leia-se HABERMAS, J.. “O Estado Democrático de Direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?”. In: Era das Transições. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 153-173.

¹³² Cf. PERELMAN, C. et FORIES, P. La Motivation des Décisions de Justice. Bruxelles: Émile Bruylant, 1978.

fundamentais e dos pressupostos da democracia, o neoconstitucionalismo deve ser concebido como uma visão que conecte o Direito com exigências de justiça e moralidade crítica¹³³, sempre em busca de harmonizar os desafios impostos por uma sociedade pluralista culturalmente.¹³⁴

¹³³NINO Carlos Santiago *Ética y Derechos Humanos: Um ensayo de fundamentación*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, p. 413.

¹³⁴“É desejável que o sec. XXI possa ser capaz de harmonizar uma intenção ética do Estado com o respeito pelas pessoas e grupos sócio- culturais respeitáveis.” Cf FERREIRA DA CUNHA, P., op. cit., p. 450.

3. ATIVISMO JUDICIAL E SEGURIDADE SOCIAL

3.1 A disciplina constitucional da seguridade social na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

A seguridade social é o sistema de proteção social previsto na CF/88 e compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde¹³⁵, à previdência e à assistência social, constituindo-se no principal instrumento criado pela atual Constituição para efetivação dos objetivos e fundamentos do Estado Brasileiro, sobretudo o da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III); a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária (art. 3º,I), erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, (art. 3º;II) e promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, IV)¹³⁶.

Inspirado no relatório produzido por William H. Beveridge¹³⁷ para a comissão criada pelo governo britânico em 1941 a fim de investigar os sistemas existentes de seguro social e serviços afins para recomendar mudanças no sistema de proteção social britânico, o sistema brasileiro congrega a assistência privada e pública, o seguro social e a saúde.

No Brasil, a gestão do Regime Geral da Previdência é de responsabilidade do Ministério da Previdência Social, devendo ser executada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), auxiliada pelas secretarias estaduais de assistência social, Ministério da Saúde (e secretarias dos estados da federação) e o Ministério do Trabalho e Emprego. Ademais, existem regimes próprios de previdência para servidores públicos titulares de cargos efetivos, sob a gestão do entes federativo respectivo.

¹³⁵ O conceito de saúde, embora definido de forma vaga pela CF/88, pode extraído das diversas constituições estaduais. DALLARI, Sueli Gandolfi. “Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde”. São Paulo: Hucitec, 1995. P.47

¹³⁶ Cf PIERDONÁ, Z. L. A PROTEÇÃO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988. *Revista de Direito Social*, nº 28. Notadez: Porto Alegre, 2007.

¹³⁷ BEVERIDGE, W. H. 1989.

A CF/88 regula o sistema de seguridade social nos artigos 194 a 204, dentro do Título VIII denominado “Da Ordem Social”, sendo que a base do primado do trabalho, e os objetivos do bem-estar e da justiça sociais de toda a Ordem Social (artigo 193) também se aplica à Seguridade Social. O artigo 194, além de especificar as áreas que compõem referido sistema, estabelece uma responsabilidade concorrente entre Poder Público e sociedade pela sua efetivação e arrola seus princípios fundamentais.

O primeiro princípio, e que deve nortear a interpretação dos demais por se relacionar ao padrão mínimo necessário estabelecido na Convenção 102 da OIT¹³⁸, prevê a universalidade da cobertura e do atendimento (art. 194, I). A universalidade da cobertura corresponde ao elemento objetivo e se relaciona às situações de risco. Já a universalidade do atendimento, que é a dimensão subjetiva do princípio, está ligada aos destinatários das prestações de seguridade social. Assim, em relação à saúde, todos são seus destinatários. Diferentemente, as prestações da previdência social são dirigidas aos trabalhadores e seus dependentes, conforme dispõe a Lei 8213/91, e a assistência é destinada apenas aos necessitados, nos termos da Lei 8742/1993.

No inciso seguinte, encontramos o princípio da uniformidade e equivalência das prestações às populações urbanas e rurais, previsão inovadora, pois historicamente o trabalhador rural sempre recebera tratamento diferenciado. Observe-se, todavia, que a equivalência dos benefícios e serviços deve ser isonômica, ou seja, se o trabalhador rural contribui de forma diversa do urbano (artigo 195, § 8º) os benefícios deverão guardar correspondência com a sua forma de custeio.

Por sua vez, o princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços revela uma contenção provisória ao princípio da universalidade, pois permite ao legislador infraconstitucional decidir, discricionariamente, escolher de forma gradativa os riscos sociais a serem cobertos pelo sistema, até que todos sejam abrangidos por prestações correspondentes. A seletividade define as prestações enquanto a distributividade fixa o grau de proteção devido a cada indivíduo.¹³⁹

O princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios previdenciários (art. 194, IV) implica na impossibilidade de redução nominal do valor dos benefícios da Previdência Social

¹³⁸ Aprovada na 35ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra em 1952, entrou em vigor no plano internacional em 27.4.55, tendo sido aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 269, de 19.09.2008 do Congresso Nacional e ratificada em 15 de junho de 2009.

¹³⁹ BALERA, W., 1998, p. 51.

(e não de toda a seguridade), à semelhança do que ocorre com a remuneração dos trabalhadores em atividade (art. 7º, VI)¹⁴⁰. A redução nominal do valor do benefício não pode, contudo, ser confundida com a preservação do valor real do benefício mediante critérios definidos em lei (art. 201, §4º), respeitando-se a regra da contrapartida¹⁴¹ (art. 195, §5º), segundo o qual não serão concedidos ou majorados benefícios sem que haja a contrapartida financeira.

Relativamente ao custeio do sistema, a CF/88 previu os princípios da equidade na forma de participação no custeio (art. 194, V) e da diversidade da base de financiamento (art. 194, VI). Equidade implica na consideração da capacidade contributiva do sujeito passivo da obrigação tributária, bem como a observância da relação entre o valor da contribuição e o valor das prestações, as quais, por sua vez, devem ser estabelecidas contribuições proporcionalmente ao risco apresentado pelo contribuinte¹⁴². Já a diversidade da base de financiamento implica na utilização de outras fontes para o financiamento do sistema, além da folha de pagamento¹⁴³.

Em adição, o princípio da gestão democrática da seguridade social (art. 194, VII) prevê a descentralização da administração do sistema, incluindo a participação dos destinatários das prestações, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

A descentralização da administração pode ser vista sob três aspectos. Em primeiro lugar, se relaciona com a capacidade de proporcionar maior eficiência à administração pública¹⁴⁴ por meio da distribuição de competências concorrentes administrativas (art. 23, II) e legislativas (art. 24, VII) entre os entes da federação. Ademais, a descentralização se associa à participação popular e ao estímulo à responsabilização democrática, constituindo uma forma de exercício direto do poder pelo povo, nos termos do parágrafo único do artigo 1º da CF/88. Por fim, está relacionada diretamente a determinação de orçamento específico para a seguridade social (art.

¹⁴⁰ A CF/88 excepciona a hipótese de previsão em acordo ou convenção coletiva, o que não acontece nos casos dos benefícios de previdência social.

¹⁴¹ BALERA, W., 1998, p. 118-119.

¹⁴² O princípio da equidade ainda está presente no o § 9º do 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 (...)§ 9º As contribuições sociais previstas no inciso I do caput deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho.

¹⁴³ A diversidade da base de financiamento também de relaciona com os princípios da universalidade e da contrapartida uma vez que, se o objetivo é cobrir todos os riscos sociais, apenas a folha de pagamentos não será suficiente para custeá-los.

¹⁴⁴ SANTOS, A. M. S. P., 2007, p. 525-548.

165, §5º), pois por meio de da gestão quadripartite seria possível uma fiscalização mais eficiente da correta aplicação dos valores destinados ao financiamento do sistema.

A partir da década de 90, todavia, a implementação da participação popular passou a enfrentar muitas dificuldades em razão da hegemonia neoliberal no Brasil iniciadas com o governo Collor e aprofundada no governo Fernando Henrique Cardoso, o que acabaram por esvaziar a participação popular¹⁴⁵. Neste contexto, a Medida Provisória 258/05 (editada no governo de Luiz Inácio Lula da Silva) unificou a arrecadação de todos os tributos federais (incluindo, portanto, aqueles destinados à seguridade) por meio de da Receita Federal do Brasil, medida severamente questionada em diversos níveis, especialmente por meio de da ADI 3548 proposta pela Associação Nacional dos Procuradores da Previdência Social (ANPPREV). O STF acabou julgando a ADI 3548 prejudicada em razão da perda de eficácia da medida provisória (pois seu prazo de vigência encerrou no dia 18 de novembro de 2005, antes do julgamento da ADI 3548) e o assunto acabou não voltando à pauta daquela corte quando editada a Lei 11.457/2007, a qual regula atualmente a questão¹⁴⁶.

Por fim, cumpre mencionar o princípio da solidariedade que, muito embora não tenha uma previsão específica como os demais, pode ser extraído a partir dos caputs dos artigos 194 e 195 da CF/88, os quais revelam a solidariedade do poder público e da sociedade na execução e financiamento do sistema. Solidariedade social, neste contexto, significa a interdependência entre todos os indivíduos de uma sociedade, caracterizada pela igualdade de oportunidades e cooperação mútua, objetivando o bem estar de todos¹⁴⁷. Enquanto princípio fundamental de todo o sistema de Seguridade Social, posto que diretamente ligado à ideia de promoção da justiça social, deve orientar o legislador na produção da legislação afeta à seguridade social a para que sempre busque garantir a proteção dos indivíduos que se encontram em situação de

¹⁴⁵ SIMIONATTO, I.; LUZA, E., 2011, p. 215-226.

¹⁴⁶ Apesar da Lei 11457/07 não ter sido questionada no STF especificamente quando a este ponto, Zélia Luiza Pierdoná menciona que o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário de nº 146.733-9 de relatoria do Ministro Moreira Alves, admitiu a arrecadação de contribuição social para o financiamento da seguridade social pela administração direta da União, por intermédio da Receita Federal, por entender que não existe vedação expressa. Muito embora a decisão tenha sido proferida antes da EC 20/98 que deu a redação atual do artigo, o princípio da gestão democrática já era previsto no texto anterior. Claramente, olvidou-se o Ministro da previsão do artigos 165, §5º e 194, II (que na época estabelecia “VII - caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados.”. Cf PIERDONÁ, Z. L. A proteção social na Constituição de 1988. *Revista de Direito Social*, nº 28. Notadez: Porto Alegre, 2007.

¹⁴⁷ PONTES, A. O. 2006.

vulnerabilidade em decorrência de contingências sociais¹⁴⁸. Por outro lado, a solidariedade também implica que o interesse coletivo prevalece sobre o interesse individual, o que nem sempre é lembrado pelos juízes brasileiros quando julgam processos envolvendo os benefícios da seguridade social, conforme se verá no próximo capítulo.

Importante ressaltar que o avanço das proposições neoliberais a partir dos anos 90, na busca por reduzir o papel do Estado, acabou por resultar em cortes nos gastos sociais públicos, desativação de programas e da universalidade da cobertura (DRAIBE, 1993). O suposto déficit da previdência tem sido usado como argumento para a necessidade da reforma previdenciária desde a Constituição em 1988, muito embora a queda na relação entre a entrada de contribuintes no sistema e o pagamento de benefícios expressaria, segundo especialistas, antes de tudo o grau de maturidade do sistema (MARQUES; BATICH; MENDES, 2003, p.114).

Apesar dessas reformas, o sistema de seguridade social previsto pela CF/88 ainda se mantém em suas linhas gerais. Nesse sentido, apesar da redução de direitos provocadas pelas reformas, pode-se dizer que o neoliberalismo não conseguiu implantar sua concepção de proteção social em solo brasileiro. Entretanto, esta situação gerou uma enorme tensão social e o incremento do processo de judicialização envolvendo os benefícios de seguridade social; o que, no nosso entender, foi decisivo para a impulsão do ativismo judicial no tema.

3.2 O ativismo envolvendo a seguridade social na jurisprudência brasileira recente

O orçamento previsto para investimentos, custeio e pagamentos da seguridade social somou R\$ 1,66 trilhão relativamente ao ano de 2013¹⁴⁹ no Brasil. Todavia, considerando-se as apenas a Previdência Social, conforme dados extraídos no site do Ministério da Previdência e Assistência Social¹⁵⁰, o resultado de abril de 2013 ficou negativo em R\$ 6,2 bilhões. A necessidade de financiamento foi 8,5% maior em relação ao mesmo mês do ano anterior, sendo que dentre as razões para o crescimento da despesa, está o pagamento de precatórios e sentenças judiciais que somaram R\$ 3 bilhões apenas no mês de abril. Considerando os últimos 12 meses,

¹⁴⁸ Ou seja, o princípio da solidariedade reforça a necessidade de sempre buscar a universalidade da cobertura dos riscos sociais, respeitando-se, obviamente, os demais princípios constitucionais afetos à questão, sobretudo o princípio da contrapartida.

¹⁴⁹ LEI Nº 12.798 DE 4 DE ABRIL DE 2013 (publicada no DOU de 05/04/2013, Seção 1, página 2).

¹⁵⁰ <http://www.mps.gov.br/vejaNoticia.php?id=50420#destaque> acessado em 18 de junho de 2013.

a necessidade de financiamento está em R\$ 48 bilhões, demonstrando em números o problema que o ativismo judicial em matéria de previdência tem causado.

Relativamente à saúde, o no período 2005-2007 a quantidade de ações judiciais propostas apenas na Justiça Federal¹⁵¹ saltou de 387 para 2.979, um crescimento superior a 700%¹⁵². Muito embora parte destas decisões tenham sido proferidas seguindo uma hermenêutica adequada, a grande parte delas compele a União a custear medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde, inclusive no tocante a tratamentos experimentais ou realizados no exterior¹⁵³. Uma das causas deste problema está na demora de inclusão de novos medicamentos ou procedimentos de auxílio no controle de certas doenças na lista do SUS, evidenciando a necessidade de aprimoramento das políticas públicas de saúde. Todavia, as decisões judiciais nesta matéria, além de não levarem em consideração o impacto na organização orçamentária, violam a regra do artigo 196 da Constituição Federal, segundo o qual a garantia do direito à saúde se dará por meio de políticas sociais e econômicas¹⁵⁴. Tais decisões, violam, ainda, a regra do custeio prévio e o próprio princípio da igualdade, tornando imperativa a necessidade das decisões judiciais respeitarem as listas de medicamentos e procedimentos elaboradas pelos entes federativos.

Relativamente à assistência social, cumpre pormenorizar a já citada decisão proferida pelo STF sobre o requisito de miserabilidade exigido pela Lei 8742/93. Com efeito, a CF/88 estabelece que será devida a prestação mensal ao idoso (a partir de 65 anos) ou deficiente necessitado, independentemente de contribuição, conforme dispuser a lei¹⁵⁵. Assim, o constituinte remeteu ao legislador ordinário o encargo de disciplinar a concessão do benefício, estabelecendo a forma, os critérios, os requisitos e condições para sua percepção, o que restou estatuído com a edição da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, cujo art. 20 cuidou da

¹⁵¹ A organização judiciária no Brasil prevê a Justiça Federal, para as ações envolvendo a União (CF/88, art. 109); e as justças dos estados, para ações envolvendo os estados e respectivos municípios.

¹⁵² <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055752.PDF>. Acessado em 18 de junho de 2013.

¹⁵³ Conforme decisão proferida pelo Desembargador do Tribunal Regional Federal da 5ª Região constante do Anexo A.

¹⁵⁴ BARROSO, L. R., 2007, p. 31-61.

¹⁵⁵ Cf., Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

matéria, estabelecendo como critério de miserabilidade a renda *per capita* de ¼ do salário mínimo, considerada a renda conjunta de todo o grupo familiar¹⁵⁶.

O STF, no julgamento do ADI 1232-1/DF¹⁵⁷ chegou a se pronunciar acerca da compatibilidade do §3º, do art. 20 da Lei nº 8.742/93 com o dispositivo constitucional do art. 203, V, tendo reconhecido que se trata efetivamente de competência legal o estabelecimento de critérios para concessão do benefício, não havendo óbice para fixação de critérios objetivos. Não obstante, os juízes e tribunais de todo o país continuaram a desconsiderar o critério legal¹⁵⁸, até que sobreveio a nova decisão do STF sobre o assunto ao julgar os Recursos Extraordinários (REs) 567985 e 580963 e a Reclamação (RCL) 4374. O relator da reclamação, ministro Gilmar Mendes, além de defender a possibilidade de o Tribunal apreciar novamente a ADI 1232, declarou inconstitucional o critério de ¼ do salário mínimo como requisito de miserabilidade ao argumento que atualmente existem outros critérios para a concessão dos benefícios assistenciais, como Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; e a Lei 10.219/2001, que criou o Bolsa Escola. Ressaltou o ministro que ½ salário mínimo seria um indicador mais razoável do que o critério atualmente vigente, declarando a inconstitucionalidade incidental do artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/93¹⁵⁹.

É evidentemente ativista a referida decisão do STF. Desconsiderar o critério de apreciação da hipossuficiência econômica previsto na Lei Orgânica da Assistência Social para prestigiar dispositivos sortidos, oriundos de outras leis, despreza os mecanismos tradicionais de integração do direito, uma vez que lança mão de analogia a despeito da inexistência de qualquer lacuna. Ademais, a própria comparação entre a Lei 8.742/93 e as Leis 10.219/01, 10.689/03 e 10.836/04, no intuito de haurir foros de isonomia, é inviável à medida que as metas da legislação assistencial concernente aos programas como o bolsa-escola, o bolsa-alimentação e o bolsa-

¹⁵⁶ Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011).

§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011).

¹⁵⁷ A ementa do julgado encontra-se no Anexo B.

¹⁵⁸ Conforme sentença proferida no processo de número 0008452-63.2012.4.03.6303 que tramitou no Juizado Especial Federal de Campinas, disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/jef/> acessado em 19 de junho de 2013.

¹⁵⁹ A íntegra das decisões ainda não haviam sido publicadas até a conclusão deste trabalho, mas a notícia oficialmente divulgada pelo STF está disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236354&caixaBusca=N>. Acessado em 19 de junho de 2013.

família, são específicas e diversas do amparo assistencial constitucional. Este tem caráter substitutivo da renda, destinado a quem não pode prover o próprio sustento, enquanto aqueles têm caráter de complementariedade. Inclusive, o valor dos benefícios são bastante diferenciados, pois enquanto se estipula o valor de R\$70,00 por beneficiário para o bolsa-família, o amparo constitucional garante o valor de um salário mínimo federal¹⁶⁰, restando evidente a impossibilidade de aplicação da analogia ao caso.

Por fim, no que concerne a Previdência Social, necessário mencionar a decisão do STJ no julgamento do RESP 1.334.488/SC em 08 de maio de 2013 (Anexo C) sobre a possibilidade de renunciar à aposentadoria concedida para computar período contributivo utilizado, conjuntamente com os salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para a concessão de posterior e nova aposentação. O INSS nega administrativamente tais pedidos com base na previsão do Decreto 3048/99¹⁶¹, que regulamenta a Lei 8213/91, o motivou milhares de ações judiciais. Ocorre que desde a sua edição, em 1991, a Lei 8.213/91 veda a utilização das contribuições dos trabalhadores em gozo de aposentadoria para a obtenção de nova aposentadoria ou elevação da já auferida¹⁶².

Ademais, em virtude do já mencionado princípio da solidariedade, resta perfeitamente justificada a incidência de contribuição previdenciária sobre os rendimentos dos aposentados que retornaram ao trabalho¹⁶³. Isso porque a solidariedade do sistema acarreta a existência de diferentes personagens participantes do sistema previdenciário: segurado, contribuinte e beneficiário. Nem todos os segurados são contribuintes, como o desempregado no período de graça, nem todos os contribuintes são segurados, a exemplo do empregador, nem todos os beneficiários são segurados, como os dependentes do segurado. Do mesmo modo, nem mesmo

¹⁶⁰ Conforme artigo 19, I do DECRETO Nº 5.209 DE 17 DE SETEMBRO DE 2004.

¹⁶¹ Dispõe o referido decreto que: Art. 181-B. As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis. Parágrafo único. O segurado pode desistir do seu pedido de aposentadoria desde que manifeste esta intenção e requeira o arquivamento definitivo do pedido antes da ocorrência do primeiro de um dos seguintes atos:

I - recebimento do primeiro pagamento do benefício; ou (Incluído pelo Decreto nº 6.208, de 2007).

II - saque do respectivo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ou do Programa de Integração Social.

¹⁶² A redação atual, vigente desde a MP n. 1.596-14, de 10-11-1997, mantém a vedação:

Art. 18, § 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.” (Redação dada pela MP n. 1.596-14, de 10-11-1997, DOU 11-11-1997, convertida na Lei n. 9.528, de 10-12-1997, DOU 11-12-1997).

¹⁶³ O STF já decidiu acerca da constitucionalidade da incidência de contribuições previdenciárias destinada ao custeio geral do sistema previdenciário, sem a contrapartida do recebimento de benefícios, nos julgados RE 437640/RS AI-AgR 397.337 e RE 381.860/RS, cujos detalhes se encontram no ANEXO D.

todos os segurados são potenciais beneficiários de qualquer benefício, pois podem não reunir todos os demais requisitos necessários, como ocorre com aqueles que já se aposentaram. Logo, a obtenção de benefícios, ou de algumas espécies de benefícios, não é consequência automática e necessária da condição do recolhimento de contribuições¹⁶⁴.

A fim de modificar esta sistemática, tramitam no Congresso Nacional alguns projetos de lei sobre o assunto (PLs 2682/07, 3884/08 e PLS 91/2010), os quais pretendem, na essência, garantir ao aposentado que continuou trabalhando o direito de renunciar ao benefício previdenciário e aproveitar o tempo de contribuição no cálculo de nova aposentadoria. O projeto do deputado Cleber Verde (PL 2682/2007) objetiva, ainda, impedir a devolução dos valores recebidos até a renúncia. Todavia, a Primeira Turma do STJ (consolidando o entendimento de diversos juízes por todo o Brasil) decidiu não esperar pela solução legislativa e consolidar a possibilidade de renúncia com nova aposentação mediante ação judicial, muito embora o impacto destas decisões seja estimado em R\$ 49,1 bilhões pelo anexo de riscos fiscais do projeto da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2012¹⁶⁵, afrontando diretamente não apenas os dispositivos legais e constitucionais já mencionados, como o princípio da separação de poderes.

¹⁶⁴ Neste exato sentido é a conclusão de Sérgio Pinto Martins: “Há solidariedade entre as pessoas na cotização do sistema para a concessão do futuro benefício. Existe um contrato entre gerações... A massa de recursos arrecadada de todos é que paga os benefícios dos trabalhadores. O aposentado que volta a exercer atividade remunerada tem relação de contribuinte, embora já esteja protegido pelo sistema, tanto que recebe benefício” (MARTINS, S. P., 2005, p.304 – 306).

¹⁶⁵ Dados disponíveis na página da Câmara dos Deputados. Disponível em [http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/416378-PARA-GOVERNO.-DESAPOSENTACAO-PODE-GERAR-IMPACTO-FISCAL-DE-R\\$-49-BI.html](http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/416378-PARA-GOVERNO.-DESAPOSENTACAO-PODE-GERAR-IMPACTO-FISCAL-DE-R$-49-BI.html). Acessado em 23 de junho de 2013.

4. CONCLUSÃO

O incremento do ativismo judicial em matéria de seguridade social, demonstrado no presente trabalho, revela uma tendência atual e preocupante do Poder Judiciário no Brasil, impulsionado pela adoção do modelo de bem estar social e de um controle de constitucionalidade abstrato de normas bastante amplo, associado à imaturidade das instituições brasileiras, à diminuição de direitos provocada pelas reformas neoliberais e ao descompasso ainda existente entre as condições socioeconômicas projetadas pela CF/88 e aquelas efetivamente evidenciadas pela maioria da população.¹⁶⁶

O ativismo judicial foi estimulado, no plano teórico, pela fragilidade teórica das teorias ditas pós- positivistas e neoconstitucionalistas. Com efeito, o neoconstitucionalismo não logrou êxito em formar um novo modelo de compreensão do fenômeno jurídico como pretendido, deve ser visto como mais um momento do constitucionalismo *tout court*, marcado pela conjugação racional da importância das regras e da subsunção com os princípios e a ponderação e que, sem desprezar o papel protagonista das instâncias democráticas na definição do Direito, reconheça e valorize a irradiação dos valores constitucionais pelo ordenamento¹⁶⁷. Por sua vez, o pós-positivismo não logrou êxito em superar o positivismo como pretendido. De fato, o positivismo jurídico, renovado e aperfeiçoado, é plenamente compatível com bases teóricas da moderna Teoria da Interpretação e tem o condão de garantir não apenas segurança jurídica, como respeito ao princípio democrático.

É certo que o Estado Brasileiro precisa concentrar esforços a fim de promover uma profunda reestruturação nos serviços relativos à seguridade social, sobretudo visando a eliminação de desperdícios, o aumento da eficiência e qualidade no atendimento à população, bem como a promoção da efetiva descentralização e universalização. Entretanto, não cabe ao poder judiciário buscar tais objetivos desequilibrando a necessária correlação entre criatividade judicial e a observância dos limites decorrentes de uma adequada interpretação, sob pena de desorganizar por completo a atividade administrativa do Estado, engessando as

¹⁶⁶ Neste sentido, conclusão de RAMOS, E. S., op cit, p.273 -278.

¹⁶⁷ Como afirma de forma contundente o professor Elival da Silva Ramos: “não há que se falar, também aqui, de neoconstitucionalismo, e sim na afirmação do constitucionalismo e da autonomia científica do Direito Constitucional” (RAMOS, op cit, p. 282).

próprias desigualdades que se pretende combater e, conseqüentemente, inviabilizando o projeto de desenvolvimento social.

5. ANEXOS

ANEXO A

ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO E/OU TRATAMENTO MÉDICO. UNIÃO E ESTADO DE ALAGOAS. LEGITIMIDADE PASSIVA. LITISCONSÓRCIO ENTRE AUTORIDADE IMPETRADA E ENTE PÚBLICO. POSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE 1.º GRAU. DIREITO À SAÚDE. DIREITO FUNDAMENTAL. NATUREZA PRESTACIONAL POSITIVA CONCRETA. NÃO CARACTERIZAÇÃO COMO MERA NORMA PROGRAMÁTICA. LIMITAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS E RESERVA DO POSSÍVEL. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. INSUFICIÊNCIA COMO ÓBICE À CONCRETIZAÇÃO DO REFERIDO DIREITO FUNDAMENTAL. DOENÇA GRAVE. TRATAMENTO MÉDICO RECONHECIDO PELA ANVISA. ESSENCIALIDADE. DIREITO AO FORNECIMENTO. INÉRCIA NA INCLUSÃO NA LISTA DE MEDICAMENTO DOS SUS. IMPOSSIBILIDADE DE CONSTITUIR-SE EM ÓBICE AO DIREITO À SAÚDE.

1. A jurisprudência do STJ encontra-se pacificada no sentido de que as ações relativas à assistência à saúde pelo SUS (fornecimento de medicamentos ou de tratamento médico, inclusive, no exterior) podem ser propostas em face de qualquer dos entes componentes da Federação Brasileira (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), sendo todos legitimados passivos para responderem a elas, individualmente ou em conjunto.

2. São, portanto, tanto a UNIÃO como o Estado de Sergipe legitimados passivos para a causa, não podendo a divisão administrativa de atribuições estabelecida pela legislação decorrente da Lei n.º 8.080/90 restringir essa responsabilidade, servindo ela, apenas, como parâmetro da repartição do ônus financeiro final dessa atuação, o qual, no entanto, deve ser resolvido pelos entes federativos administrativamente ou em ação judicial própria, não podendo ser oposto como óbice à pretensão da população a seus direitos constitucionalmente garantidos como exigíveis deles de forma solidária.

3. No caso presente, é viável o litisconsórcio entre autoridade impetrada estadual e a UNIÃO, sem necessidade de que este se estabeleça com autoridade pública federal específica, bem como é o Juízo Federal de 1.º Grau competente para a causa em função do local de exercício funcional da autoridade coatora estadual, o que não seria alterado por eventual litisconsórcio com autoridade federal.

4. A saúde está expressamente prevista no art.196, cabeça, da CF, como direito de todos e dever do Estado, garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, bem como por meio de do acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, sendo uma responsabilidade comum da União, dos Estados, do DF e dos Municípios a concretização de tal direito.

5. Enquanto direito essencialmente vinculado à vida e à proteção da integridade físico-psíquica do ser humano, a saúde não pode ser interpretada apenas como um enunciado meramente programático, mas, sim, como um direito fundamental cuja efetivação é dever do Poder Público, pois a sua não concretização consiste em evidente afronta à dignidade da pessoa humana. Ainda

que tal direito não estivesse expressamente previsto na CF/88, a sua estreita vinculação com o direito à vida, bem supremo do ser humano, o conduziria à situação de direito fundamental implícito, de modo que a sua efetivação também seria um dever do Estado, vez que a ação deste está vinculada pela imediata aplicabilidade das normas dos direitos fundamentais.

6. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são solidariamente responsáveis pela efetivação do direito à saúde (art.23, inciso II, da CF), o que implica não apenas na elaboração de políticas públicas e em uma consistente programação orçamentária para tal área, como também em uma atuação integrada entre tais entes, que não se encerra com o mero repasse de verbas. O Poder Público não se exime de tal responsabilidade quando investe ou repassa recursos para serem aplicados na área da saúde. Em sendo investida verba pública para tais fins e não havendo a efetivação do direito que se quer garantir, é notório que a política adotada não se coaduna com a realidade a ser enfrentada ou que tal política não foi concretizada como programada, sendo dever de todos os entes federados atentarem para tal fato e atuarem de modo a cumprir com as suas responsabilidades constitucionais.

7. A jurisprudência nacional possui reiteradas decisões no sentido de que o direito à saúde é líquido e certo, bem como de que a saúde é direito público subjetivo, não podendo ser reduzido a mera promessa constitucional vazia, sendo tal direito exigível em Juízo por não ser um mero enunciado programático. Dessa forma, vigora o entendimento de que é dever do Poder Público disponibilizar tratamento médico-hospitalar à população que dele necessitar, ou seja, oferecer o serviço essencial na esfera médica, o que inclui o fornecimento de medicamentos, sob pena de incidência em grave comportamento inconstitucional, ainda que por omissão, pelo não fornecimento de condições materiais de efetivação de tal direito fundamental.

8. Nesse sentido: STF (AI-AgR n.º 648.971/RS e RE n.º 195.192/RS) e STJ (RMS n.º 11.183/PR).

9. A alegação genérica de limitações orçamentárias vinculadas à reserva do possível, além de não provada concretamente quanto à eventual indisponibilidade de fundos para o atendimento da pretensão inicial, não é suficiente para obstar a concretização do direito constitucional em exame, sobretudo quando notório o fato de que o Poder Público possui verbas de grande vulto destinadas a gastos vinculados a interesses bem menos importantes do que a saúde da população (por exemplo, publicidade, eventos festivos etc), os quais podem e devem ser, se for necessário, redirecionados para a satisfação de direitos essenciais da população.

10. Não se está, ressalte-se, diante de intromissão indevida do Poder Judiciário em esfera de atuação reservada aos demais Poderes, mas, ao contrário, de atuação judicial de natureza prestacional positiva calcada em relevante fundamento constitucional e na omissão ilegal do Poder Público em seu atendimento, sem que este tenha, concretamente, apresentado qualquer fundamento minimamente oponível à sua concretização.

11. No caso presente, a gravidade da condição de saúde da Apelada (portadora de trombofilia geradora de aborto e óbito fetal, encontrando-se, à época, em estado gestacional) e a essencialidade do tratamento medicamentoso por ela necessitado (CLEXANE 40mg), o qual é regulamentado pela ANVISA, servem de base fática suficiente para o direito postulado judicialmente.

12. Ressalte-se, ademais, que o referido tratamento não é de baixo custo (menos de cem reais) e de uso por prazo curto (até trinta dias após o parto), razão pela qual a inércia do Poder Público para sua inclusão na lista de medicamentos do SUS não poder ser óbice à obtenção pela Apelada do tratamento médico adequado à sua situação de risco à saúde. 13. Não provimento da apelação e da remessa oficial. (APELREEX 200985000013488, Desembargador Federal Emiliano Zapata Leitão, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data::28/01/2010 - Página::79.)

ANEXO B

EMENTA: CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. (ADI 1232, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/1998, DJ 01-06-2001 PP-00075 EMENT VOL-02033-01 PP-00095)

ANEXO C

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSOREPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DESAPOSENTAÇÃO E REAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A APOSENTADORIA. CONCESSÃO DE NOVO E POSTERIOR JUBILAMENTO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE.

1. Trata-se de Recursos Especiais com intuito, por parte do INSS, de declarar impossibilidade de renúncia a aposentadoria e, por parte do segurado, de dispensa de devolução de valores recebidos de aposentadoria a que pretende abdicar.

2. A pretensão do segurado consiste em renunciar à aposentadoria concedida para computar período contributivo utilizado, conjuntamente com os salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para a concessão de posterior e nova aposentação.

3. Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubramento. Precedentes do STJ.

4. Ressalva do entendimento pessoal do Relator quanto à necessidade de devolução dos valores para a reaposentação, conforme votos vencidos proferidos no REsp 1.298.391/RS; nos Agravos Regimentais nos REsp 1.321.667/PR, 1.305.351/RS, 1.321.667/PR, 1.323.464/RS, 1.324.193/PR, 1.324.603/RS, 1.325.300/SC, 1.305.738/RS; e no AgRg no AREsp 103.509/PE.

5. No caso concreto, o Tribunal de origem reconheceu o direito à desaposentação, mas condicionou posterior aposentadoria ao ressarcimento dos valores recebidos do benefício anterior, razão por que deve ser afastada a imposição de devolução.

6. Recurso Especial do INSS não provido, e Recurso Especial do segurado provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA Seção do Superior Tribunal de Justiça: "Prosseguindo no julgamento, a Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial do INSS e deu provimento ao recurso especial do segurado, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Eliana Calmon, Arnaldo Esteves Lima e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Sérgio Kukina e Ari Pargendler.

Brasília, 08 de maio de 2013 (data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator

ANEXO D

- A) Contribuição previdenciária: aposentado que retorna à atividade: CF, art. 201, § 4º; L. 8.212/91, art. 12: aplicação à espécie, mutatis mutandis, da decisão plenária da ADIn 3.105, red.p/acórdão Peluso, DJ 18.2.05. **A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social (CF, art. 195); o art. 201, § 4º, da Constituição Federal "remete à lei os casos em que a contribuição repercute nos benefícios.**(RE 437640/RS, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJ 02/03/2007)
- B) RECURSO Extraordinário. Acórdão com dupla fundamentação suficiente. Impugnação de um só dos fundamentos. Subsistência do fundamento infraconstitucional. Preclusão consumada. Não conhecimento. Aplicação da súmula 283. É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. 2. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. **Contribuição previdenciária. Aposentado que retorna ou permanece em atividade. Incidência. Jurisprudência assentada.** Ausência de razões consistentes. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões consistentes, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. (AI-AgR 397.337/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 14/09/2007)
- C) **DECISÃO:** O **presente** recurso extraordinário **revela-se** processualmente inviável, **eis que** se insurge contra acórdão que decidiu a causa em **estrita** conformidade com a orientação jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal **firmou** na matéria em exame.

Com efeito, a colenda **Primeira Turma** desta Suprema Corte, **ao julgar o RE 437.640/RS**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, **fixou** entendimento **que desautoriza** a pretensão de direito material deduzida pela parte ora recorrente:

“Contribuição previdenciária: aposentado que retorna à atividade: CF, art. 201, § 4º; L. 8.212/91, art. 12: aplicação à espécie, ‘mutatis mutandis’, da decisão plenária da ADIn 3.105, red.p/acórdão Peluso, DJ 18.2.05.

A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social (CF, art. 195); o art. 201, § 4º, da Constituição Federal ‘remete à lei os casos em que a contribuição repercute nos benefícios’.”

Cumprе ressaltar, por necessário, que esse entendimento vem sendo observado em sucessivos julgamentos, proferidos no âmbito desta Corte, a propósito de questões essencialmente

idênticas à que ora se examina nesta sede recursal (AI 397.337-AgR/RS, Rel. Min. CEZAR PELUSO – AI 487.075-AgR/RS, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, v.g.).

O exame da presente causa evidencia que o acórdão ora impugnado ajusta-se à diretriz jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou na análise da matéria em referência.

Sendo assim, e considerando as razões expostas, conheço do presente recurso extraordinário, para negar-lhe provimento.

Publique-se.

Brasília, 14 de abril de 2008.

Ministro CELSO DE MELLO
Relator

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 - ABRAMOVITCH, V.; COURTIS, C. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Ed. Trotta, 2002.
- 2 - _____. **Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales**. *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*. <http://www.juragentium.unifi.it/topics/latina/es/courtis.htm>. Acesso em: 10/05/2012.
- 3 - AGUIAR, M. M. S. A efetividade dos direitos sociais e a tutela jurisdicional. **Revista ESMAFE** Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, 2007.
- 4 - ALEXY, R. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- 5 - AMARAL, G. **Direito, escassez & escolhas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 393 a 432.
- 6 - AMARAL, M. L. Justiça constitucional proteção dos direitos fundamentais e segurança jurídica ou que modelo de justiça constitucional melhor protege os direitos fundamentais. **Anuário Português de Direito Constitucional**, Lisboa, 2002.
- 7 - ANDRADE, J. C. V. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2010.
- 8 - ANDRÉ, A. P. **Defesa dos direitos e acesso aos tribunais**. Lisboa: Livros Horizonte, 1980.
- 9 - ARAÚJO, G. F. **Os direitos sociais: uma abordagem sobre o Direito português**. Braga: Scientia Iuridica, 2008.
- 10 - AVILA, H. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 4ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- 11 - BALERA, W. Introdução à seguridade social. In: MONTEIRO, M. L. G. (Coord.) **Introdução ao Direito Previdenciário**, São Paulo: LTr, 1998.
- 12 - BARCELLOS, A. P. **A eficácia jurídica dos princípios fundamentais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- 13 - BARROSO, L. R. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 225:23, jul/set. 2001.
- 14 - _____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Rev Interesse Público**. 2007; 46:31-61. Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/shared/download/falta-efetividade-judicializacao-excessiva.pdf>. Acessado em 18 de junho de 2013.

- 15 - _____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito.** In: QUARESMA, R. **Neoconstitucionalismo.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 51-91.
- 16 - _____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acessado em: 10/05/2012.
- 17 - BEVERIDGE, W. H. **Seguro social y servicios afines:** informe de Lord Beveridge. Título Original: Social insurance and allied services. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.
- 18 - BOBBIO, N. **O positivismo jurídico:** lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone Editora, 2006.
- 19 - BODNAR, Z. A concretização jurisdicional dos direitos previdenciários e sociais no estado contemporâneo. In. LAZZARI, J. & LUGON, L. C. C. **Curso Modular de Direito Previdenciário.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.
- 20 - BOTELHO, C. S. **A tutela directa dos Direitos Fundamentais:** avanços e recuos na dinâmica garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e Internacional. Coimbra: Almedina, 2010.
- 21 - _____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva:** direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em: 10/05/2012.
- 22 - BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional.** 24 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- 23 - CANIVET, G. Activisme judiciaire et prudence interprétative, **Archives de la philosophie du droit**, 2006 (vol. 50), p. 7-32.
- 24 - CANOTILHO, J. J. G. Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais. **BFDUC**, Coimbra, 1991, nº especial de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia.
- 25 - _____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.
- 26 - _____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição,** 7ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2003.
- 27 - _____. **Estudos sobre direitos fundamentais.** 1ª ed. brasileira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- 28 - CAPPELLETTI, M. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1984.

- 29 – CARBONELL, M. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editora Trotta, 2011.
- 30 - CESAR DE SOUZA, A. As cortes de Warren e Rehnquist: Judicial Activism ou Judicial Self-Restraint. **Revista dos Tribunais**, n. 874, agosto/2008, São Paulo, p.23.
- 31 - CINTRA, A.; GRINOVER, A.P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 19ª ed., 2003.
- 32 - COLE, C. D. Interpretação Constitucional: dois séculos de reflexão. Tradução de Rui Cascaldi. **Revista de Direito Público**, n. 90, v. 22, 1989, p.21-49.
- 33 - CORREIA, M. O. G. Interpretação do direito de segurança social. In: ROCHA, D. M. & SAVARIS, J. A. (Coord). **Curso de especialização em Direito Previdenciário**. v. 01, 1ª ed. 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2006.
- 34 - _____. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, 2004.
- 35 - COSTA, S. **O Apoio Judiciário**. Coimbra: Almedina, 2008.
- 36 - CUNHA, P. F. Para uma Ética Constitucional: Dos Valores e das Virtudes no Estado Constitucional. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, VIII (2008): 51-69.
- 37 - DALLARI, S. G. O conteúdo do direito à saúde. In: COSTA, A. B. et. al. **O Direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde**. Brasília: CEAD/UnB, 2008, p. 91 a 101.
- 38 - DAVID, R. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2ª ed. São Paulo: Martins fontes, 1993.
- 39 - DIAS, M. J. **Os custos da justiça suportados pelas partes: o acesso à justiça e o custo da verdade**. Coimbra: Almedina, 2003.
- 40 - DIMOULIS, D. **Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico- político**. São Paulo: Método, 2006.
- 41 - _____. Anotações sobre “Neoconstitucionalismo” (e sua crítica). **Artigos (working papers) DIREITO GV**. São Paulo: DIREITO GV, n. 17, mar. 2008.
- 42 - DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2000.
- 43 - DRAIBE, S. **As políticas sociais e o neoliberalismo**. Revista USP. Dossiê liberalismo/neoliberalismo, n. 17, mar./abr./maio 1993.
- 44 - DUARTE, R. P. **Garantia de Acesso à Justiça - os Direitos Processuais Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- 45 - DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

- 46 - _____. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- 47 - _____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- 48 - FERREJOHN, J. Judicializing Politics, Politicizing Law. **Law and Contemporary Problems**, p. 41-68 (Summer 2002). Disponível em <http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol65/iss3/3>. Acessado em 09 de junho de 2013
- 49 - FERRAZ, A. C. C. **Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986.
- FERREIRA DA CUNHA, P. **Direito Constitucional Geral**. São Paulo: Quid Juris Editora, 2006.
- 50 - _____. **Filosofia do Direito**. Coimbra: Almedina, 2006.
- 51 - _____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: QUARESMA, R. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.
- 52 - _____. **Traité de Droit Constitutionnel: constitution universelle et mondialisation des valeurs fondamentales**. Paris: Buenos Books internacional, 2010.
- 53 - FERRAZ JR., T. S. **Jhering e o Direito no Brasil** – Seminário Nacional em Comemoração ao Centenário de seu Falecimento. Recife: Universitária, 1996, pp. 211- 226.
- 54 - FERREIRA FILHO, M. G. O papel político do Judiciário na ordem constitucional vigente. **Revista do Advogado**. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, 99: 86-91, set. 2008.
- 55 - FIGUEIREDO, A. M. S. Acesso à justiça: uma visão sócio-econômica. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, Março, 2002.
- 56 - FOUCAULT, M. A política de saúde no século XVIII. In: **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1979.
- 57 - FRANCISCO, J. C. (Neo)constitucionalismo na pós-modernidade: Princípios Fundamentais e Justiça Pluralista, in: **Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional: do Passivismo ao Ativismo Judicial**, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012.
- 58 - GARAPON, A. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- 59 - GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 88: interpretação e crítica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- 60 - GRECO, M. A.; GODOI, M. S. (Coord.). **Solidariedade Social e Tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

- 61 - GRIMM, D. Judicial Activism. In: BADINTER, R. & BREYER, S. **Judges in Contemporary Democracy** – an international conversation. New York: University Press, 2004.
- 62 - HABERLE, P. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1997.
- 63 - HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre a facticidade e falidade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.
- 64 - HECK, P. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. São Paulo: Saraiva, 1947.
- 65 - HOBBS, T. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes Editora, 2008.
- 66 - IHERING, R. von. **O espírito do direito romano**. Rio de Janeiro: Alba, 1943.
- 67 - KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- 68 - LARENZ, K. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.
- 69 - LOPES, J. R. L. Direitos Humanos e Tratamento Igualitário. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, nº 42, São Paulo, Fev. 2000.
- 70 - _____. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social do Direito. In: FARIA, J. E. (Org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. 1 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2002. p 113-143.
- 71 - _____. **Direitos sociais**: teoria e prática. 1ª ed. São Paulo: Editora Método, 2006.
- 72 - LOPEZ, M. S. Interpretacion jurídica y uso alternativo del derecho, **Travessias**, n. 1, julio-diciembre, 1996, p.40.
- 73 - MARQUES DE LIMA, F. G. **O STF na crise institucional brasileira**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009.
- 74 - MARQUES, R. M.; BATICH, M.; MENDES, Á. **Previdência Social Brasileira: um balanço da reforma**. In: São Paulo em Perspectiva, São Paulo, jan./mar. 2003
- 75 - MARSHALL, W. P. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism (September 2002). **University of Colorado Law Review**, Vol. 73, 2002. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=330266> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.330266>. Acessado em 12 de maio de 2013.
- 76 - MENDES, G. F. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva. 2005.
- 77 - MORAES, C. B. **Justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

- 78 - MOREIRA, I. **A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais na Constituição Portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2007.
- 79 - MORO, S. F. O judiciário e os direitos sociais fundamentais. In: ROCHA, D. M. & SAVARIS, J. A. (Coord.). **Curso de especialização em Direito Previdenciário**. V. 01, 1ª ed. 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2006.
- 80 - NABAIS, J. C. Os direitos fundamentais na jurisprudência do TC, acesso ao direito e aos tribunais. LIVRO. **Estudos sobre a jurisprudência do TC**. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1993.
- 81 - _____. **Por uma liberdade com responsabilidade. Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- 82 - NEVES, C. N. A redução política do pensamento metodológico-jurídico. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Queiroz, **Boletim da Faculdade de Direito**, número especial, Coimbra, 1993, p.401.
- 83 - NOVAIS, J. R. O Tribunal Constitucional e os direitos sociais: o direito à segurança social. **Jurisprudência Constitucional**. Lisboa. Abril – Junho, 2005.
- 84 - OLIVEIRA, M. S. C. Fragmentos de discursos construídos a várias vozes: notas sobre democracia, participação social e Conselho de Saúde. In: COSTA, A. B. et. al. (Orgs.) **O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde**. Brasília: CEAD/UnB, 2008.
- 85 - PALMA, M. F. Constitucionalidade e justiça: novos desafios para a justiça constitucional. **Themis Revista da Faculdade de Direito da UNL**, Lisboa, 2000.
- 86 - PÉREZ, J. G. **El derecho a la tutela jurisdiccional**. Madrid: EDITORA, 1989.
- 87 - PIERDONÁ, Z. L. Previdência social. In: DIMOULIS, D. (Coord.). **Dicionário brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- 88 - _____. A Proteção Social na Constituição de 1988. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, v. 1, n. 1, Junho 2008. São Paulo: Habilis, 2008, p. 237-254. http://www.reid.org.br/arquivos/00000028-001_Zelia.pdf. Acesso em: 10/05/2012.
- 89 - POSNER, R. **Economic Analysis of Law**. New York: Aspen, 2003.
- 90 - PULINO, D. **A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro**. São Paulo: Ltr, 2001.
- 91 - QUEIROZ, C. **Direitos Fundamentais Sociais**. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- 92 - RAMOS, E. S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- 93 - REALE, M. **Filosofia do Direito**. 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

- 94 - SANCHÍS, L. P. **Constitucionalismo y positivismo**. México/DF: Fontamara, 1997.
- 95 - SANTOS, A. M. S. P. Reformas do Estado, descentralização e políticas de saúde: uma análise comparada entre Argentina, Brasil, Colômbia e México. **Ensaio FEE**, Porto Alegre, v. 28, n. 2, 525-548, out. 2007
- 96 - SARLET, I. W. _____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: SARLET, I. W. (org.) **O direito público em tempos de crise: estudo em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 129-173.
<http://www.direitopublico.com.br/pdf/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf>. Acesso em: 10/05/2012
- 97 - _____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001a.
- 98 - _____. O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental a propriedade. **Revista de Direito Social**. Sapucaia do Sul: Notadez, n. 03, 2001b, p. 28-45.
- 99 - _____. (org.) **Direitos fundamentais sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- 100 - _____. Neoconstitucionalismo e Influência dos direitos Fundamentais no Direito Privado: uma visão panorâmica sobre o caso brasileiro. In: QUARESMA, R. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 587-613.
- 101 - SARMENTO, D. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade. In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, ano 1, n. 1, jan/mar 2007, Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- 102 - SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- 103 - SIMIONATTO, I.; LUZA, E. Estado e sociedade civil em tempos de contrarreforma: lógica perversa para as políticas sociais. **Textos & Contextos**, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 215-226, ago./dez. 2011.
- 104 - STRECK, L. L. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. In: SARLET, I. W. (org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 169 a 213.
- 105 - _____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- 106 - SUNSTEIN, **Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America**. United States: Basic Books, 2005

107 - TORRES, R. L. A metamorfose dos Direitos Sociais em mínimo existencial. In: UGATTI, U. D. **Princípio constitucional da contrapartida na seguridade social**. São Paulo: Ltr, 2003.

108 - VALLE, V. R. L. (org.). **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009.

109 - VIANNA, L. W. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

110 - WEICHERT, M. A. **Saúde e federação na Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

111 - _____. Fundação estatal no serviço público de saúde: inconsistências e inconstitucionalidades. **Rev. Direito Sanit.**, São Paulo, v. 10, n. 1, jul. 2009 . Disponível em http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-41792009000100006&lng=pt&nrm=iso . Acesso em: 10 de maio 2012.

112 - ZAFFARONI, E. R. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.