PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

FERNANDA SOUZA HUTZLER

O ATIVISMO JUDICIAL E SEUS REFLEXOS NA
SEGURIDADE SOCIAL

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo-SP
2017

FERNANDA SOUZA HUTZLER

**O ATIVISMO JUDICIAL E SEUS REFLEXOS NA
SEGURIDADE SOCIAL**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, na área de concentração de Direito Previdenciário, sob a orientação do Professor Doutor Ionas Deda Gonçalves.

**São Paulo-SP
2017**

BANCA EXAMINADORA

PARA ARTHUR, CAROLINA E GUILHERME

Ao meu marido Arthur e a meus filhos Carolina e Guilherme,
como reconhecimento ao apoio e ao amor incondicional

RESUMO

HUTZLER, Fernanda Souza. **O Ativismo Judicial e seus reflexos na Seguridade Social.** Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

O tema ativismo judicial recentemente tem despertado a atenção dos aplicadores do direito. A primeira parte deste presente trabalho tem por objetivo mostrar um quadro geral sobre a questão do protagonismo judicial atual, partindo-se de um breve histórico sobre as mais influentes escolas das “Teorias sobre o Direito”, com ênfase no positivismo e no pós-positivismo, até se chegar à Constituição Federal de 1988 e ao neoconstitucionalismo. Ainda, trata da distinção entre os sistemas do *common law* e do *civil law*, bem como da aproximação entre os dois sistemas no Brasil. Na segunda parte, trata dos diversos conceitos de ativismo judicial encontrado na doutrina, optando-se por adotar um conceito multidimensional e estabelecendo-se os parâmetros e controles previstos no ordenamento, além de esclarecer a sua diferença com os temas da judicialização e a autocontenção judicial. Na terceira parte do trabalho, passa-se a demonstrar que o ativismo é uma tendência mundial no direito comparado, citando-se a título de exemplo, como tem se comportado o movimento nos Estados Unidos da América, na Alemanha, na Itália, na Espanha e na Colômbia, apontando-se os pontos em comum com o direito brasileiro. Na sua quarta parte, propõe-se a traçar um percurso de aplicação do ativismo judicial no âmbito do direito da seguridade social, procurando-se tratar dos princípios constitucionais da seguridade social como limitadores do ativismo judicial. Finaliza trazendo decisões e questões polêmicas (precedentes) analisadas pelo Poder Judiciário, em matéria de seguridade social, onde, em alguns casos o ativismo judicial foi aplicado para a concretização dos direitos fundamentais sociais e para sanar omissões dos poderes legislativo e executivo na efetivação de políticas públicas, porém, em outros, sob o manto do princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade, os ditames da lei foram ultrapassados, revelando assim, oscilações do Poder Judiciário na aplicação do direito securitário.

Palavras Chave: *Ativismo Judicial. Positivismo. Pós-Positivismo. Princípios. Neoconstitucionalismo. Judicialização. Autocontenção Judicial. Direitos Fundamentais Sociais. Seguridade Social.*

ABSTRACT

HUTZLER, Fernanda Souza. **Judicial Activism and its repercussions on Social Security.**

Master Degree Thesis. São Paulo: Faculty of Law, Pontifícia Catholic University of São Paulo, 2017.

The theme of judicial activism has recently attracted the attention of law enforcers. The first part of this work aims to show a general framework on the issue of current judicial protagonism, starting with a brief history on the most influential schools of "Law Theories", with emphasis on positivism and post-positivism, until the Federal Constitution of 1988 and neo-constitutionalism. It also deals with the distinction between the *common law* and *civil law* systems, as well as the approximation between the two systems in Brazil. In the second part, it deals with the various concepts of judicial activism found in the doctrine, opting to adopt a multidimensional concept and establishing the parameters and controls foreseen in the ordination, and to clarify their difference with the themes of the Judicialisation and the judicial self-restraint. In the third part of the work, it is demonstrated that activism is a worldwide trend in comparative law, citing as an example, as the movement in the United States of America, Germany, Italy, Spain and Colombia, pointing out the points in common with Brazilian law. In its fourth part, it proposes to outline a course of application of judicial activism in the framework of Social Security law, seeking to deal with the constitutional principles of social security as a limiting of judicial activism. It concludes by bringing controversial decisions and issues (precedents) analyzed by the Judiciary, in matters of social security, where, in some cases, judicial activism has been applied to the achievement of fundamental social rights and to remedy omissions of the powers Legislative and Executive in the effect of public policies, however, in others, under the mantle of the principle of human dignity and equality, the dictates of the law have been overcome, thereby revealing, oscillations of the Judiciary in the application of the law insurance.

Keywords: *Judicial Activism. Positivism. Post-Positivism. Principles. Neo-Constitutionalism. Judicialization. Self-Restraint Judicial. Fundamental Social Rights. Social Security.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1: HISTÓRICO SOBRE AS TEORIAS DO DIREITO	15
1.1. BREVE RESUMO SOBRE AS PRINCIPAIS ESCOLAS DAS “TEORIAS SOBRE O DIREITO”	15
1.1.1. Jusnaturalismo	15
1.1.2. Escola da Exegese	18
1.1.3. Historicismo	20
1.1.4. Realismo Jurídico	22
1.1.5. Positivismo	25
1.1.6. Pós-Positivismo	28
1.2. DA TRANSIÇÃO DA TEORIA DO POSITIVISMO PARA A TEORIA DO PÓS-POSITIVISMO	32
1.3. APLICAÇÃO DOS SISTEMAS DO <i>COMMON LAW</i> E DO <i>CIVIL LAW</i> NO DIREITO COMPARADO E A APROXIMAÇÃO DOS SISTEMAS	35
1.4. O NEOCONSTITUCIONALISMO E AS ESPÉCIES NORMATIVAS: VALORES, PRINCÍPIOS E NORMAS	40
1.5. CONSTITUCIONALISMO PRINCIPALISTA (NEOCONSTITUCIONALISMO)	46
1.6. CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E A MUDANÇA DE PARADIGMA – PROTAGONISMO DO JUDICIÁRIO	52
CAPÍTULO 2: O ATIVISMO JUDICIAL	61
2.1. O CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL	61
2.2. O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO	72
2.3. O ATIVISMO JUDICIAL E A AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL	77

VIII

- 2.4. O ATIVISMO JUDICIAL COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....81**
- 2.5. O ATIVISMO JUDICIAL COMO HERMENÊUTICA DE ENFRENTAMENTO DA OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO E EXECUTIVO87**

CAPÍTULO 3: ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO COMPARADO.... 91

- 3.1. ATIVISMO JUDICIAL NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA92**
- 3.2. ATIVISMO JUDICIAL NA ALEMANHA.....95**
- 3.3. ATIVISMO JUDICIAL NA ITÁLIA.....98**
- 3.4. ATIVISMO JUDICIAL NA ESPANHA100**
- 3.5. ATIVISMO JUDICIAL NA COLÔMBIA.....102**

CAPÍTULO 4: O ATIVISMO JUDICIAL E OS DIREITOS DE SEGURIDADE SOCIAL..... 105

- 4.1. O SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....105**
- 4.2. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE SEGURIDADE SOCIAL COMO LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL110**
- 4.2.1. Universalidade da cobertura e do atendimento 112**
- 4.2.2. Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais..... 115**
- 4.2.3. Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços 116**
- 4.2.4. Irredutibilidade do valor dos benefícios 119**
- 4.2.5. Equidade na forma de participação no custeio 121**
- 4.2.6. Diversidade da base de financiamento 123**
- 4.2.7. Caráter democrático e descentralizado da gestão do sistema..... 124**
- 4.2.8. Solidariedade 126**
- 4.2.9. Regra da contrapartida 129**

4.3. A MÁXIMA EFETIVIDADE, A RESERVA DO POSSÍVEL E A PROGRAMATICIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DE PRESTAÇÃO ESTATAL.....	131
4.4. A FALTA DE UNIFORMIDADE NA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS DE SEGURIDADE SOCIAL.....	134
4.5. ANÁLISE DE CASOS EM MATÉRIA DE SEGURIDADE SOCIAL.....	140
4.5.1. Análise de Casos: Previdência Social	141
4.5.1.1. Fator Previdenciário	141
4.5.1.2. Desaposentação	145
4.5.1.3. Reafirmação da DER (alteração da data da entrada do requerimento administrativo)	151
4.5.1.4. Devolução de valores recebido em razão de antecipação de tutela posteriormente revogada	154
4.5.1.5. Reconhecimento previdenciário do período laborativo rural anterior aos 14 anos de idade	159
4.5.1.6. Extensão do adicional de 25% para outras aposentadorias diversos da aposentadoria por invalidez.....	162
4.5.1.7. A aplicação retroativa da Lei nº 9.032/95 para majorar a renda mensal do benefício de Pensão por Morte.	166
4.5.1.8. União Homoafetiva para fins de concessão de benefícios previdenciários.....	169
4.5.1.9. Pensão por Morte ao menor sob guarda	174
4.5.1.10. Pensão por morte a madrasta/padrasto	178
4.5.1.11. Pensão por Morte para o marido (não inválido) entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a entrada em vigor da Lei 8.213/91	180
4.5.1.12. Pensão por Morte a beneficiário estudante universitário maior de 21 anos	183
4.5.1.13. Pensão por Morte desdobrada entre esposa e concubina de longa duração (possibilidade de concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários)	185
4.5.1.14. Prorrogação do salário maternidade para além de 120 dias em caso de nascimento prematuro:	188
4.5.1.15. Aposentadoria por Idade Híbrida ou Mista	194
4.5.1.16. Utilização de Equipamento de Proteção Individual (EPI) eficaz e agente nocivo ruído	197
4.5.1.17. Cumulação de auxílio-acidente e aposentadoria	201
4.5.2. Análise de casos: Assistência Social.....	205
4.5.2.1. Critério legal da renda <i>per capita</i> para concessão do benefício assistencial – LOAS	205
4.5.2.2. Concessão de benefício assistencial a estrangeiros residentes no Brasil.....	212
4.5.3. Análise de casos: Saúde Pública	215
4.5.3.1. Fornecimento de Medicamento: a pílula do câncer (fosfoetanolamina)	215

X

4.5.3.2. Acesso a medicamentos de alto custo não disponíveis na lista do SUS ou não
registrado na ANVISA 219

CONCLUSÃO 224

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:..... 235

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo trazer ao debate a aplicação do fenômeno que convencionou-se chamar de ativismo judicial e seus limites, especialmente no âmbito do direito de seguridade social, que sofreu impressionante expansão nas últimas décadas no Brasil.

Para tanto, o 1º Capítulo inicia-se fazendo um recorte metodológico discorrendo-se resumidamente sobre as mais influentes escolas das “teorias sobre o direito”, citando-se as seis teorias que reputa-se mais importantes, como o jusnaturalismo, a escola da exegese, o historicismo, o realismo jurídico, o positivismo e o pós-positivismo.

Na sequência, passa-se a estabelecer as diferenças entre os conceitos de princípios, valores e regras. Posteriormente, passa-se a tratar da chamada “Teoria dos Princípios”, desde a primeira fase jusnaturalista, passando pela fase juspositivista e ao final, a fase pos-positivista.

Em seguida, destaca-se a distinção entre os sistemas do *common law* e do *civil law*, bem como da aproximação entre os dois sistemas no Brasil até se chegar ao chamado ativismo judicial.

Objetiva também demonstrar a utilidade e viabilidade de uma nova compreensão do constitucionalismo (neoconstitucionalismo) e de técnicas de interpretação que se servem de princípios fundamentais sociais para produzir soluções justas e adequadas para cada caso concreto, com o fortalecimento dos valores refletidos em princípios fundamentais positivados.

Ressalta-se que a partir da Constituição Federal de 1988 o Poder Judiciário passou a assumir posição de destaque na estrutura dos poderes estatais, propiciando o ativismo marcado pela maior participação dos juízes na criação do Direito, em oposição ao passivismo judicial (caracterizado pelo juiz “boca da lei” e pela aplicação mecanicista do ordenamento).

Esclarece-se que partir de então, o Poder Judiciário elevou o padrão de interação com os Poderes Executivo e Legislativo, passando a não ser mais um simples coadjuvante, mas sim, participante ativo na formulação de políticas públicas e na condução do processo democrático brasileiro.

No 2º Capítulo, procura-se trazer a conceituação de ativismo judicial encontrada na doutrina, porém, diante da nebulosidade do conceito e da complexidade do fenômeno, acaba-se por concluir por uma definição multidimensional, ampla e aberta do termo ativismo judicial.

Posteriormente, passa-se a fazer a diferenciação entre a judicialização, o ativismo judicial e a autocontenção judicial, para depois, passar a tratar do posicionamento favorável e contrário ao ativismo judicial e a sua concretização no que trata dos direitos fundamentais sociais e na concretização de políticas públicas, em caso de omissão dos poderes legislativo e executivo.

No 3º Capítulo, o trabalho passa a tratar do direito comparado, demonstrando que o ativismo judicial é um movimento mundial, que se desenvolve na atualidade tanto nos países em que o direito tem origem anglo-saxã, quanto nos países de origem romano-germânica.

Para tanto, apresenta-se exemplos de como o ativismo vem se desenvolvendo em países influentes, como os Estados Unidos da América (por seu o país mais importante, no que se refere ao tema aqui tratado), a Alemanha, a Itália, a Espanha (os três representantes europeus, com ruptura com seu passado totalitário e com papel histórico desempenhado pelas suas cortes constitucionais) e a Colômbia (pela proximidade geográfica e histórico-social com o Brasil).

Por fim, o 4º Capítulo trás o ativismo judicial aplicado especificamente no âmbito a seguridade social (previdência social, assistência social e saúde), que por revelar direito fundamental social típico, apresenta maior abertura para a complementação legislativa, além de permitir mecanismos em que se busque a efetivação dos direitos fundamentais, na sua integralidade, por qualquer dos poderes da República.

Ainda, trata dos princípios constitucionais da seguridade social como limitadores ao ativismo judicial, buscando a ideia da máxima efetividade, da reserva do possível e da programaticidade dos direitos sociais de prestação estatal.

Na mesma linha, passa-se a debater a efetividade do ativismo judicial em matéria de seguridade social e a nova tendência das jurisprudências dos Tribunais Superiores, trazendo para a interpretação do caso concreto a análise dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais sociais, no âmbito da seguridade social.

Finaliza-se trazendo análise de casos (de precedentes), do dia a dia do Poder Judiciário, em matéria de seguridade social (previdência, assistência e saúde), onde o ativismo judicial foi aplicado de forma excepcional e residualmente, para a concretização dos direitos fundamentais sociais, como também foi aplicado no caso de omissão legislativa para execução e implementação de políticas públicas, de cunho prestacional social. De outro lado, também há exemplos de casos de criação de direitos não previstos no ordenamento jurídico, onde o Judiciário atuou contramajoritariamente como legislador paralelo, ferindo o princípio da separação dos poderes.

Por fim, como exemplo dos casos práticos trazidos à debate tem-se no que se refere a previdência social: a aplicação do fator previdenciário; a desaposentação; a reafirmação da DER; a devolução de benefício previdenciário recebido de boa-fé em razão de antecipação de tutela; o reconhecimento previdenciário do período laborativo rural anterior aos 14 anos de idade; extensão do adicional de 25% para outras aposentadorias diversas da aposentadoria por invalidez; a aplicação retroativa da Lei 9.032 para majorar a renda mensal do benefício de pensão por morte; a união homoafetiva para fins de concessão de benefício previdenciário; pensão por morte ao menor sob guarda; pensão por morte a madrasta; pensão por morte para marido não inválido entre a Constituição Federal de 88 e a Lei 8213 de 1991; pensão por morte a estudante universitário maior de 21 anos; pensão por morte desdobrada entre esposa e concubina de longa duração; prorrogação do salário maternidade em caso de nascimento prematuro; aposentadoria por idade híbrida ou mista; utilização de EPI eficaz e agente nocivo ruído; cumulação de auxílio acidente e aposentadoria. No que se refere a assistência social: a aplicação da renda *per capita* de $\frac{1}{4}$ ou de $\frac{1}{2}$ salário mínimo como critério de enquadramento do benefício assistencial (LOAS) e a concessão de benefício assistencial a estrangeiros residentes no Brasil. E no que se refere a saúde: fornecimento de medicamento – pílula do câncer (fosfoetanolamina) e o acesso a medicamentos de alto custo não disponíveis na lista do SUS ou não registrados na ANVISA.

Conclui-se, ao final, que o ativismo judicial em matéria de seguridade social, se apresenta muito mais latente nas decisões de primeira e segunda instância, do que propriamente, nas decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, que como se verá, na maioria dos casos apresentados, tem agido em contenção judicial, mantendo incólume a aplicação da norma

jurídica editada pelo Poder Legislativo, só agindo de forma ativista, na defesa de direitos fundamentais de minorias, para garantir o mínimo existencial ou para sanar omissões quanto a concretização de políticas públicas sociais.

CAPÍTULO 1: HISTÓRICO SOBRE AS TEORIAS DO DIREITO

1.1. Breve resumo sobre as principais escolas das “Teorias sobre o Direito”

Até o final do século XX várias teorias voltaram-se à realidade jurídica, explicando, sob diferentes enfoques, as “teorias sobre o direito”, os quais acabaram por influenciar substancialmente as concepções mais modernas. Dentre elas, cito seis como algumas das mais influentes: (a) jusnaturalismo; (b) escola da exegese; (c) historicismo; (d) realismo jurídico; (e) positivismo; e (f) pós-positivismo.

Passo a analisar, resumidamente, sem aprofundamento, visto que não é a intenção deste trabalho, as propostas de cada uma delas.

1.1.1. Jusnaturalismo

O jusnaturalismo é a Escola mais antiga e, na sua concepção, o direito é uma ordem de princípios eternos e imutáveis cuja existência é imanente à própria natureza humana. Há um direito natural anterior ao conjunto de leis postas e aprovadas pelo Estado. A ordem é um pressuposto da justiça e, portanto, é natural que se busque mantê-la.

Na busca de criar essa ordem justa, devemos observar o direito natural, que é o conjunto dos princípios justos por natureza. As promessas devem ser mantidas. Deve-se dar a cada um o que é seu, o que significa, entre outras coisas, que as propriedades de cada um deverão ser respeitadas e que os crimes deverão ser punidos de maneira proporcional. Quem causar prejuízo a outras pessoas deverá repará-lo. Tudo isso é justo por natureza e é assim em todas as partes e em todos os tempos. Portanto, esses princípios fazem parte do direito natural, que pode ser resumido na máxima: faz o bem e evita os males.

Todavia, para a garantia da justa convivência humana, a observância do direito natural é necessária, mas não suficiente. Matar alguém é contrário ao direito natural, mas este não estabelece quais são as penas que deverão ser aplicadas aos homicidas. Descumprir uma promessa é injusto por natureza, mas o direito natural não oferece critérios adequados sobre como, onde e quando as obrigações devem ser cumpridas. Por tudo isso, é preciso que o homem complemente o direito natural com disposições adequadas à sua cultura e ao seu tempo. O direito positivo, assim criado, é fruto da vontade do soberano, que impõe seus comandos na

tentativa de garantir às relações interpessoais a ordem e a estabilidade necessárias para a construção de uma sociedade justa. Dessa forma, a vontade do soberano contribui para a efetivação da justiça, de tal forma que ela deve ser observada sempre que não colidir com os mandamentos do direito natural.

O conceito de “ordem natural” alterou-se substancialmente, acompanhando as modificações filosóficas do transcorrer histórico, de modo que podemos identificar três fases do Jusnaturalismo; (i) clássico; (ii) medieval; (iii) moderno.

(i) O jusnaturalismo clássico, no mundo antigo (grego e romano), está presente a concepção de que existem certos princípios universalmente válidos, que formam o direito natural: um direito cuja validade não depende de nenhuma convenção social, mas que decorre da própria natureza das coisas. Além disso, defende que não podem ser consideradas jurídicas as normas que contradizem esses princípios universais de moralidade e justiça, ou seja, que o direito natural deve prevalecer sobre o direito positivo. Considera também que, na medida em que o homem conhece a natureza, ele pode extrair dela princípios gerais de comportamento, cuja validade deve ser reconhecida por toda e qualquer organização social. Exemplos típicos são as regras segundo as quais os pais devem cuidar dos filhos, as penas devem ser proporcionais aos delitos, os pactos devem ser cumpridos ou quem causa prejuízo a outrem deve indenizar a pessoa lesada. Seus principais representantes são Sócrates, Platão e Aristóteles (representantes do pensamento grego) e Marco Túlio Cícero e Lúcio Anneo Sêneca (representantes do pensamento romano). Para Sócrates a paixão deve ser dominada pela razão. O cidadão é chamado a livre participação no processo de formação da vontade estatal. O pensamento socrático inspirou o platônico. Platão explica a organização social, permitindo a construção do direito natural ideal, desvinculado da religião. Platão aduz que é a lei que deve governar, não os homens (na obra “As Leis”). Aristóteles, por sua vez, no livro “Ética a Nicômaco” desenvolveu que as ações são os indicadores da potência. O homem é um animal político e por natureza é destinado a formar comunidades estatais, é uma necessidade a qual interfere na sua condição de sobrevivência. Para Aristóteles, justiça é agir de acordo com a lei. A seguinte frase de Aristóteles representa o ponto principal do jusnaturalismo: *"assim como fogo que queima em todas as partes, o homem é natural como a natureza e, por isso, todos têm direito à defesa"* (Shellens, "Aristotle on Natural Law," 75–81).

(ii) No jusnaturalismo medieval (ou divino), a ordem natural deixa de ser o modo próprio das coisas para ser a vontade divina. Misturam-se o conceito de direito com o de justiça divina. Consideravam-se regras dessa natureza aquelas impostas pela própria divindade, tais como os

dez mandamentos que, segundo a Bíblia, Deus revelou a Moisés. Esses mandamentos eram considerados obrigatórios devido à sua origem divina e, por isso, eles não poderiam ser modificados pelos homens. Essas ideias adquiriram um alto grau de refinamento na alta Idade Média, quando São Tomás de Aquino propôs a diferença entre lei eterna (a própria razão do Deus católico), lei natural (parcela da razão divina que o homem poderia conhecer a partir da sua própria racionalidade), lei divina (a verdade revelada nas escrituras) e lei humana (estabelecida convencionalmente). Entre essas categorias havia uma diferença de hierarquia. No topo a lei eterna, perfeita e imutável, seguida das leis naturais e divinas e, em último lugar, a lei humana (a mais imperfeita de todas), que se deveria mirar nas leis naturais e divinas e nunca poderia transgredi-las. Seus principais representantes são São Tomás de Aquino e Santo Agostinho.

(iii) E no jusnaturalismo moderno, que pode ser dividido em contratual e racional. A ordem natural não se encontra na essência do convívio social ou na vontade divina. O jusnaturalismo contratual se opõe ao jusnaturalismo divino, na medida que afirma que o homem tende a se auto-preservar, razão pela qual faz um contrato com o soberano, abrindo mão de parte de sua liberdade e dos direitos individuais, para que o soberano possa preservar e dar segurança à sociedade, garantindo uma convivência organizada e segura.

No jusnaturalismo racional é o homem que ordena as coisas por meio da razão e assim o faz com a sociedade. O direito passa a ser visto como uma ordem racional, ou seja, o que a razão humana entende como justo. A partir do renascimento cultural, as ideias teológicas tiveram sua importância gradualmente reduzida e o ideal de racionalidade tornou-se cada vez mais importante. Na cultura europeia, a razão substituiu a fé como valor fundamental, estimulando o desenvolvimento de linhas filosóficas racionalistas, que culminaram no Iluminismo do século XVIII. Nesse meio tempo, houve um período de transição, no qual se combinavam as exigências da razão, mas ainda não haviam sido abandonadas as referências à teologia. Na opinião de Hobbes, a única maneira de o direito natural prevalecer seria por meio da submissão de todos às ordens do soberano. Os principais representantes do jusnaturalismo contratual são Rousseau, Hobbes e Locke e do jusnaturalismo racional de Kant.

1.1.2. Escola da Exegese

A Escola da Exegese surgiu no início do século XIX em meio ao caos político e social da França revolucionária (Revolução Francesa). Nessa época, as diversas trocas de governo no Estado Francês, principalmente durante o período do Terror, provocaram uma grande desordem no ordenamento jurídico deste país, o que causava grandes prejuízos aos negócios da classe social mais favorecida pela Revolução: a burguesia.

Contudo, com a ascensão de Napoleão Bonaparte ao poder, a burguesia patrocinou a criação de um Código Civil que consolidou as conquistas burguesas da Revolução e que trouxe ordem e segurança ao ordenamento jurídico francês. Nascia, assim, o Código Napoleônico.

Calvo Garcia defende que foi a partir do Código Civil francês que a moderna ciência do direito se desenvolveu definitivamente com objeto de estudo próprio e campo de observação demarcado.¹ Se antes, o estudo do direito estava, em parte, voltado para antigas tradições e costumes, a partir do mencionado *Code* foi desenvolvida uma técnica própria de interpretação de leis, com características tão marcantes que obteve o epíteto de “*école de l'exégese*”. Giovanni Tarello conta que a citada denominação foi posta em circulação pelo jurista francês Julien Bonnacase que, ao usar essa expressão, tinha a intenção de criticar a escola.² Apesar disso, como se sabe, o cognome dado acabou consolidando-se no vocabulário jurídico.

O Código Napoleônico foi o *codex* de leis mais sistematizado já produzido e influenciou a criação de outros códigos similares em outros países. Ele e as correntes hermenêuticas surgidas a partir dele foram tão importantes que influenciaram profundamente o direito da primeira metade do século XIX, somente vindo decair em popularidade entre os jusconsultos a partir do final daquele século. Com o uso do racionalismo, muito em voga devido à influência profunda do Iluminismo na França pós-revolucionária, os integrantes da Escola da Exegese afirmaram que o Código Civil francês seria fruto da razão e, por isso, esse *codex* possuiria as mesmas características desta, ou seja, ele deveria ser universal, rígido e atemporal.

¹ Calvo Garcia, a esse respeito, averba: “O código é uma objetivação histórica que os juristas recebem como algo dado, que vai ser suscetível de converter-se no objeto científico do conhecimento jurídico. A codificação determina que a ciência jurídica se converta definitivamente em *ciência do direito positivo*. A partir desse fenômeno, a ciência jurídica deixa de ser uma ciência criadora e passa a ser uma ciência reelaboradora, que faz do texto da lei seu objeto científico específico”. (*Los fundamentos del método jurídico: una revision crítica*, p. 93)

² BONNECASE, Julien. Cf. *La scuola dell'esegesi. Cultura giuridica e politica del diritto*, p. 71.

Os defensores da Escola da Exegese não aceitavam a existência de lacunas na lei, pois, por ser fruto da razão, ela alcançaria todo o ordenamento jurídico. Os pilares da Escola da Exegese são: a Teoria da Plenitude da Lei e o destaque dado à vontade do legislador.

A Escola da Exegese sustentava que o jurista deveria: tomar o texto legal como uma proposição e procurava desdobrá-lo em todas as suas implicações, obedecendo às regras da lógica. Caso a interpretação da lei, ainda assim, continuasse confusa, o jurista deveria fazer uma pesquisa da vontade do legislador. Esta seria feita por meio da leitura das exposições de motivos da lei, da análise das discussões parlamentares e, até mesmo, do estudo dos costumes e das tradições existentes na época da criação da lei. Outra base teórica para a ênfase dada à vontade do legislador era a importância cedida ao princípio da separação de poderes, pois, para os defensores da Escola da Exegese, o intérprete da lei não poderia usar outro tipo de interpretação a não ser a lógico-gramatical, visto que, caso o jurista utilizasse outro sistema interpretativo, ele estaria legislando indiretamente e, desse modo, adentrando a um domínio que pertenceria ao poder legislativo.

A Escola da Exegese também pregava o Estado com a única fonte do direito, pois todo o ordenamento jurídico seria originado da lei e, esta, por ser proveniente do legislador, teria como origem o Estado. Em síntese, pode-se afirmar que o que caracterizava a Escola da Exegese era sua técnica de interpretação, de um exacerbado positivismo legalista, que entendia que a interpretação se confundia com a mera exegese literal do texto legal.³

Ao final do século XIX, a Escola da Exegese viu ruir a sua popularidade no meio acadêmico. Tal fato ocorreu devido às severas críticas a muitas de suas características, como a importância exagerada concedida à lei, fato esse que gerou a chamada revolta dos fatos contra o direito, o apego excessivo dado à vontade do legislador e a visão do Estado como a única fonte de Direito, ocorrendo um esquecimento das outras fontes do direito, como os costumes, a doutrina, e a jurisprudência.

Maria Helena Diniz, em breves palavras, resume o pensamento exegético: “*A lei e o direito constituem uma mesma realidade, pois a única fonte do direito é a lei e tudo o que estiver estabelecido na lei é direito*”.⁴

³ NOJIRI, Sérgio. *A Interpretação Judicial do Direito*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005., p. 50.

⁴ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução ao estudo do direito*. 8ª edição. São Paulo. Saraiva, 1995., p. 46.

Tal concepção reduziu o juiz ao papel de burocrático aplicador de leis, encarando o ordenamento jurídico como um “catálogo”, dotado da previsão de todos os fatos ocorridos e que viessem a ocorrer na sociedade, que com sua consecução subsumir-se-iam a ele. Ou seja, pode-se dizer que esta escola vedou aos juízes o poder de criação, sendo-lhes reservada tão-somente, a incumbência de verdadeira boca que pronuncia os ditames legais.

1.1.3. Historicismo

A Escola Histórica do Direito surgiu na Alemanha, na primeira metade do século XIX, mas consolidou-se no início do século XX, como reação política aos ideais burgueses e ao racionalismo de todas as formas, que marcaram a concepção da Escola da Exegese.

A Alemanha foi um dos países europeus que mais tardiamente formulou um Código Civil, em razão não apenas do ambiente cultural existente, mas também devido à sua fragmentação territorial. Sua situação político-social era obviamente bem diversa da francesa, de modo que a defesa de princípios como o da igualdade formal entre todos os cidadãos era uma postura bastante inovadora para uma sociedade que ainda manifestava características feudalistas, como a distinção da população entre nobreza, burguesia e campesinato. Destarte, a proposta de se criar um direito único, inspirado nos moldes do Código de Napoleão, gerou inúmeras controvérsias entre os alemães, em especial entre Thibaut e Savigny.

Thibaut apareceu como um defensor da codificação, alegando que a positivação permitiria superar a confusão de conceitos e as obscuridades presentes no direito alemão. Ademais, tal ordenação sistemática configuraria inclusive um passo decisivo para a futura unificação da Alemanha, de forma que suas vantagens seriam não apenas jurídicas, mas também políticas.

Savigny, por sua vez, afirmava que as condições político-culturais da Alemanha não eram propícias ao desenvolvimento de uma codificação, de modo que a melhor solução para sanar tais defeitos estaria na própria ciência do Direito. Portanto, a ciência do Direito não apenas produz os mesmos efeitos de unidade e sistematização que a codificação, mas ainda tem vantagem sobre esta na medida em que não petrifica o Direito através de uma rigidez cega, tornando-o mais maleável e adaptável.

O Direito para Savigny tem suas bases no costume, devendo, pois, exprimir o sentimento e o espírito do povo (Volksgeist). Não pode, pois, ser universal e imutável, tampouco criado

arbitrariamente pelo legislador. Como pode-se perceber, a noção de sistema é essencial para Savigny, principalmente no que diz respeito à interpretação das leis.

Doravante, o papel sistematizador que a codificação exerce em outros países, na Alemanha, principalmente na primeira metade do século XIX, esta função organizativa será incumbência da ciência do Direito, principalmente por meio da atividade dos pandectistas, que intentaram sistematizar cientificamente o direito comum então vigente naquele país.

Assim, historicismo, que teve seu principal representante no jurista alemão Savigny⁵, criticava as pretensões jusnaturalistas de identificar regras universais, válidas em qualquer tempo e para qualquer povo. Para os historicistas, o direito era uma criação cultural de cada povo, não fazendo sentido buscar extrair da natureza das coisas um conjunto de normas universais e imutáveis.

Disso extrai-se que o direito é fruto de um produto histórico, sujeito a permanente e natural evolução, nem estabelecido arbitrariamente pela vontade dos homens, nem emanado de Deus, mas pela consciência coletiva de dado povo, em determinado território.

Desse modo, essa escola solidificou-se no pensamento de Savigny, contrapondo-se ao jusnaturalismo e ao empirismo exegético, concebendo o direito como produto da história social, que se fundamenta nos costumes de cada povo e não na racionalização do legislador.

O direito positivo é mais que o direito posto pelo legislador, é parte de uma comunidade viva, traduzida pelo espírito popular, constituído pelos costumes sociais. Assim, a ideia basilar é a oposição à codificação do direito. O legislador não cria direito, apenas traduz em normas escritas o direito vivo, latente no espírito popular que se forma através da história desse povo, como resultado de suas aspirações e necessidades. A raiz histórica dessa teoria encontra-se, sobretudo, no direito romano.

Nesses moldes, pode-se asseverar que a lei (regra jurídica) não é pronta e acabada, estando suscetível a uma interpretação mais ampla do que a defendida pela Escola da Exegese, imputando-se ao intérprete, além da função de esclarecimento dos ditames legais, a promoção de sua contextualização com os interesses e necessidades sociais, de modo que desvende como agiria o legislador, caso estivesse em seu lugar prestes a solucionar um caso.

⁵ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *La Vocazione del nostro Secolo per la Legislazione e la Giurisprudenza*. Bologna: Forni, 1968, p.201-202.

Ao interpretar uma lei, o juiz deve se colocar em espírito na posição do legislador, e repetir em si a atividade daquele que elaborou a norma, para que assim esta surja de novo em seu pensamento⁶, tarefa esta que não consiste na mera constatação de um fato empírico dado pela vontade psicológica do legislador histórico, mas que representa uma atividade espiritual própria, que pode inclusive levar o intérprete para além do que o legislador histórico tenha concretamente pensado. Para tal, o juiz deve recorrer aos elementos gramatical, lógico, histórico e sistemático da interpretação que, segundo Savigny, não configuram quatro modos de interpretação distintos, mas fazem parte de um mesmo método.

1.1.4. Realismo Jurídico

No que diz respeito ao surgimento na Inglaterra do *common law* (direito comum), parte da doutrina entende que não se pode precisar uma data de seu início, haja vista que tal sistema não partiu de uma ruptura com o passado. O *common law* é um *continuum* histórico, isto é, se mantém através de um desenvolvimento ininterrupto, tendo sido acumuladas a experiência e a sabedoria de séculos.

Mas foi através da Revolução Gloriosa de 1688 que a Inglaterra consolidou a utilização do sistema de *common law* e, principalmente, a doutrina do *judge-made law*. Tal revolução representou a luta da burguesia contra o absolutismo real e buscou garantir as liberdades individuais.

⁶ Isto se modo algum significa que Savigny seja um partidário da teoria subjetivista da interpretação, centrada na *voluntas legislatori*. Da mesma forma, apesar de sua primeira fase ser marcada por um viés mais racionalista, vinculada ao sentido expresso da norma, também aqui não é possível identificar plenamente seu pensamento com a teoria objetivista, centrada na *voluntas legis*. A bem da verdade, tanto o conceito psicológico de vontade do subjetivismo quanto o conceito realista e racionalista do objetivismo são produtos do positivismo, que, conforme já ressaltamos, surge na Alemanha em um momento posterior ao historicismo. Conforme esclarece Larenz: “Ambas as teorias, cada uma na sua unilateralidade, são expressão da época positivista, inconciliável com a unidade interna pressuposta por Savigny entre Direito e relação da vida juridicamente ordenada (instituto jurídico) e entre razão material-objectiva e vontade do legislador. Identificar a concepção de Savigny com uma ou outra dessas teorias, ambas temporalmente condicionadas, corresponde necessariamente a não compreender precisamente naquilo que constitui a sua especificidade e a sua grandeza” (Op. cit., p. 16-17). A fim de que não restem dúvidas, vale aqui a transcrição das palavras de Savigny: “*Toda ley tiene la función de comprobar la naturaleza de una relación jurídica, de enunciar cualquier pensamiento (simple o compuesto) que asegure la existencia de aquellas relaciones jurídicas contra error y arbitrariedad. Para lograr este fin, hace falta que los que tomen contacto con la relación jurídica, conciben pura y completamente aquel pensamiento. A este efecto se colocan mentalmente en el punto de vista del legislador y repiten artificialmente su actividad, engendran, por consiguiente, la ley de nuevo en su pensamiento. He aquí la actividad de la interpretación, la cual, por consiguiente, puede ser determinada como la reconstrucción del pensamiento ínsito de la ley. Sólo de esta manera podemos obtener una inteligencia segura y completa del contenido de la ley; y sólo así podemos lograr el fin de la misma*”. (“Los Fundamentos de la Ciencia Jurídica”. In: SAVIGNY, KIRCHMANN, ZITELMANN. *La Ciencia del Derecho*. Buenos Aires: Losada, 1949, p.82-83).

Antes deste período, não havia uma jurisdição unificada em toda Inglaterra, aplicando-se o costume local para solucionar os conflitos. A jurisdição comum era competência dos Tribunais Reais de Justiça, chamados vulgarmente de Tribunais de Westminster devido ao nome do local onde estavam situados. Com isto, é possível afirmar que a criação destas instituições judiciais centralizadas na Inglaterra constituem o momento atribuído ao nascimento do *common law*⁷.

Pode-se afirmar, assim, que o *common law* pode ser entendido como o direito desenvolvido pelos juízes, em vez de corporificado em um corpo de normas codificadas, como ocorreu no sistema de *civil law*.

No direito inglês, não houve a necessidade de se criar o dogma da prevalência da lei e da aplicação estrita da lei pelo magistrado (juiz boca da lei), garantindo-lhe espaço e poder para interpretar a lei.

Um fato relevante é que diferentemente do que ocorreu no sistema do *civil law*, os adeptos do *common law* se recusaram a recepcionar a direito romano, tido como “papista”.

A doutrina do *stare decisis* evoluiu a partir de um hábito das Cortes do reino inglês, que se reuniam para debater os casos mais complexos, que se tornavam referência para julgamentos posteriores. Aos poucos as decisões assumiram papel vinculante, sendo que somente no século XIX que foi estabelecida a obrigatoriedade de observância aos precedentes, quando a Câmara dos Lordes admitiu o caráter vinculativo das suas próprias decisões nos casos *Beamish v. Beamish* em 1861.

A Escola do Realismo Jurídico desenvolveu-se também na primeira metade do século XX nos Estados Unidos da América, como vertente do sociologismo jurídico (positivismo sociológico) atribuindo um enfoque social ao direito, também voltado para a sua efetividade. Ou seja, para os realistas o direito é sempre aquilo que, como tal, se apresenta no contexto da comunidade humana: o direito é o que é. Para os realistas, o direito é resultado de forças sociais e instrumento de controle social, não existe, portanto, separado do fato social.

Essa a conclusão a qual partilham as inúmeras teorias realistas - Ehrlich, Alf Ross, Olivecrona. Na visão desses autores, não é possível estudar o direito como mero ordenamento

⁷ CROCETTI, Priscila Soares; DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. *Formação Histórica, Aspectos do Desenvolvimento e Perspectivas de Convergência das Tradições de Common Law e de Civil Law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A Força dos Precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Salvador: Juspodium, 2010, p. 21.

jurídico composto de normas coordenadas e em relação de hierarquia umas com as outras; ou seja, não admitem uma especulação puramente dogmática acerca das normas jurídicas. Elas, na verdade, não subsistem e sequer são possíveis sem a realidade de que efetivamente resultam.

Assim, resta claro que os realistas são, antes de tudo, empiristas, ou seja, veem no direito uma técnica operacional, recusando qualquer construção do tipo normativo. Os esquemas abstratos - próprios, por exemplo, da Escola da Exegese - foram abandonados em nome da precedência do ato de escolha do juiz no momento da decisão.

Não a norma genérica e impessoal, sim o fato da opção do julgador. Percebe-se, facilmente, que os realistas operaram uma verdadeira revolução na concepção do direito, subvertendo os termos da equação dos exegetas. Enquanto para esses o ato de decidir resulta da aplicação de normas obrigatoriamente vinculantes à hipótese sob exame, para aqueles, de seu turno, o ato de decidir resulta da escolha do juiz no momento da decisão, optando por uma das várias alternativas que se apresentam possíveis. Assim, o que se passa é que o juiz, ante o leque de alternativas que tem diante de si, escolherá sempre aquela que a ele, enquanto homem, parecer mais conveniente de ser adotada.

Especificamente no que toca à Escola do Realismo Jurídico Norte-Americano, esta foi desenvolvida também no sistema da *common law* (como na Inglaterra), onde os juízes possuem um importante papel no plano da produção normativa, o direito tem natureza empírica, constituindo-se num conjunto das decisões tomadas pelos tribunais em relação a casos concretos (sistema de precedentes).

Assim, o direito se manifesta com a atividade do Poder Judiciário. Neste contexto, sua existência vincula-se à vontade do julgador. O direito é fruto da decisão política do juiz e não de uma norma de hierarquia superior.

Na concepção do realismo norte-americano, o direito é aquilo que os tribunais concretizam, produto das decisões judiciais, fundado em precedentes jurisprudenciais. Assim, essa escola atribui um enfoque empírico-social ao direito, voltando-se especialmente para a sua efetivação.

Concluindo, se o direito é fato, segue-se que as correntes teóricas do realismo renunciam a qualquer explicação transcendente ou metafísica dele, que não existiria como realidade em si, objeto ideal. Não cabe, portanto, a dualidade entre direito efetivo e direito ideal, esse como arquétipo e aquele como realidade, à semelhança do confronto histórico entre naturalistas e positivistas. O direito é um só: apenas o declarado como tal pelo tribunal, nada mais.

O doutrinador Dimitri Dimoulis⁸ entende que, apesar de o realismo buscar um afastamento da doutrina positivista, acaba tendo pontos em comum que o tornam uma vertente desta corrente. Isto porque, assim como no positivismo jurídico, o realismo nega a existência de elementos morais e políticos no conceito de direito; ademais, ambos têm em comum o fato de que o direito se baseia no poder – para o positivismo jurídico, este poder se manifesta pelas normas jurídicas emanadas de uma autoridade; e para o realismo, pelas decisões judiciais emanadas pelo magistrado.

1.1.5. Positivismo

O termo positivismo é utilizado para designar duas tendências que tem como ponto comum o afastamento do “direito natural” e o reconhecimento do “direito positivo” como aquele vigente e eficaz em determinada sociedade.

O termo *civil law* (“direito civil”) refere-se ao sistema legal adotado pelos países da Europa Continental e por, praticamente, todos os outros países que sofreram um processo de colonização, ou alguma outra grande influência deles. O que todos países têm em comum é a influência do Direito Romano.

Baseado no Direito Romano, o *civil law* foi sistematizado pela codificação do direito. Sua grande afirmação ocorreu após a Revolução Francesa (1789) haja vista que o poder de criar o direito foi retirado das mãos dos juízes e repassado exclusivamente ao Legislativo.

Assim, se consolidou no início do século XX, a corrente jurídica dominante nos países ocidentais, o positivismo, passou a refletir as ideias democráticas que se consolidaram nas revoluções burguesas. Apesar de considerar que os homens são fundamentalmente livres, os positivistas consideram que é necessário haver certas regras de conduta que organizem a sociedade da maneira mais racional possível. Essa organização deverá ser feita a partir da tripartição dos poderes, inspirada na doutrina de Montesquieu, segundo a qual cabe ao legislativo criar as normas e aos juízes aplicá-las aos casos em que haja conflito.

Assim, para o positivismo, a fonte do direito deve ser a vontade do povo, expressa por seus representantes, devendo ser abandonada a ideia de que as regras devem ser extraídas

⁸ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006, p. 153.

racionalmente da natureza. Assim, a postura fundamental do positivismo é a recusa de qualquer tipo de direito natural. Sendo o direito uma realidade cultural determinada por fatores históricos, não faz sentido buscar na natureza regras jurídicas universais e necessárias, pois o direito deve ser fruto da vontade do povo.

Dessa forma, para os positivistas, o único direito que merece esse nome é o direito positivo, ou seja, o direito posto pelo homem, o conjunto de normas válidas em virtude de uma convenção social. Na medida em que o positivismo prega a aplicação das leis, gera uma situação de estabilidade para as relações jurídicas contratuais. Esse ideal de segurança faz com que os juristas deixem de lado os questionamentos sobre a legitimidade e a justiça das normas e passem a limitar seus trabalhos às questões de como aplicar as normas aos casos concretos.

A certeza jurídica é, assim, elevada ao posto de valor mais importante do direito: admitida a relatividade dos conceitos de justiça, os positivistas buscam garantir, ao menos, a segurança nas relações jurídicas. Como entendem que os direitos e deveres devem ser estabelecidos de forma clara e aplicados homogeneamente pelos tribunais, buscam garantir um alto grau de previsibilidade para as decisões jurídicas, o que é feito mediante um forte apego ao conteúdo literal da norma.

E importante frisar que o positivismo foi dividido em duas escolas: a) positivismo sociológico, que adveio da teoria de Augusto Comte; e o b) positivismo jurídico ou normativo, trazido pela Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen⁹, pela teoria de Herbert Lionel Adolphus Hart¹⁰ e pelo italiano Norberto Bobbio¹¹.

O positivismo sociológico traduz-se num exagero da sociologia jurídica, que concebe o direito como fenômeno social, objeto das Ciências Sociais. A Ciência do Direito é vista, neste contexto, como um segmento da Sociologia. As ideias do positivismo sociológico são manifestas no direito brasileiro na obra de Pontes de Miranda^{12 13}.

⁹ KELSEN Hans. *Teoria Pura do Direito*, tradução João Baptista Machado – 8ª edição, Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009, p 01 e ss.

¹⁰ HART, H.L.A. *O conceito de direito*. Trad. de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 01 e ss.

¹¹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 200, p. 01 e ss.

¹² PONTES DE MIRANDA. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2ª Ed., Campinas, Bookseller, 2005, p. 01.

¹³ VILANOVA, Lourival. *A Teoria do Direito em Pontes de Miranda*. In: Escritos jurídicos e filosóficos. São Paulo: Axis Mundi: Ibet, 2003, p. 405.

Já o positivismo jurídico ou normativo é marcado pela tentativa de fundamentação autônoma da Ciência do Direito, sendo que Kelsen propôs a purificação do direito, mediante processos próprios que o afastassem da sociologia, da política e da moral. Assim, para o positivismo jurídico, o único objeto de uma Ciência do Direito pura são as normas jurídicas, retirando do campo de sua apreciação a ideologia política e os aspectos valorativos do direito, bem como, tudo que extravasa os limites das normas postas.

Na teoria positivista de Kelsen o juiz, quando da aplicação do direito, deverá além de seguir a lei (norma de escalão superior) observar as diversas alternativas de interpretação possibilitadas por esta moldura, de modo a apontar, na norma de escalão inferior (sentença), a melhor maneira de solucionar dado caso. Para Kelsen, o intérprete do Direito detém um “espaço de liberdade” (poder discricionário) quando do exame de dado caso, ou seja, tendo como referência o mandamento legal (moldura) o aplicador do Direito deverá investigar, à luz das características factuais e possibilidades jurídicas, a resposta ideal para o caso concreto (melhor maneira de preencher esta moldura).

Assim, o jurista austríaco Hans Kelsen fez uma defesa do positivismo normativista, sustentando que a Ciência do Direito deveria estudar apenas as normas, o mundo do dever-ser e não o mundo do ser. Que se deixasse à sociologia, à física, à psicologia e a outras ciências o desenvolvimento de pesquisas sobre o campo do ser, mas que o direito se limitasse a estudar a esfera normativa. Essa busca de sustentar o positivismo normativista frente às críticas do positivismo sociológico fez com que Kelsen empreendesse um trabalho de reconstrução da teoria jurídica positivista, que, em meados da década de 30, culminou na sua Teoria Pura do Direito, a concepção positivista mais importante do século XX.

Diferentemente do que se pode imaginar à primeira vista, o nome Teoria Pura do Direito não foi escolhido porque Kelsen julgava que o direito era um objeto puro ou que a criação do direito era isenta de interesses políticos ou outras coisas do gênero. Não se tratava de uma teoria sobre o direito puro, mas de uma teoria pura sobre o direito. Kelsen defendia apenas que a ciência do direito deveria ter um objeto puro, ou seja, deveria estudar apenas as normas positivadas (puro dever-ser), sem partir para considerações políticas, sociológicas, psicológicas ou quaisquer outras. Ele não se perguntava pela legitimidade (uma questão que fugiria ao puro aspecto normativo do direito), mas apenas pela vigência (validade formal) das normas.

Tais ideias são expostas logo no início do livro *Teoria Pura do Direito*¹⁴, que assim começa: “*A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo - do direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. [...] Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? [...] Quando designa a si própria como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental*”.

Essa posição de Kelsen, que se insere no movimento do positivismo normativista, é influente até os dias de hoje sendo muitos os juristas que reduzem o direito às normas impostas pelo Estado. No entanto, a partir da segunda metade do século XX, o positivismo kelseniano passou a ser muitas vezes atacado porque, em seu formalismo, admitia como jurídico qualquer sistema normativo imposto por um Estado.

Porém, devemos ressaltar que, embora um dos intuitos de Kelsen com a Teoria Pura do Direito fosse evitar o uso da teoria jurídica como forma de manipulação ideológica, na América Latina, inclusive no Brasil, o positivismo foi utilizado, especialmente nos períodos ditatoriais, como uma forma de evitar a discussão sobre a legitimidade do direito positivo e, assim, como um elemento de reforço da ideologia conservadora dominante.

Na Europa continental e na América Latina, a Teoria Pura do Direito foi amplamente reconhecida, o que contribuiu para que, nesses países, o normativismo positivista consolidasse sua posição como teoria jurídica hegemônica. Apesar da hegemonia conquistada pelo positivismo normativista nos países de tradição romano-germânica, essa posição foi duramente criticada, especialmente a partir de meados do século XX, sendo vários os juristas que recusam os pressupostos de Kelsen e defendem que a ciência do direito deve trilhar outros caminhos.

1.1.6. Pós-Positivismo

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, teve início um movimento de “superação” do positivismo jurídico, em especial porque muitos autores passaram a atribuir ao positivismo, o

¹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, tradução João Baptista Machado – 8ª edição, Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009, p.01.

suporte jurídico às ditaduras nazista e fascista, entendendo que esta teoria acabou por contribuir com as atrocidades ocorridas no período de guerra. Isso porque, esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei.

Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Até mesmo a segregação da comunidade judaica, na Alemanha, teve início com as chamadas leis raciais, regularmente editadas e publicadas.

Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha aceitação no pensamento esclarecido.

Assim, foi aberto caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do direito, sua função social e sua interpretação.

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem algumas ideias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica.

Esse movimento buscou incorporar ao ordenamento jurídico os mais altos valores morais da sociedade, aproximando o Direito da Moral e da Justiça. Este novo modelo “não-positivista” é concebido como pós-positivismo jurídico, a partir da segunda metade do século XX.

Desse modo, o pós-positivismo surgiu como uma nova teoria que mistura tendências normativistas e culturalistas, apresentando uma crítica à dogmática jurídica tradicional do positivismo (dominante no Século XX), à objetividade do direito e à neutralidade do intérprete. Suas ideias ultrapassam o legalismo estrito do positivismo sem, no entanto, recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Tal teoria visa dar aos princípios jurídicos caráter normativo, e estes devem atuar como uma espécie de norma jurídica vinculante.

Assim, essa nova teoria, tenta restabelecer uma relação entre direito e ética, pois busca materializar a relação entre valores, princípios, regras e a teoria dos direitos fundamentais e para isso, valoriza os princípios e sua inserção nos diversos textos constitucionais para que haja o reconhecimento de sua normatividade pela ordem jurídica.

Como uma de suas vertentes, no Brasil, podemos citar a escola do Constitucionalismo Moderno, difundida por Luís Roberto Barroso¹⁵, que afirma que essa teoria não surge com o ímpeto da desconstituição, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e de legitimidade. Os traços característicos são a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais.

Tal escola traz a discussão ética para o direito, exaltando os princípios constitucionais como síntese dos valores abrangidos no ordenamento jurídico que dão unidade e harmonia ao sistema. O direito é visto como uma mistura de regras e princípios, cada qual desempenhando papéis diferentes na composição da ordem jurídica. Os princípios, além de atribuírem unidade ao conjunto normativo, servem como guia para o intérprete, que deve pautar-se neles para chegar às formulações das regras.

Para Luís Roberto Barroso¹⁶, “A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimidade democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a ética (...) Mas a verdade é que, independentemente dos rótulos, não é possível ignorar a revolução profunda e silenciosa ocorrida no direito contemporâneo, que já não se assente apenas em um modelo de regras e de subsunção, nem na tentativa de ocultar o papel criativo de juízes e tribunais.”

Como exemplo do principal autor, no âmbito internacional, que defende a tese do pós-positivismo, aponta-se a teoria de Robert Alexy¹⁷, que baseado no papel exercido pelos

¹⁵BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*, 5ª edição, Editora Saraiva, 2015, pág. 283 e 301.

¹⁶BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*, 5ª edição, Editora Saraiva, pág. 283 e 301.

¹⁷ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 01-02.

princípios e na argumentação jurídica, considera o procedimento do direito como parte de seu conceito. Robert Alexy apresenta interessante solução para o problema da conciliação entre legalidade e legitimidade no direito. Para esse autor, a despeito das teorias positivistas separarem o direito e a moral, por meio de um conceito de direito com validade puramente formal, corroborada pela legalidade em conformidade com o ordenamento e a eficácia social, teorias não-positivistas tendem a vinculá-los (direito e moral). Assim, Alexy considera direito e moral como “aliados”. Aliados estes que, por meio de princípios bem como de argumentação jurídica, buscam uma aplicação justa para o direito.

O referido autor concebe princípios e regras como espécies de normas jurídicas, por mais que sejam distintos. Para ele, se uma regra é válida, deverá ser aplicada na sua totalidade. Em se tratando de um conflito entre regras, para que apenas uma delas seja considerada válida, deveremos tomar alguns cuidados, pois se considerarmos determinada regra como válida a fim de aplicá-la ao caso, como consequência, além da desconsideração da outra regra pela decisão, sua invalidade será declarada, a não ser que essa regra encontre-se em uma situação que excepcione a outra. Mas os princípios por si só, não têm a possibilidade de determinar a resposta correta para cada caso, necessitando de um “amparo” para que alcance a aplicação racional do direito.

Alexy, então, na busca dessa aplicação racional do direito, elabora uma teoria da argumentação jurídica, identificando-a como um caso especial da argumentação prática geral (da argumentação moral), que, conjuntamente com as regras e princípios, formam um procedimento apto a estabelecer a melhor decisão para o caso concreto.

Pode-se dizer que os principais autores internacionais que defendem a superação paradigmática do Positivismo Jurídico, o já citado Robert Alexy, Ronald Myles Dworkin, que formulou uma “Teoria Liberal do Direito” com o objetivo de superar a corrente do Positivismo Jurídico, e, ainda, Richard Allen Posner.

Desse modo, é sobre o manto da teoria do pós-positivismo, que surge o movimento do “ativismo judicial”, como passaremos a ver nos capítulos seguintes deste trabalho.

1.2. DA TRANSIÇÃO DA TEORIA DO POSITIVISMO PARA A TEORIA DO PÓS-POSITIVISMO

O início do século XX foi um momento de profundo ceticismo, frente a uma realidade marcada por revoluções, por duas guerras mundiais e por totalitarismos de vários matizes (nazismo, fascismo, franquismo etc.). Frente a fatores dessa natureza, a primeira metade desse século viu a antiga ligação entre positivismo e democracia perder gradualmente sua força, à medida que os governos totalitários passaram a utilizar o positivismo como sua principal doutrina jurídica.

Assim, a exigência de obediência ao direito positivo começou a ser vista com outros olhos quando as leis impostas por certos Estados eram manifestamente antidemocráticas. A eleição de Hitler pelo voto popular colocou em xeque a antiga noção de que, para assegurar a democracia, bastava a garantia de eleições para os cargos legislativos e executivos. Percebeu-se, então, que o positivismo não era uma doutrina progressista, mas conservadora, pois a sua função era garantir a segurança e a estabilidade do regime político vigente.

Tornou-se patente, então, o caráter formalista dessa corrente jurídica: o positivismo admitia ser jurídica qualquer norma formalmente reconhecida pela autoridade política dominante. Assim, enquanto os jusnaturalistas exigiam que o direito fosse composto por normas justas, os positivistas consideravam jurídica qualquer norma que fosse reconhecida pelo Estado.

Na medida em que os positivistas não podiam questionar a justiça ou a legitimidade das normas estatais, verificou-se que o positivismo poderia ser utilizado por qualquer tipo de organização política, mesmo as mais despóticas e autoritárias. Além disso, como as teorias jusnaturalistas haviam sido praticamente abandonadas pelo senso comum dos juristas, desde meados do século XIX, os juízes já não mais podiam deixar de aplicar leis injustas com base em referências a um direito natural. Com isso, deixou-se de lado o conceito jurídico tradicionalmente usado para questionar as leis injustas (o direito natural), mas a nova teoria dominante não construiu nenhum instrumento que ocupasse esse lugar.

A soma desses fatores fez com que, em meados do século XX, um grande número de juristas passasse a ligar a ideia de positivismo à de totalitarismo, muito mais que à de democracia. Esse tipo de visão, potencializada pelos traumas da Segunda Guerra Mundial, gerou uma reação tão forte às ideias positivistas que, a partir de 1945, não é incomum falar-se em crise do positivismo.

Uma das primeiras vozes a levantar-se contra o positivismo foi a do jurista alemão Gustav Radbruch, que, no dia em que findou a Segunda Grande Guerra, dirigiu aos estudantes da Universidade de Heidelberg o célebre Cinco Minutos de Filosofia do Direito, um comunicado em que afirmava que "Esta concepção de lei e sua validade, a que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas. Torna equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro"¹⁸.

Essa reação contra o positivismo assumiu tal dimensão que a crise passou a ser expressamente reconhecida até mesmo por positivistas de primeira grandeza, como o italiano Norberto Bobbio¹⁹, que afirmou, em 1966: "Admito que o positivismo está em crise, não apenas como ideologia e como teoria, como eu mesmo já havia admitido, mas também como modo de tratar o direito. Comecei dizendo que o positivismo nasceu como decisão científica. Permitam-me reconhecer agora que, por trás dessa eleição ou decisão científica, se esconde uma decisão política. Politicamente, o positivismo supõe uma aceitação do *status quo*, e, como todas as decisões, está sujeito a sofrer os altos e baixos da história. [...] Dessa forma, a concepção positivista resulta boa ou má, segundo se considere boa ou má a situação a conservar".

Assim, como já afirmado anteriormente, a partir daí, o pós-positivismo surgiu como uma nova teoria que mistura tendências normativistas e culturalistas, apresentando uma crítica à dogmática jurídica tradicional do positivismo, à objetividade do direito e à neutralidade do intérprete. Suas ideias ultrapassam o legalismo estrito do positivismo sem, no entanto, recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo.

De qualquer forma, ainda que haja críticas a aplicação do pós-positivismo, pode-se constatar que a proposta dessa teoria pretende superar, em verdade, no positivismo jurídico, os problemas por este não resolvidos, envolvendo a determinação do direito no caso concreto.

Assim, por maior que seja a formalidade defendida, resta claro que há no positivismo jurídico, o reconhecimento de princípios e de sua normatividade. Sendo exatamente este, o ponto determinante de transição do positivismo jurídico para o pós-positivismo, visto que na

¹⁸ RADBRUCH, Gustav, *Filosofia do Direito*, Coimbra: Antonio Amado, Tradução de L. Cabral de Moncada, 1979, pag. 415.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 233-238.

primeira teoria os princípios são elementos justificadores do poder discricionário do julgador, e neste último, realizam uma ponte para a superação dessa discricionariedade.

Os elementos dessa transição remontam-nos a outro problema, que envolve a fundamentação do direito e sua adequação, pois no positivismo jurídico o fundamento de validade do direito é estritamente formal, e sua adequação indeterminada. Logo, para que o pós-positivismo consolide-se, deverá galgar uma determinação legítima para o direito no caso concreto, sem, contudo, reduzir-se aos preceitos jusnaturalistas (ao direito natural).

Nesse contexto, a proposta positivista apresenta um fundamento formal de validade para o direito, pregando sua neutralidade, ou seja, sua desvinculação a uma moral determinada.

Ocorre que, como essa validade é formal, também é indeterminada. E como já demonstrado acima, no pensamento de Kelsen e Hart, há casos em que o aplicador do direito deverá transcender a lei (regra jurídica) para julgá-lo e, havendo uma indeterminação quanto à validade do direito, o controle da discricionariedade do julgador quando de sua aplicação resta prejudicado.

No Brasil, as concepções críticas tiveram várias manifestações, que podemos dividir em várias vertentes. Por um lado, temos os juízes alternativos, que se concentram na magistratura gaúcha e defendem uma ação política dos juízes no sentido de assegurar a construção de uma sociedade mais justa, por meio da interpretação crítica das regras do direito positivo. Conscientes de que as normas jurídicas admitem múltiplos entendimentos e de que a magistratura é um dos poderes políticos do Estado, os juízes alternativos buscam interpretar as leis da maneira mais adequada para garantir a justiça social, tratando desigualmente os desiguais.

Esse modo de interpretar, chamado de uso alternativo do direito, adquiriu especial importância no Brasil no início da década de 90, com a expansão do número de juízes alternativos no Rio Grande do Sul e com a realização do primeiro congresso de direito alternativo. Contudo, a atividade dos juízes alternativos é uma prática política inspirada pela ideologia marxista e não a busca de construir uma teoria jurídica com pretensões de cientificidade. Além do movimento dos juízes alternativos, há várias tentativas, centradas em algumas universidades, no sentido de elaborar uma teoria crítica capaz de servir como uma alternativa ao positivismo dominante.

Vários teóricos tomaram parte desse processo, em especial os ligados à Nova Escola Jurídica Brasileira fundada por Roberto Lyra Filho²⁰ na busca de elaborar uma teoria jurídica adequada aos princípios marxistas, como também, o movimento dos constitucionalistas modernos, na busca de se construir Teorias do Direito Constitucional Contemporâneo, em clara vertente Pós-Positivista, além, daqueles que defendem as Teorias do Ativismo Judicial, se aproximando, muitas vezes, do *common law* americano. Roberto Lyra Filho fundou a Nova Escola Jurídica Brasileira e nela defendia que o direito não se reduzia à norma, nem a norma à sanção. Contestou o “monismo jurídico”, o monopólio da legitimidade do direito pelo Estado que, a seu ver, estava na práxis histórica, na abolição da sociedade de classes e nos direitos humanos. Seu pensamento teve grande influência no “Direito Achado na Rua”.

Desse modo, este trabalho, passará a demonstrar que, no Brasil, a transição do positivismo para o pós-positivismo, embora tenha começado a se desenvolver no início da década de 90, ainda está ocorrendo e é um fenômeno atual e convencionou-se chamar de “ativismo judicial”, o que ficará claro pela demonstração da interpretação de casos concretos pelo Supremo Tribunal Federal, e pelas demais cortes de justiça do país, nos capítulos posteriores.

1.3. APLICAÇÃO DOS SISTEMAS DO *COMMON LAW* E DO *CIVIL LAW* NO DIREITO COMPARADO E A APROXIMAÇÃO DOS SISTEMAS

Este trabalho não tem a pretensão de esgotar o tema no que se refere ao direito comparado²¹, mas apenas tem a intenção de demonstrar brevemente como na atualidade o direito está sendo aplicado nos países mais influentes, em especial, no continente americano e europeu, para depois, se debruçar mais atentamente sobre a aplicação do direito no Brasil, e, ao final, demonstrar como está ocorrendo a aproximação entre os dois sistemas (*common law* e *civil law*).

O direito na Alemanha é codificado, isto é, como no Brasil, também se utiliza o sistema do *civil law*, e não se utiliza a doutrina dos precedentes, sobretudo porque tem sua base no direito romano, desde a alta Idade Média. Contudo, percebe-se que na Alemanha a ementa

²⁰ LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito?* São Paulo, Editora Brasiliense. Coleção Primeiros Passos, 1982, p. 02.

²¹ ANDREASSA Junior, Giberto. *Ativismo Judicial & teoria dos precedentes: integração dos poderes e coerência nas decisões do judiciário*. Curitiba, Ed. Juruá, 2015, p. 24-29.

desempenha grande papel na determinação da adequação de determinada jurisprudência para casos futuros.

Na visão de Robert Alexy²², na Alemanha a ideia de jurisprudência pressupõe certa ideia de vinculação. Mas uma grande diferença em relação ao sistema do *common law* toma lugar quando uma disposição legal tem clareza suficiente para dispensar qualquer tipo de interpretação. Nesse caso, os precedentes possuem papel irrelevante. Há somente um caso em que o precedente é vinculante, que é a vinculação criada pelos casos decididos pelo Tribunal Constitucional Federal. Quando invalidam normas legais, as decisões têm força de lei.

A Itália se caracteriza pela utilização também do sistema do *civil law* e o direito é codificado. No direito italiano os precedentes não são vinculantes, e, inclusive, há uma rejeição às decisões escritas, de modo a tentar influenciar ou servir de modelo para futuras decisões. Como no Brasil, na Itália, embora se respeite a jurisprudência, há uma grande quantidade de tratamento diferenciado a casos similares.

O direito Francês utiliza o *civil law*, sendo que a única fonte do direito são as leis, incluindo-se a Constituição. A doutrina dos precedentes inexiste na França, sendo que os tribunais são proibidos de basearem suas decisões somente em precedentes. A única semelhança com a teoria dos precedentes surge quando os juízes decidem constantemente de forma similar, gerando *jurisprudência constante*.

O processo de codificação, nos países acima citados, embalou a expansão do direito romano-germânico por toda a Europa e fora dela, contribuindo também para a unidade do sistema do *civil law*.

Por outro lado, como regra, todos os países que foram colonizados em algum momento pela Inglaterra ou pelo Reino Unido utilizam o sistema do *common law*, exceto os que já haviam sido colônias de outro império. Como exemplo, podemos citar os Estados Unidos, Canadá (exceto a província de Quebec), Austrália, Nova Zelândia, País de Gales, Irlanda do Norte, e outros países de língua inglesa ou membros da *commonwealth*.

De todo modo, pode-se dizer que no direito comparado, os sistemas do *civil law* e do *common law* vêm sofrendo mitigações. Os países associados ao *common law* têm se utilizado

²² ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. *Precedent in the Federal Republic of Germany*, In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Coord.). *Interpreting precedents: a comparative study*. London. Dartmouth, 1997. p. 23-24.

com maior frequência de códigos, enquanto os países associados ao *civil law* tem procurado dar uma maior atenção à elaboração de precedentes.

Contudo, Marinoni²³ ressalta que o fenômeno da codificação em si não é o responsável pela distinção entre *common law* e *civil law*. O *common law* também tem intensa produção legislativa, entretanto, a diferença entre os dois sistemas está na importância que se dá para as leis e códigos em cada um deles. Destaca-se que não é o fato de ter códigos ou não que define o modelo jurídico adotado, a distinção é feita a partir da concepção de código que cada um possui. Por exemplo, no *common law* os códigos não pretendem coibir a interpretação da lei, razão pela qual, se houver um conflito entre uma lei codificada e uma criada pela *common law*, ficará a cargo do juiz interpretar qual das duas deve ser aplicada²⁴.

No direito brasileiro, a aproximação dos sistemas do *civil law* e do *common law* se tornou mais evidente após a Emenda Constitucional nº 45, onde se passou a atuar com dois modelos de controle de constitucionalidade (difuso e concentrado), além da previsão constitucional do processo coletivo, que muito se aproxima da *class action* do direito norte-americano, das súmulas vinculantes e do regime de repercussão geral.

Ainda, o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015) trouxe a possibilidade de aplicação dos precedentes, permitindo uma maior celeridade de julgamento, especialmente das demandas de massa (consumeristas e previdenciárias, por exemplo), sendo possível assim, visualizar uma clara aproximação com o sistema do *common law*.

Assim, na lição de René David²⁵, deve-se reconhecer que, nos sistemas do *civil law*, “a jurisprudência move-se dentro dos quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer esses quadros”. Em sentido inverso, os sistemas do *common law*, a jurisprudência continua a ocupar o posto de principal fonte, não obstante o impacto sobre o sistema estadunidense da existência de uma Constituição dotada de supremacia formal e da crescente importância da legislação em ambos os ordenamentos.

²³MARINONI, Luiz Guilherme. *A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil*. Revista Jurídica, Porto Alegre, ano 57, n. 380, junho 2009, p. 46-47.

²⁴MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 56.

²⁵ ²⁵ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Coletânea Justiça e Direito, 5ª Edição. Editora: Martins Fontes, 2014, p. 120.

Na atualidade, é impossível encontrar um sistema jurídico puro. Não se encontra mais um país de tradição romano-germânica onde não haja um mínimo de influência da tradição anglo-saxônica, e a recíproca também é verdadeira. O mundo do *civil law* e o mundo do *common law* não estão isolados um do outro. Como integrantes de uma história e cultura ocidentais comum, estas tradições têm tido múltiplos contatos e influências recíprocas.

A aproximação entre as duas grandes famílias do direito ocidental é fato apontado pela maioria da doutrina comparatista. Mauro Cappelletti em sua obra “Juizes Legisladores?”²⁶, após discorrer sobre as diferenças entre os sistemas supracitados, conclui que é evidente o aumento da criatividade jurídica nos países de *civil law* da mesma forma que ocorre no *common law*, sendo as diferenças cada vez mais atenuadas entre ambos, resultando no que denomina “convergência evolutiva”. Ademais, sugere que a adoção de um sistema de controle judiciário de constitucionalidade, que em muito se diferencia das cortes superiores tradicionalmente criadas no sistema romano-germânico, também provoca a aproximação dos modelos, principalmente quando observado o efeito *erga omnes*, que, segundo Cappelletti, garante a eficácia do precedente vinculativo nas decisões das cortes constitucionais.

Desse modo, a peculiaridade do sistema brasileiro atual está no controle de constitucionalidade, que pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal e não somente por um tribunal constitucional. No Brasil é conferido à magistratura ordinária, inclusive ao juiz de primeiro grau o poder de negar a aplicação de uma lei. Isto ocorre quando o magistrado se depara com caso concreto, no qual a lei está em desacordo com a Constituição Federal.

Por isso, de acordo com Luiz Guilherme Marinoni²⁷, neste aspecto o direito brasileiro muito se aproxima do sistema americano, com a diferença que o juiz americano está vinculado aos precedentes e a decisão de sua Suprema Corte, pois caso contrário, põe em risco a unificação da interpretação das leis infraconstitucionais, bem como todo significado atribuído a sua Constituição Federal.

Em relação ao tema ativismo, Mauro Capeletti²⁸ alega que a inevitável criatividade da função judiciária aplicam-se a ambas as famílias jurídicas, traçando um paralelo entre a atuação criativa das Cortes Constitucionais europeias e os órgãos de cúpula do Poder Judiciário nos

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?*. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre. Editora: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 123-124 e 127.

²⁷MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 74.

²⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, Editora: Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, p.111.

países do *common law*. Não deixou, contudo, de reconhecer que continua a subsistir uma diferença de grau entre os sistemas jurídicos de uma e outra família no que concerne ao “fenômeno da criação judiciária do direito”.

Segundo Elival da Silva Ramos²⁹, se o ativismo judicial reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa, a mencionada diferença de grau permite compreender porque nos ordenamentos filiados ao *common law* é muito mais difícil do que nos sistemas da família romano-germânica a caracterização do que seria uma atuação ativista da magistratura, a ser repelida em termos dogmáticos, em contraposição a uma atuação mais ousada, porém ainda dentro dos limites do juridicamente permitido. Com efeito, existe na família originária do direito anglo-saxônico uma proximidade bem maior entre a atuação do juiz e a do legislador no que tange à produção de normas jurídicas.

Resta compreensível, portanto, porque nos sistemas do *common law* se adota uma conceituação ampla de ativismo judicial, que abarca desde o uso da interpretação teleológica ou a integração das lacunas, em que o Poder Judiciário atua de forma juridicamente irrepreensível, até as situações em que os limites impostos pelo legislador ou pelos precedentes vinculantes são claramente ultrapassados, configurando-se, pois, desvio de função por parte do órgão jurisdicional. Não há, via de regra, um sentido negativo na expressão “ativismo”. Ao contrário, o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao passivismo.

Assim, a maior proximidade existente entre a atividade do juiz e a do legislador nos ordenamentos da família do *common law* explica porque nesses sistemas o fenômeno do ativismo judicial não assume, em geral, conotação negativa, abarcando desde o uso da interpretação teleológico-evolutiva e da integração de lacunas, até as situações em que os limites impostos pelo legislador são claramente ultrapassados.

A teoria dos precedentes, muito bem absorvida pelo ordenamento jurídico dos sistemas que adotam o *common law*, ainda precisa de um maior estudo por parte dos juízes brasileiros, na verdade, é necessária uma mudança cultural na análise jurídica, para que haja maior

²⁹ RAMOS, Elival da Silva. *O Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2015, p. 109-110.

previsibilidade nas decisões, e por consequência, maior segurança jurídica para toda a sociedade.

Desta forma, verifica-se que é inevitável a influência recíproca entre as tradições, enquanto nos países que adotam o *civil law*, está ocorrendo um movimento de descodificação, nos países que adotam o *common law*, principalmente na Inglaterra e nos Estados Unidos, há uma intensa e crescente produção legislativa, composta por vários Códigos, entretanto, apesar desta característica oriunda da tradição romano-germânica, o *common law* ainda mantém intacto o significado atribuído aos Códigos e a função do juiz ao interpretá-los.

Concluindo, na medida em que no âmbito do *common law* se franqueia ao Poder Judiciário uma atuação extremamente ativa no processo de geração de direito, torna-se bem mais complexa a tarefa de buscar, no plano da dogmática jurídica, parâmetros que permitam identificar eventuais abusos da jurisdição em detrimento do Poder Legislativo, ao contrário do que ocorre no âmbito do *civil law*, como se verá adiante nesse trabalho.

1.4. O NEOCONSTITUCIONALISMO E AS ESPÉCIES NORMATIVAS: VALORES, PRINCÍPIOS E NORMAS

A diferenciação entre princípios, valores e normas é de fundamental relevância, principalmente após o advento da Constituição Federal de 1988, quando surgiu o debate da constitucionalização e dos seus efeitos sobre os direitos fundamentais, sendo certo que esse debate acerca dos princípios ganha cada vez mais espaço.

A palavra “princípio” vem do latim “*principium*”, que significa numa acepção vulgar, início, começo, origem das coisas. Na ideia de Paulo Bonavides³⁰ “*onde designa as verdades primeiras*”, bem como temos princípios, de um lado, servido de critério de inspiração às leis ou normas concretas desse direito positivo e, de outro, de normas obtidas mediante um processo de generalização e decantação dessas leis.

Para Wagner Balera³¹, “Só tem sentido atribuir-se qualidade de *princípio* a certo comando exarado pelo Estatuto Supremo se, com essa qualidade, tal comando direciona *desde o princípio* a vida da comunidade, de sorte a conferir apoio e fundamento a todas as ações nas quais os integrantes dessa mesma comunidade, com o instrumental jurídico, são chamados a intervir”.

³⁰BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 33 edição. Ed. Malheiros, São Paulo, 2014, p. 267.

³¹BALERA, Wagner. *Sistema da Seguridade Social*, . 7ª Edição, São Paulo, Ed. LTr, 2014, p. 29.

Segundo a metodologia tradicional, havia distinção entre princípios e normas, cada qual com significados distintos. Assim, a ideia de norma era sobreposta, dogmática e normativamente à ideia de princípio. A doutrina, ademais, chega a divisar, no gênero norma, mais uma espécie normativa: os valores. Desta forma, norma é gênero do qual os princípios, as regras e os valores são espécies.

Paulo Bonavides³² também esclarece que “os princípios, nesta perspectiva, são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade”.

Bonavides³³ salienta, ainda, que para os princípios conquistarem sua carga de juridicidade ou normatividade, foi necessário passar por três fases distintas. A *primeira fase – jusnaturalista* – os princípios eram impregnados pelo ideal de justiça, normas estabelecidas pela razão, entretanto afirma: “aqui os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspira os postulados de justiça”. São um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana. Na fase *juspositivista ou positivismo* jurídico – *segunda fase* – os princípios possuem força normativa subsidiária, onde os princípios gerais de direito serviriam de fundamento para o direito positivo. Não se concedeu normatividade aos princípios por reconhecê-los como meras pautas programáticas supralegais. Não são superiores às leis, mas delas deduzidos, para suprirem os vazios que elas não puderam prever (lacunas). Derivam da lei, e não de um ideário de justiça, promovendo a integração. Finalmente, na *terceira fase* – na fase *pós-positivismo* – os princípios adquiriram *status* de direito, superando a doutrina do direito natural e do positivismo ortodoxo. Os princípios passam a ser o vértice do ordenamento jurídico. São padrões, que vinculam toda a ordem jurídica. Sua função vai muito além da promoção da integração do direito. Paulo Bonavides afirma que isto se deu principalmente pela obra de Dworkin, que contribuiu significativamente para reconhecer a normatividade dos princípios, possibilitando também aos princípios a imposição de uma obrigação legal.

Assim, em sua origem, na sua primeira fase - os princípios não tinham o *status* jurídico, sendo considerados meras normas programáticas, de caráter eminentemente político e, por isso,

³² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 33 edição. Ed. Malheiros, São Paulo, 2014, p. 228-229.

³³ Ob cit, p. 232-235.

não vinculatório, representando uma dimensão ético-valorativa de postulado de justiça que derivam de uma fonte superior, de ordem metafísica, e que têm, num primeiro momento, fundamento na vontade divina e, posteriormente na própria natureza humana.

Conforme a segunda fase – juspositivista – os princípios passam a ser incorporados aos Códigos, servindo como fonte normativa subsidiária, haja vista que desempenham uma função supletiva dentro do ordenamento jurídico, de modo a impedir a ocorrência de um “vazio normativo”, servindo como recurso/solução para eventuais lacunas, pois são o resultado de uma generalização das próprias leis de direito positivo.

E na fase terceira fase - pós-positivista - foi reconhecida a normatividade dos princípios, como salientado acima.

O fundamento de positivação dos princípios reside na necessidade de não precisar recorrer a uma fonte de direito, exterior ao sistema para resolver questões não previstas no tipo legal. Posteriormente, os princípios foram incorporados também pelas constituições, como meras normas programáticas, desprovidas de qualquer força normativa. Nota-se, pois, que os princípios não contavam com a prerrogativa de serem resultados de uma generalização do conteúdo das leis, mas são programas de conotação política e, portanto, desprovidos de juridicidade.

Assim, na atualidade, não se pode negar que os princípios são espaços de manifestação política. Porém, a teoria constitucional atribuiu-lhes uma força vinculante, e não meramente programática, pois se a Constituição vale como lei, e se o direito constitucional é positivo, então as regras e os princípios constitucionais devem obter normatividade, regulando as relações da vida, dirigindo condutas e dando segurança e expectativas de comportamento.

Portanto, para o direito atual, princípios são considerados como diretrizes gerais do ordenamento jurídico, que servem para fundamentar e interpretar as demais normas. Os princípios têm origem nos aspectos políticos, econômicos e sociais vivenciados na sociedade, assim como nas demais fontes do ordenamento.

Com a unificação do sistema jurídico em torno do texto constitucional, tornou-se mais evidente a utilização dos princípios como fundamentos das decisões emanadas pelo Poder Judiciário.

Diferentemente do que se passava no positivismo jurídico, no qual se pregava a mera subsunção da situação fática à norma positivada, no neoconstitucionalismo e no

neoprocessualismo, os princípios constituem elementos norteadores da atividade jurisdicional no decorrer de todo o processo.

Segundo Alexy³⁴ regras e princípios são agrupados no conceito de norma, na medida em que ambos dizem o que deve ser, podendo ser “(...) formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição”. Logo, “princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção que se debruça é, pois, entre duas espécies de normas”.

As regras e os princípios são tidos, pela teoria clássica, como espécies de norma, de modo que a distinção entre eles constitui uma distinção entre duas espécies de normas. A regra é editada para ser aplicada a uma situação jurídica determinada. Já os princípios, ao contrário, são genéricos, porque comportam uma série indefinida de aplicações.

Com efeito, os princípios são considerados o elemento central da ordem jurídica, por representarem aqueles valores supremos eleitos pela comunidade que a adota, sendo, hoje, a sua característica mais marcante a normatividade, pois são vistos pela teoria constitucional contemporânea, como uma espécie do gênero norma jurídica, ao lado das regras jurídicas. As regras, portanto, são prescrições específicas que disciplinam determinadas situações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.

As regras, assim, são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou vínculo, ou seja, reconhecem por um lado, a pessoas ou entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam as pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem.

Para o autor alemão Robert Alexy³⁵ há três teses que diferenciam as regras e princípios, ou seja, a primeira considera que se trata de duas classes distintas; a segunda, que as normas podem dividir-se em regras e princípios, tendo a norma como gênero; a terceira tese determina que as normas podem dividir-se em regras e princípios e que entre eles existe não só uma

³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva, 2 Ed., Malheiros Editora, São Paulo, 2012, p. 87.

³⁵ ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva, 2 Ed., Malheiros Editora, São Paulo, 2012, p. 85-86.

diferença gradual, mas também qualitativa, em que os princípios são considerados normas de otimização.

Para esse autor, a principal distinção entre regras e princípios reside no fato de que estes últimos são mandatos de otimização, ao passo que as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não.

Embora as duas espécies normativas (princípios e regras) sejam cogentes, as regras esgotam em si mesmas, ao passo que descrevem o que se deve e o que não se deve; o que se pode e o que não se pode. Já os princípios são mandamentos de otimização que servem para ordenar o cumprimento de algo na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas de cada caso concreto.

Além dessas diferenças, temos que no conflito entre regras, a solução dar-se-á com a utilização dos critérios cronológico, hierárquico ou da especialidade, conforme teoria construída por Norberto Bobbio, no conflito entre princípios, como um não pode ser excluído em detrimento de outro, a doutrina e a jurisprudência vêm utilizando a técnica de ponderação dos bens jurídicos envolvidos, aliada ao princípio da proporcionalidade.

Não se admite conflito, mas colisão, entre os princípios estabelecidos no texto constitucional. Isso quer dizer que, se determinado princípio vier a colidir com outro, o órgão jurisdicional deverá ponderar qual deles irá prevalecer no caso concreto. Nesse caso, a atuação valorativa do julgador não importará em esvaziamento do conteúdo do princípio que não prevaleceu, como ocorre, por exemplo, quando da escolha de uma regra especial em detrimento de uma regra geral (critério da especialidade).

Os valores, por sua vez, surgem a partir de conceitos, elaborados pela própria sociedade, sobre o que é “bom” ou “mau”, o que é “certo” ou “errado”, o que é “moralmente aceito” e o que é “imoral”, etc. Os valores refletem as características principais de uma sociedade e estão baseados no senso comum, ou seja, no que normalmente a sociedade considera como aceitável.

Humberto Ávila³⁶ esclarece que: “os princípios não se identificam com valores, na medida em que eles não determinam o que deve ser, mas o que é melhor. Da mesma forma, no caso de uma colisão entre valores, a solução não determina o que é devido, apenas indica o que

³⁶ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª Edição. Editora Malheiros, São Paulo, 2011, p. 121.

é melhor. Em vez do caráter deontológico dos princípios, os valores possuem tão-só o axiológico.”

Desta forma, os valores são conceitos axiológicos, não contêm uma ordem ou uma proibição e sim uma valoração. A valoração pode ser de tipo comparativo de dois objetos se diz que um tem maior valor que outro, expressando-se juízos de preferência ou equivalência. Neste caso, o modo de interpretar o valor é, então, mediante juízo comparativo - juízo de ponderação – já que se trata de estabelecer uma medida, equilíbrio. Em outros casos, podem ser classificatórios. Já os princípios jurídicos estabelecem comandos, proibições e permissões, o que não ocorre com os valores, sendo que estes também enfrentam um juízo de ponderação, destinado a estabelecer o “seu peso” no caso concreto³⁷.

Pontuadas as distinções entre princípios e regras, é necessário retornar ao ponto comum: a principal semelhança entre princípios e regras está em que as regras são desdobramentos dos princípios e deles não podem afastar-se. Tanto se pode extrair regras de princípios, quanto se pode inferir princípios de regras. No limite linguístico, todo princípio tem algo de regra e toda regra tem algo de princípio. Há dispositivos (textos de normas) que funcionam tanto como princípios, quanto como regras. O “princípio da moralidade”³⁸ funciona tanto como princípio para a instituição de controladorias ou ouvidorias, quanto como regra para caracterizar improbidade administrativa (art. 11 da Lei 8.429/1992).

Afinal, a distinção entre princípios e regras não é tão firme assim. A diferenciação entre essas espécies de normas jurídicas pode, portanto, ser a conclusão da interpretação de um texto normativo. Virgílio A. Da Silva³⁹ afirma que: “A distinção entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas e não entre dois tipos de textos. É por isso que tanto as regras quanto os princípios pressupõem uma interpretação prévia”.

Luís Roberto Barroso, na escola do Constitucionalismo Moderno, tem se dedicado ao estudo da teoria do Pós-Positivismo (ou também chamado de “Constitucionalismo Principlista”), e afirma que o destaque dado à “teoria dos princípios” é decorrente de sua

³⁷ LORENZETTI, *Fundamentos do Direito privado*. São Paulo: Editora RT, 1998, p. 287.

³⁸ ROTHENBURG, Walter C., *A existência de uma concepção jurídica baseada em princípios*. In: *Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional. Do passivismo ao ativismo judicial.*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2012, p. 102.

³⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, n. 1, jan./jun. 2003, p. 617.

novidade, e que muitos os problemas que apresenta ainda não foram resolvidos, pois o modelo tradicional é o de aplicação de regras.

O direito é visto como uma mistura de regras e princípios, cada qual desempenhando papéis diferentes na composição da ordem jurídica. Os princípios, além de atribuírem unidade ao conjunto normativo, servem como guia para o intérprete, que deve pautar-se neles para chegar às formulações das regras.

Ainda, ensina que: “o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica - previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça no caso concreto”⁴⁰.

Para Luís Roberto Barroso “A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimidade democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras”⁴¹.

1.5. CONSTITUCIONALISMO PRINCIPALISTA (NEOCONSTITUCIONALISMO)

O mais proeminente neoconstitucionalista no Brasil da atualidade, o ministro Luís Roberto Barroso, explica que os termos constitucionalismo principialista, neoconstitucionalismo, pós-positivismo, são conceitos ainda inacabados, assim explicando: “Talvez essa seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos pós e neo: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 6ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2006, p. 352-355.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*, 5ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2015, pág. 283 e 301.

Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus”⁴².

Na tentativa de definir minimamente o que vem a ser o neoconstitucionalismo o citado autor o identifica como “um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais pode ser assinaladas (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, como a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a forma normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”⁴³.

Assim, é a partir daí que se tem impulso o que veio a ser chamado de neoconstitucionalismo, que surgiu dos seguintes aspectos: *a)* falência do padrão normativo que fora desenvolvido no século XVIII, baseado na supremacia do parlamento; *b)* influência da globalização; *c)* pós-modernidade; *d)* superação do positivismo clássico; *e)* centralidade dos direitos fundamentais; *f)* diferenciação qualitativa entre princípios e regras; *g)* revalorização do direito.

Para Luigi Ferrajoli⁴⁴, com a incorporação, nas Constituições, de princípios de justiça de caráter ético-político, com a igualdade, a dignidade das pessoas e os direitos fundamentais, desaparece o principal traço distintivo do positivismo jurídico: a separação entre direito e moral, ou seja, entre validade e justiça. Segundo esta tese, a moral, que no velho paradigma juspositivista correspondia a um ponto de vista externo ao direito, agora faz parte do seu ponto de vista interno⁴⁵. Acrescenta-se que esta concepção jusnaturalista de constitucionalismo é defendida não somente pelos principais expoentes do constitucionalismo não positivista, como Ronald Dworkin, Robert Alexy e Manuel Atienza, mas também por alguns dos seus críticos,

⁴² BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, [2005]. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>, p. 02.

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit, p.14.

⁴⁴ Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo – um debate com Luigi Ferrajoli. Alexandre Morais da Rosa...(organizadores) Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012, p. 19-22.

⁴⁵ “Nos sistemas constitucionais, escreve Habermas, “a moral não está mais suspensa no ar, acima do direito, assim como sugeria a construção do direito natural nos termos de um conjunto supralegal de normas; agora, a moral reside no próprio coração do direito” (HABERMAS, Jürgen. *Diritto e Morale*. In: HABERMAS, Jürgen. *Morale, diritto e politica*. Torino: Einaudi, 1992, p. 36).

como Michel Troper, juspositivista rígido, para quem o constitucionalismo é incompatível com o positivismo jurídico⁴⁶.

Existe ainda, um outro aspecto desta concepção de constitucionalismo: a configuração de grande parte das normas constitucionais, a começar pelos direitos fundamentais, não mais como regras suscetíveis de observância ou inobservância, mas sim como princípios que se respeitam em maior ou em menor grau e que, por isso, são suscetíveis de ponderação e balanceamento, porque se encontram, entre eles, virtualmente em conflitos.

Por outro lado, os direitos fundamentais são valores ético-políticos, de maneira que o direito passa a ter uma inevitável conexão com a moral. Ronald Dworkin considerada direito “como uma prática interpretativa”; Robert Alexy associa ao direito “uma pretensão de correção” e, portanto, o ônus de certa justificação moral; e Carlos Nino entende que as normas jurídicas não são, por si só, autônomas razões de justificação das decisões, estando a racionalidade jurídica aberta às razões morais⁴⁷.

Este constitucionalismo principialista caracteriza-se, portanto, (a) pelo ataque ao positivismo jurídico e à tese da separação entre direito e moral; (b) pelo papel central associado à argumentação a partir da tese de que os direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras, mas princípios, entre eles em virtual conflito, que são objetos de ponderação, e não de subsunção; e (c) pela conseqüente concepção de direito “como uma prática jurídica”, confiada, sobretudo, à atividade dos juízes. Sob este último aspecto, pode-se registrar uma singular convergência do constitucionalismo principialista com o realismo. O direito, segundo estas três orientações, é aquilo que, na realidade, dizem os tribunais – os operadores jurídicos – consistindo, em última análise, nas suas práticas interpretativas e argumentativas.⁴⁸

Paolo Grossi⁴⁹ afirma que “acredito firmemente que estamos adentrando em um período histórico no qual, só se pode aumentar o papel dos juristas”, mas “o jurista, seja como cientista, seja como juiz, também pode se considerar no dever de ser herdeiro daquele personagem fecundo que, na Roma Antiga, na sábia civilização do segundo medievo, na longa experiência

⁴⁶ “Agora está claro que o positivismo, nos três sentidos deste vocabulário” – aquele apresentado por Norberto Bobbio – “é absolutamente incompatível com o constitucionalismo”, que “parece estritamente ligado às doutrinas jusnaturalistas (TROOPER, Michel, *Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto*, p. 63).

⁴⁷ ATIENZA, Manuel. *Tesis sobre Ferrajoli e la superacion del positivismo jurídico*, 2008, p. 215.

⁴⁸ Esta é a tese sugerida já no título do livro de Manuel Atienza: *El derecho como argumentacion. Concepciones de la argumentacion*. Barcelona: Ariel, 2006, p. 33, 52-56, 214 e 222.

⁴⁹ GROSSI, Paolo. *Società, Diritto, Stato. Um recupero per il diritto*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 195-196.

do *common law* até os dias de hoje, fez-se leitor de exigências objetivas, percebeu o dever de levantar a bandeira de uma consciência ética da responsabilidade e as traduziu em princípios e regras de convivência”.

Nessa visão do direito constitucional, a Constituição não pode ser interpretada sem *standards* morais, haja vista sua relevância em adaptar as normas jurídicas as consequências fáticas. Desta forma, o processo interpretativo encontra-se nas mãos do juiz. Por outro lado não significa que o direito se tornará um apêndice da seara moral. O texto legal representa um *standard* determinante para a aplicação normativa, porém não pode o operador jurídico ficar de mãos atadas quando houver necessidade de realização de direitos fundamentais, aumentando a importância de um ativismo judicial que represente um elemento concretizador dos direitos fundamentais.

O caráter ideológico do neoconstitucionalismo é o de concretizar os direitos fundamentais, enquanto que o constitucionalismo clássico buscava limitar o arbítrio, dentro do delineamento da separação dos poderes.

Assim, o neoconstitucionalismo acaba por abrir as portas ao ativismo judicial, visto que a clássica separação dos poderes não mais corresponde às expectativas da sociedade em ver concretizados os direitos fundamentais, em especial, os de natureza prestacional. Em suma, os direitos fundamentais não se interpretam, concretizam-se.

Ferrajoli⁵⁰, conclui assim, que o constitucionalismo principialista, e da mesma forma o realismo, comporta um enfraquecimento e um colapso da normatividade dos princípios constitucionais, além de uma degradação dos direitos fundamentais neles estabelecidos, pois subverte a hierarquia das fontes, confiando à ponderação legislativa e àquela judicial a escolha de regulamentar uma à outra norma constitucional, e, portanto, à discricionariedade potestativa do legislador ordinário e dos juízes constitucionais.

Todavia, para os que defendem o constitucionalismo principialista, as decisões com base em princípios constitucionais é um valioso instrumento de aplicação do direito, no entanto, sua utilização deve ser feita de forma responsável e precisa, e impõe certas exigências. É preciso

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo – um debate com Luigi Ferrajoli. Alexandre Morais da Rosa...(organizadores) Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012, p. 55.

desenvolver uma metodologia adequada, por meio de um procedimento racional e fundamentado, devendo passar pelo menos pelas seguintes etapas⁵¹:

1º) a definição preliminar da área de proteção do(s) princípio(s) em questão, a fim de saber-se o que, exatamente, está coberto pela definição jurídica daquele(s) princípio(s);

2º) se a definição da área de proteção do(s) princípio(s) em questão não for suficiente para a solução do problema e apresentar(em)-se outro(s) princípio(s) conflitante(s), será preciso proceder à identificação dos demais princípios envolvidos;

3º) passa-se então para a complexa fase da implicação recíproca dos princípios envolvidos, em que se deverá realizar um sopesamento (avaliação ponderada dos princípios, uns em relação aos outros);

4º) formula-se, enfim, a regra de decisão, que é a concretização do princípio concernente ou o resultado da implicação recíproca e ponderada dos vários princípios concorrentes.

De todo modo, decisões com base em princípios exigem, muitas vezes, significativo esforço argumentativo e uma tomada de posição ideológica (sempre devidamente motivada e dentro dos marcos normativos estabelecidos no ordenamento jurídico). Esse é um dos motivos por que um dos juristas responsável pela projeção da teoria dos princípios (Ronald Dworkin) tenha atribuído ao julgador a figura mítica do “Juiz HÉRCULES”⁵².

Ainda que a utilização adequada dos princípios cobre muita habilidade e responsabilidade do magistrado, claro que aquele nível de exigência é descabido, no entanto, o que se exige do juiz e dos profissionais do Direito em geral é que, ao lidarem com os princípios, o façam de forma fundamentada e em sintonia com as expectativas da comunidade.

Como aponta Dimitri Dimoulis⁵³ “a presença de princípios no ordenamento jurídico não é sinônimo da liberdade decisória do aplicador, nem compromete a segurança jurídica. O aplicador se submete ao dever de fundamentar suas decisões, sendo obrigatório explicitar seus

⁵¹ ROTHENBURG, Walter C., *A existência de uma concepção jurídica baseada em princípios*. In: *Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional. Do passivismo ao ativismo judicial.*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2012, p. 106.

⁵² “.de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem (...) ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules”. (DWORKIN, Ronald. *Levando o direito a sério*, p.165)

⁵³ DIMOULIS, Dimitri. *O positivismo diante da principiologia.*, in *Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico político*. São Paulo, Editora: Método, 2006, p.194.

critérios. Deve também decidir respeitando o imperativo da imparcialidade que, apesar de sua carga ideológica, pode ser objeto de verificação doutrinária com base em argumentos racionais”.

No entanto, há, na atualidade, autores que direcionam críticas ao chamado “constitucionalismo principialista”, também chamado de pós-positivismo. Esses autores afirmam que reconhecer os princípios como síntese dos valores significa promover uma indevida conexão entre direito e moral. Asseveram que a distinção entre regras e princípios, e a aplicação desses segundo o critério ponderação resultam no enfraquecimento do caráter normativo das constituições, abrindo espaço para o decisionismo e o ativismo judicial.

Compartilhando dessa crítica, Lenio Streck destaca o emprego incontável e incontável de princípios, num fenômeno que denominou de pan-principiologismo. Nas palavras de Streck⁵⁴: “Estamos, assim, diante de um considerável número de *standards* interpretativos, que mais se parecem com tipo ou axiomas com pretensões dedutivistas. Sua diversidade – e a absoluta falta de critérios até mesmo para a sua definição – dá mostras da dimensão dos problemas enfrentados pelas diversas teorias que tratam da construção das condições de possibilidade da institucionalização de princípios efetivamente de índole constitucional. Na verdade, no modo como são apresentados – pelo menos em sua expressiva maioria – tais *standards* são originários de construções nitidamente pragmaticistas, mas que, em um segundo momento, adquirem foros de universalização. [...] Assim, está-se diante de um fenômeno que pode ser chamado de “*pan-principiologismo*”, caminho perigoso para um retorno à “completude” que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX a partir de uma “adaptação darwiniana”: na “ausência” de “leis apropriadas” (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete “deve” lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um “princípio” aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo”.

A crítica de Streck, na verdade, denuncia o uso exagerado de princípios, criados casuisticamente como ferramentas retóricas, mas que acabam adquirindo conotação

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo*. in: FERRAJOLI, Luigi et al. *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Alexandre Morais da Rosa...(organizadores) Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012, p. 64-71.

universalizante, muitas vezes sem o devido respaldo constitucional. Aliás, em muitos casos em clara ofensa aos direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição.

De qualquer forma, ainda que haja críticas a aplicação do pós-positivismo, pode-se constatar que a proposta dessa teoria pretende superar, em verdade, no positivismo jurídico, os problemas por este não resolvidos, envolvendo a determinação do direito no caso concreto.

1.6. CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E A MUDANÇA DE PARADIGMA – PROTAGONISMO DO JUDICIÁRIO

As mudanças no direito internacional e, em especial, no direito brasileiro, nas últimas décadas foram muitas, surgindo, inclusive, um novo paradigma, que como já dito anteriormente, passou a ser designado como neoconstitucionalismo, que veio a reconhecer a força normativa dos princípios jurídicos, valorizando a sua importância no processo de aplicação do direito.

O direito constitucional no Brasil sofreu evidentes alterações com a Constituição de 1988. É fato que os princípios e seu manejo têm uma importância destacada no contexto atual do Direito Constitucional no mundo e em nosso país.

Outra não é a conclusão que se extrai dos ensinamentos de Luís Roberto Barroso⁵⁵, sobre o constitucionalismo contemporâneo: “Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado na experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados contra a ação eventualmente danosa do processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário”.

Na passagem acima, e em outras tantas que serão também aqui referidas, Barroso explora o neoconstitucionalismo, como uma tendência da ciência jurídica, que conferiu ao direito

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 6ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2006, p. 263.

constitucional uma posição de absoluta centralidade, outrora ocupada pelo direito civil, e que tem como marco filosófico o que se convencionou chamar de pós-positivismo jurídico.

Neste contexto, portanto, é possível observar nesses vinte anos desde a promulgação da Constituição Cidadã, a evolução da jurisprudência constitucional brasileira, compreendendo, como ensina André Karam Trindade⁵⁶, três estágios bastante distintos:

1) *a fase da ressaca* – que se inicia no período sucessivo a promulgação da Constituição, em que se evidencia a dificuldade relativa à compreensão do novo paradigma que institui o Estado Democrático de Direito, de modo que grande parte das inovações restaram encobertas;

2) *a fase da constitucionalização* – que começa no final da década de 90, e é marcada pelo descobrimento da Constituição e de seus princípios, quando os tribunais deixam de exercer a função de mero aplicador da lei e assume, paulatinamente, o papel de intérprete da Constituição;

3) *a fase ativista*, cujo marco inicial pode ser considerado com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, em 2004, caracterizando-se por um crescente estímulo voltado à adoção de posturas pró-ativistas, que alcançam todas as instâncias judiciais.

Assim, é nessa terceira fase, do ativismo judicial, que o Brasil atualmente se encontra, sendo certo que por ser um fenômeno recente, ainda não foi suficientemente estudado por aqui, de modo que encontra diversas denominações e sentidos nas doutrinas brasileiras, como se verá no próximo capítulo deste trabalho.

A Constituição promulgada em 1988 elevou a *status* constitucionais vários direitos fundamentais e, por via de consequência, ampliou sobremaneira os mecanismos de defesa destes direitos, incluindo os institutos específicos para defesas dos direitos individuais e coletivos como o mandado de segurança, o *habeas-data*, o mandado de injunção e o controle concentrado de constitucionalidade, a ampliação dos legitimados a proporem ações de inconstitucionalidades e, ainda, com a ampliação dos poderes do Poder Judiciário.

Com esses direitos fundamentais insculpidos no texto constitucional e a ampliação e a facilitação do acesso à justiça, a população que, até então, era excluída de qualquer mecanismo de poder, e ante a omissão dos poderes executivos e legislativos para efetivá-los, passou a exigir que o Judiciário se manifestasse a fim de ver garantido aqueles direitos assegurados pelo poder

⁵⁶TRINDADE, André Karam, ob cit, p. 115.

constituinte. É neste cenário que começam a surgir as primeiras manifestações do novo neoconstitucionalismo, surgindo, no Brasil, a denominada judicialização da política e o ativismo judicial.

É inegável que, para assegurar o cumprimento das garantias constitucionais, principalmente os direitos fundamentais, os Tribunais, notadamente o Supremo Tribunal Federal tem que se valer, não raras vezes, dos princípios constitucionais e das denominadas cláusulas abertas.

Ante a omissão do Legislativo e os excessos praticados pelo Executivo, o Poder Judiciário tem sido chamado a se pronunciar sobre determinadas matérias que caberiam ao Legislativo regulamentar ou a Executivo praticar. Por vezes, o Judiciário não se limita a declarar a omissão legislativa ou a barrar os excessos da administração, indo além do que a dogmática legalista tradicional convencionou ser o papel do Judiciário, qual seja, a subsunção do fato à norma, e ante a imposição de obrigações aos outros poderes e aos administrados em geral, a doutrina vêm defendendo que há, muitas vezes, intromissão indevida do Judiciário nos demais Poderes da República, ferindo os princípios da separação dos poderes, a democracia e o estado democrático de direito.

De fato, o Judiciário nacional encontra-se em uma encruzilhada, pois cada vez mais é chamado a atuar em todos os tipos de demanda (desde as pequenas lides condominiais até as questões de interesse nacional, como o *impeachment* de Presidente da República), já não somente para adequar a constituição jurídica à constituição real, mas para se fazer presente em áreas não afeitas à sua concepção original. Frise-se que esta extensão se faz primordial para a manutenção da paz social e integridade das instituições governamentais, porém, cria-se distorções, já que o sistema tripartite clássico não responde adequadamente às necessidades sociais da atualidade.

É claro que não se defende que o Judiciário exerça a administração do Estado, muito menos legisle, mas devido à notória ineficiência dos outros poderes, é o que vem ocorrendo no Brasil, em alguns casos.

Nesse contexto é que se situa a figura do ativismo judicial, já que um dos pilares do Estado moderno democrático de direito é um Poder Judiciário forte o bastante para contrabalancear as suas forças interiores, influenciadas pela economia de mercado e pela comunidade, que constantemente entram em conflito.

Como ensina Luís Roberto Barroso, a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público; (iv) a concretização de direitos fundamentais sociais não efetivados pelos demais poderes.

Fredie Didier Jr.⁵⁷, ao se pronunciar sobre a jurisdição constitucional vigente, alega que não é mais possível utilizar a noção de jurisdição criada para um modelo de Estado que não mais existe, notadamente em razão de diversos fatores, tais como:

- i) a redistribuição das funções do Estado, com a criação de agências reguladoras (entes administrativos, com funções executiva, legislativa e judicante) e executivas;
- ii) a valorização e o reconhecimento da força normativa da Constituição, principalmente das normas princípio, que exigem do órgão jurisdicional uma postura mais ativa e criativa na solução de problemas;
- iii) o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, que impõe a aplicação direta das normas que os consagram, independentemente de intermediação legislativa;
- iv) a criação de instrumentos processuais como o mandado de injunção, que atribui ao Poder Judiciário a função de suprir, para o caso concreto, a omissão legislativa;
- v) a alteração da técnica legislativa: o legislador contemporâneo tem-se valido da técnica das cláusulas gerais, deixando o sistema normativo mais aberto e transferindo expressamente ao órgão jurisdicional a tarefa de completar a criação da norma jurídica do caso concreto;

⁵⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Volume 01, Editora Juspodivm, 2009, p. 67/68.

- vi) a evolução do controle de constitucionalidade difuso, que, dentre outras consequências, produziu entre nós a possibilidade de enunciado vinculante da súmula do STF em matéria constitucional, texto normativo de caráter geral, a despeito de produzido pelo Poder Judiciário.

Note-se, que uma das características que mais chamam a atenção na vigente compreensão da jurisdição constitucional atual reside na notável ampliação dos poderes exercidos pelo órgão judicante.

É este, portanto, o cenário que faz surgir o novo direito constitucional. Em tempos contemporâneos, cabe ao Direito Constitucional funcionar como verdadeira “lente”, através da qual se enxerga todo e qualquer outro ramo jurídico. Foge-se, destarte, da concepção tradicional de constitucionalismo, como instrumento de mera limitação do poder político do Estado, e passa-se a conceber o texto constitucional como um valor em si próprio, dotado de máxima eficácia, eis que ali estão representadas as opções políticas da sociedade.

E é justamente o pós-positivismo jurídico que se marca, profundamente, pela reaproximação do conceito de direito com a “moral” e com a “ética” (volta a importar o chamado “conteúdo justo do direito”). Não se despreza, como é cediço, a importância da lei escrita. Mas se ressalta, de outra banda, a normatividade dos princípios e o papel do intérprete como verdadeiro partícipe na construção da norma em si.

E, alguns relevantes marcos teóricos são hoje observados no neoconstitucionalismo. Um dos mais importantes deles é, sem dúvidas, o fortalecimento da jurisdição – e particularmente da jurisdição constitucional – aliado à emergência de novas categorias de interpretação jurídica, que conduzem a uma verdadeira revisão do papel exercido pelo julgador na construção e concepção do Direito.

Afasta-se, ademais, a centralidade da lei e do Poder Legislativo, com a criação de tribunais constitucionais (*judicial review*), de tal sorte que a última palavra em interpretação jurídica passa a caber, sempre e inevitavelmente, ao Poder Judiciário.

Os direitos fundamentais são constitucionalizados, o que lhes garante uma proteção e efetivação mais severa, muitas vezes em detrimento do sistema majoritário.

Ademais, tornam-se insuficientes os métodos clássicos de interpretação jurídica desenvolvidos por Savigny – métodos gramatical, histórico, sistemático e teleológico –,

emergindo novas categorias para tal finalidade, tais como: cláusulas gerais e conceitos indeterminados; interpretação de princípios; colisão natural de normas constitucionais; ponderação (solução para a colisão de direitos); argumentação (*hard cases*).

E tudo isso leva a uma nova definição da própria jurisdição, e marcadamente da jurisdição constitucional, a qual perpassa pela verdadeira “constitucionalização” de todos os ramos do sistema jurídico. Em virtude do caráter expansivo e irradiante das normas constitucionais, o direito passa a ser analisado sempre à luz da do texto constitucional, em fenômeno comumente chamado de filtragem constitucional.

Sobre este tema, veja-se interessante abordagem realizada pelo já referido constitucionalista Luís Roberto Barroso⁵⁸: “A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: (i) quanto ao papel da norma, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao papel do juiz, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como regras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção. (...) Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis”.

A revisão do papel do julgador fica bastante evidente quando considerada a interpretação jurídica tradicional e a que decorre das inovações sofridas pelo Direito Constitucional.

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 6ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2006, p. 266.

Hodiernamente, confere-se ao Poder Judiciário, órgão estatal responsável pelo exercício da função jurisdicional, um poder muito mais relevante do que o exercido outrora.

Na Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais passaram a ter grande proximidade com a política, o que evidencia o porquê do intervencionismo do Judiciário nas políticas públicas a partir de então.

Assim, toda vez que a Constituição exigir a defesa das minorias contra discriminação, a proteção de liberdade de manifestação e de opinião, a proteção do mínimo existencial e a proteção de direitos fundamentais sociais (exemplo a proteção da saúde, previdência e assistência), como verdadeiras condições para o exercício da democracia, exigir-se-á um controle forte do Judiciário.

É claro que não se está defendendo a ideia de intervenção do Judiciário de forma desproporcional. O que se procura defender que é os direitos fundamentais dispostos na Constituição devem ser assegurados de forma igualitária a todos os cidadãos.

Esse papel mais ativo e renovado do Poder Judiciário pode ser observado em inúmeras decisões judiciais recentes, que vão desde as decisões de juízes de primeira instância até as proferidas nos tribunais superiores, especialmente aquelas proferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

A título de exemplo, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, publicado no DJ em 04.05.2004, o Supremo Tribunal Federal, por intermédio do voto do Ministro relator Celso de Mello, tratou da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas. Nessa importante decisão, que estabeleceu os parâmetros de atuação da Suprema Corte nessa matéria, ressaltou-se a dimensão política de sua jurisdição constitucional, *“que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais e concretas”*, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, *“comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional”*.

A pergunta que vem a seguir é a de se saber se a implementação das políticas públicas, papel tradicionalmente reservado aos Poderes Legislativo e Executivo, estaria incluída no rol das medidas judiciais concretizadoras da Lei Fundamental. A resposta contida na decisão da

Suprema Corte brasileira é: não *ordinariamente*, mas sim em *bases excepcionais*, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas de conteúdo programático.

No entanto, apesar da ênfase na diferença entre casos ordinários e excepcionais, a Suprema Corte brasileira vem, nos últimos tempos, implementando ativamente direitos econômicos, sociais (incluindo-se os direitos da saúde, previdência e assistência) e culturais, de forma que o excepcional acaba tornando-se, em alguns momentos, ordinário na atuação do tribunal, em especial, quando se trata de proteção de direitos fundamentais.

Assim, conforme se procurou demonstrar brevemente, a ideologia neoconstitucional, que coloca o Poder Judiciário no centro das mais relevantes atividades políticas e institucionais do país, ao mesmo tempo em que põem em xeque muitas das limitações de competências funcionais dos três poderes, busca uma reconfiguração do princípio da separação dos poderes em favor do Judiciário.

Ademais, é importante ressaltar que o princípio da separação dos poderes, à luz da interpretação dada pelo neoconstitucionalistas, e que afeta diretamente a questão da democracia, foi compreendido da seguinte forma por Daniel Sarmiento⁵⁹: “No neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais. No lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitem a sua fiscalização por juízes não eleitos. E ao invés de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal, enfatiza-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiquidade da sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo da jurisprudência”.

⁵⁹ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coords.). Neoconstitucionalismo, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 274.

Importante frisar, por fim, que a judicialização das questões de políticas não ocorre somente no âmbito de atuação dos tribunais superiores. Também os juízes de primeira instância ingressam nesse ativismo judicial que se reflete, com clareza, na concessão de medidas na implementação de políticas públicas, notadamente em questões de saúde pública e de concessão de direitos sociais (em especial, na concessão de benefícios previdenciários e assistenciais) de forma institucionalmente expansiva, como se verá mais pormenorizadamente no capítulo 4 deste trabalho.

Conclui-se, assim, que nesse contexto fica claro o papel destinado ao Judiciário, especialmente ao juiz constitucional. Ele se transforma em um intérprete privilegiado da Constituição e distribuidor da “verdadeira justiça”. É o principal protagonista da cena constitucional contemporânea. A natureza do objeto que interpreta (a Constituição), a explicação de suas funções (estabelecer a escala de valores considerada justa), as específicas consequências de sua atividade interpretativa (impactos políticos e jurídicos) fazem da Corte Constitucional um dos principais órgãos políticos da moderna organização estatal, transformando-o contemporaneamente no gestor do constitucionalismo moderno⁶⁰.

Assim, nesse novo contexto de interpretação constitucional, passa-se a entender que o Poder Judiciário é dotado de uma competência subsidiária em matéria de direitos fundamentais sociais e na implementação de políticas públicas. Se o Poder Legislativo e o Executivo não implementarem as políticas públicas protetivas, caberá, subsidiariamente e excepcionalmente ao Judiciário fazê-lo.

⁶⁰ POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo giuridico*, Torino: G. Giappichelli, 2001, p 103-104.

CAPÍTULO 2: O ATIVISMO JUDICIAL

2.1. O conceito de ativismo judicial

Primeiramente, é importante ressaltar que sobre o tema “ativismo judicial” existem mais divergências que convergências, implicando, assim, certo cuidado no debate, a começar pela sua origem.

Ademais, é importante frisar que esse trabalho não pretende se filiar a um posicionamento favorável ou contrário ao ativismo judicial, mas apenas propor uma conceituação de ativismo judicial segundo os parâmetros de atuação judicial brasileiros, conceito este que terá um caráter multidimensional.

É certo que a origem do nome “ativismo” remonta ao sistema jurídico norte-americano (sistema do *common law*), em que os precedentes constituem a principal fonte do direito e, portanto, a atividade jurisdicional implica a própria criação do direito.

Nos Estados Unidos da América, o termo “ativismo judicial”, propriamente dito, apareceu pela primeira vez em 1947 em um artigo da revista americana *Fortune* (Vol. XXXV, nº 1, no mês de janeiro de 1947), escrito por Arthur Schlesinger Jr., sobre os juízes da Suprema Corte⁶¹. Naquela oportunidade, Schlesinger discutiu amplamente sobre o termo “ativismo judicial” e “autorrestrrição judicial”, utilizando a palavra ativismo, sempre numa conotação negativa, para a época. De lá para cá, o termo tem sido usado de várias maneiras.

O artigo de Schlesinger avaliou a Suprema Corte de 1947, formada quase inteiramente por juízes nomeados pelo então ex-presidente Roosevelt. O autor classificou os juízes da Corte em: (i) *juízes ativistas com ênfase na defesa dos direitos das minorias e das classes mais pobres* – *Justices* Black e Douglas; (ii) *juízes ativistas com ênfase nos direitos de liberdade* – *Justices* Murphy e Rutledge; (iii) *juízes campeões da autorrestrrição* – *Justices* Frankfurter, Jackson e Burton; e (iv) *juízes representantes do equilíbrio de forças (balance of powers)* – *Chief Justice* Fred Vinson e o *Justice* Reed.

⁶¹ SCHLESINGER, JR, Arthur M., *The Supreme Court: 1947*, FORTUNE, Jan. 1947, at 73, 74–76. The article also labeled Justices Murphy and Rutledge as “activist.” *Id.* at 75–76. For an extensive and helpful discussion of Schlesinger’s role in coining the term and the arguments he made, see Craig Green, *An Intellectual History of Judicial Activism*, 58 EMORY L.J. 1195, 1200–09 (2009). Notably, even before the term was first used, the idea of an activist judge had been understood in principle in debates about the judiciary throughout American history. See LINDQUIST & CROSS, *supra* note 12, at 1–2.

Para Schlesinger, os juízes ativistas substituíam a vontade do legislador pela própria porque acreditavam que deveriam atuar ativamente na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos, mesmo se para tanto, chegassem próximo a correção judicial dos erros dos legisladores. Ao contrário, os juízes que atuavam com autorrestrrição judicial entendiam que a Suprema Corte não deveria intervir no campo da política, agindo com deferência à vontade do legislador.

Por fim, Schlesinger apontou que decidir sobre ativismo judicial ou autorrestrrição judicial é decidir a respeito do *espaço decisório* da Suprema Corte no sistema constitucional e político do país. Ele tomou partido da autorrestrrição judicial, salientando que “os maiores interessados da democracia nos Estados Unidos requerem que a Corte retraia ao invés de expandir seu poder”, devendo deixar a “instituições diretamente responsáveis ao controle popular” o poder de decisão. Contudo, advertiu que o ativismo se justificaria caso “ameaçadas as liberdades que garantem a própria participação política dos indivíduos”⁶², ou seja, ele não negou o ativismo em absoluto, entretanto, não o aceitava como rotina institucional da democracia norte-americana.

É importante salientar que os exemplos clássicos e que foram um marco histórico do debate sobre ativismo judicial na Suprema Corte Americana são as decisões *Marbury v. Madison*, *Dred Scott v. Sandford* e *Lochner v. New York*.

A tratar do Estado Norte-Americano, Canotilho⁶³ faz o seguinte destaque: “Se necessário, os juízes farão uso do seu direito-dever de acesso à constituição desaplicando as “más leis” do governo e declarando-as nulas (*judicial review of legislation*)”.

O controle de constitucionalidade norte-americano acabou se sobrepondo à fórmula de Locke, para quem “entre o legislador e o povo, ninguém na terra é o juiz”, admitindo que os juízes podem sim se colocar entre o povo e o legislador. Conforme assevera Canotilho⁶⁴, os “juízes são competentes para medir as leis segundo a medida da constituição”.

O estudo da história do constitucionalismo norte-americano permite que se identifiquem três eras bastante distintas, segundo Christopher Wolfe⁶⁵: uma *tradicional* (1787-1890), onde a

⁶²SCHLESINGER, JR, Arthur M., *The Supreme Court: 1947*, FORTUNE, Jan. 1947, Vol. 35, p. 208-212.

⁶³CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed., Coimbra: Almedina, 2007, p. 95.

⁶⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op.cit, 2007, p. 60.

⁶⁵ WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review. From constitutional interpretation to judge-made law*. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994, p. 39 e ss;

Suprema Corte assumira uma postura voltada à aplicação da Constituição diante das leis ordinárias; outra de *transição* (1890-1937), marcada por uma tendência conservadora da Suprema Corte, ficando conhecida como uma política judiciária de contenção (*self-restraint*), em que a Corte Suprema impossibilitava a interferência do Estado na esfera das relações privadas; e por fim, a era *moderna* (1937-hoje), a mais importante de todas, em que o foco se desloca da esfera econômica para as liberdades civis, na medida em que a primeira e a décima quarta emendas tornaram-se mote de um ativismo judicial que até então não havia sido desenvolvido e que inscreveria a atuação desempenhada pela Suprema Corte na história do constitucionalismo - inseridos na tradição do *common law*, os juízes deixaram de simplesmente interpretar as leis e passaram a reescrevê-las.

O que importa registrar aqui é que a interferência do Poder Judiciário nas esferas legislativa e executiva nos Estados Unidos, atravessa as três eras retratadas por Wolfe, o que permite concluir que o ativismo judicial pode assumir as mais diversas formas e conotações, resultando inúmeras dificuldades teóricas e práticas relativas à sua definição conceitual.

Basta consultar dicionários jurídicos norte-americanos para se verificar que não existe o mínimo consenso sobre o tema, por exemplo, o *Merriam-Websters Dictionary of Law* descreve o ativismo judicial enfatizando seu elemento finalístico, que seria a expansão dos direitos fundamentais; já o *Black Law Dictionary* destaca seu caráter comportamental, referindo o aspecto pessoal que determina a compreensão/interpretação dos magistrados a respeito das normas constitucionais.

Não é à toa que, frequentemente, a expressão *ativismo judicial* nos Estados Unidos, ainda é empregada para designar “*a decision one does not like*” (sic).

De todo modo, entre as diversas concepções encontradas, uma das mais amplas, é a apresentada por William Marshall⁶⁶, que enumera sete tipos de ativismo judicial:

- 1) *ativismo contramajoritário* – quando os tribunais relutantes discordam das decisões tomadas pelos poderes democraticamente eleitos;
- 2) *ativismo não originalista* – quando os tribunais negam o originalismo na interpretação judicial, desconsiderando as concepções mais estritas do texto legal ou, então, a intenção dos autores da Constituição;

⁶⁶ MARSHALL, William P. *Conservation and the Seven Signs of Judicial Activism*. University of Colorado Law Review, Chapel Hill, n. 73, p. 101-140, set, 2002. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=3302666>>

- 3) *ativismo de precedentes* – quando os tribunais rejeitam a aplicação de precedentes anteriormente estabelecidos;
- 4) *ativismo jurisdicional* – quando os tribunais não obedecem aos limites formais estabelecidos para sua atuação, violando as competências a eles conferidas;
- 5) *ativismo criativo* – quando os tribunais criam, materialmente, novos direitos e teorias através da doutrina constitucional;
- 6) *ativismo correicional/remediador (ou remedial)* – quando os tribunais usam seu poder para impor obrigações positivas aos outros poderes ou para controlar o cumprimento das medidas impostas;
- 7) *ativismo partidário (ou partisan)* – quando os tribunais decidem com a finalidade de atingir objetivos nitidamente partidários ou de determinado segmento social.

Com base nas tipologias apresentadas por Marshall, o que se verifica é que, de certa maneira, todas as formulações pressupõem uma disfunção no exercício da atividade jurisdicional. Isto permite concluir que o ativismo judicial consiste na recusa dos tribunais de se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pela Constituição⁶⁷.

Já Luiz Flávio Gomes⁶⁸, cita apenas duas espécies de ativismo judicial: o *inovador*, no caso de o juiz criar uma norma; e o *ativismo revelador*. Nesse, o juiz também irá criar uma regra, um direito, contudo com base em princípios constitucionais ou na interpretação de uma norma lacunosa.

E complementa: “É preciso distinguir duas espécies de ativismo judicial: há o *ativismo judicial inovador* (criação, ex novo, pelo juiz de uma norma, de um direito) e há o *ativismo judicial revelador* (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa). Neste último caso o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, mas sim,

⁶⁷ Nesse sentido, ver POGREBINSCHI, Thamy. *Ativismo Judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro, n. 17, p. 121-143, 2000, onde o autor define seus critérios de identificação e, ao final, considera ativista o juiz que “(a) use o seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado; (b) promova, através de suas decisões, políticas públicas; (c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade”.

⁶⁸ GOMES, Luiz Flávio. *O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?*. Publicado em 06/2009. Disponível em : jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes. (acessado em 02/08/2017)

no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa”.

De todo modo, independentemente da forma como se a apresente, o ativismo judicial ultrapassou as fronteiras do *common law*, também chegando (um pouco mais tarde) ao sistema do *civil law*, na medida em que o constitucionalismo do segundo pós-guerra passou a ser reconhecido pela positivação de uma série de princípios e, ainda, pela ampliação dos espaços de jurisdição.

Como já dito, as profundas cicatrizes deixadas pela Segunda Guerra Mundial, resultaram na formulação de novas propostas jusfilosóficas dispostas a reconhecer o fracasso do direito, o que se verificou, lamentavelmente, durante os regimes totalitários, passando-se a partir de então a se repensar o seu sentido.

Como um dos melhores exemplos, tem-se o papel estratégico que passou a ser exercido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, a partir da década de 50, que passou a ser conhecido como “jurisprudência dos valores”. E, muito embora o sistema jurídico germânico pertença a tradição do *civil law*, é recorrente a ideia de que a intensa atividade de seu Tribunal Constitucional Federal pode ser considerada fonte primária da ciência jurídico-constitucional dogmática.

No Tribunal Constitucional alemão, o ativismo judicial é manifesto, principalmente, no modo como interpreta e realiza o sistema de direitos fundamentais da Constituição alemã. Pode-se citar a ordem objetiva de valores, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a ponderação, a proporcionalidade, a concordância prática, a dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial, sendo o seu núcleo essencial elemento para a garantia dos direitos fundamentais. Assim, a Corte Alemã passou a ser paradigma da importância que as cortes constitucionais podem alcançar nos sistemas políticos e nas sociedades em que são inseridas.

No Brasil, o que se verifica é que estas duas experiências – a norte-americana e a alemã – terminaram produzindo efeitos diretos, sobretudo a partir da promulgação da Carta de 1988, resultando na geração de um ativismo judicial *sui generis* – muitas vezes sob as vestes do

garantismo, que vem sendo praticado tanto pelo Supremo Tribunal Federal quanto pelas demais instâncias do Poder Judiciário⁶⁹.

De todo modo, é preciso se superar o problema da indefinição conceitual, cada vez mais agravado pelo uso indiscriminado e, muitas vezes, pejorativo do termo.

Para parte da doutrina que se debruça sobre o tema, como já denominados no capítulo anterior, os juízes ativistas são sempre uma ameaça aos valores democráticos e à separação dos poderes, de modo que ao termo acaba servindo como “substituto para excesso judicial”⁷⁰. Para outros doutrinadores, porém, os juízes e as cortes devem agir de modo mais assertivo em nome dos direitos da liberdade e igualdade e diante da inércia ou do abuso de poder por parte de outros atores políticos e instituições e diante da concretização dos direitos fundamentais.

Na verdade, não há realmente um consenso sobre o que é ativismo judicial e ele acaba significando coisas distintas para pessoas distintas. É possível haver tantas concepções de ativismo judicial quantos autores sobre o tema. Diante desta falta de rigor na definição, parece até que quanto mais o termo se torna comum, mais obscuro fica seu significado⁷¹.

Assim, chega-se a conclusão que o termo ativismo judicial, diante da sua complexidade, deve apresentar uma definição multidimensional.

Nesse sentido, Carlos Alexandre de Azevedo Campos⁷², nos ensina: “A complexidade do ativismo judicial revela-se na forma como se manifestam as decisões ativistas. Essas definições apresentam diferentes dimensões, o que significa dizer que o ativismo judicial consiste em práticas decisórias, em geral, multifacetadas e, portanto, insuscetíveis de redução a critérios singulares de identificação. Há múltiplos indicadores do ativismo judicial como a interpretação expansiva dos textos constitucionais, a falta de deferência institucional aos outros poderes de governo, a criação judicial de normas gerais e abstratas, etc. Assumir esta perspectiva transforma a identificação do ativismo judicial em uma empreitada mais completa e segura.”

Pode-se dizer que o ativismo caracteriza-se pelas decisões judiciais que impõem obrigações ao administrador, sem, contudo, haver previsão legal expressa. Decorre da nova

⁶⁹ TRINDADE, André Karam, *Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial e terrae brasilis*, in *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo – Um debate com Luigi Ferrajoli, Alexandre de Moraes da Rosa* (organizadores). Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012, p. 114.

⁷⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 149.

⁷¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Op.cit., 2014, p. 150-151.

⁷² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Op.cit., 2014, p. 163-164.

hermenêutica constitucional na interpretação dos princípios e das cláusulas abertas, o que tem despertado, por alguns, pesadas críticas ao Poder Judiciário, em uma clara sinalização negativa à sua prática, por importarem, via de regra, na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.

Também, entende-se por ativismo judicial as decisões políticas tomadas pelo Poder Judiciário. O termo ativismo judicial indica que a Corte está deixando de se restringir à atividade interpretativa, para estabelecer novas condutas, criando direito novo. A tendência tem sido a de levar as questões políticas para serem debatidas no âmbito judicial, de forma que assuntos políticos passam a ser exteriorizados como jurídicos.

Não é novidade dizer que a construção do significado concreto do dispositivo normativo somente é possível com a atividade de interpretação. Contudo, a aplicação de princípios como parâmetro de solução do caso concreto gera maior participação do Poder Judiciário na criação do direito e, em oposição ao passivismo judicial que definia o juiz “boca da lei” e a aplicação mecanicista do ordenamento, surge o ativismo judicial.

Em todos esses temas, devemos ter em conta que o balizamento tanto da atividade política como da atuação jurídica é a Constituição. Todavia, o que se tem observado é que Supremo Tribunal Federal passou a adotar uma nova postura interpretativa, de modo a permitir que, por via hermenêutica, torne-se possível corrigir a lei, modificá-la ou mesmo criar direito novo onde a lei nada especifica, além de permitir a criação de normas de caráter constitucional por decisão judicial.

Seguindo a nova interpretação constitucional, o ativismo judicial teria a função de dar maior eficácia às normas constitucionais. Diferentemente do pensamento inicial, crítico, que visualizava a postura ativista como afronta ao Estado Democrático de Direito, o ativismo pautado nos princípios constitucionais e com o objetivo de dar efetividade aos mesmos não afrontaria o Estado Democrático de Direito.

A postura ativista por parte do Judiciário nem sempre significa que haja afronta à separação dos poderes, mas que este resolva a lide a ele submetida, função da jurisdição, motivo pelo qual não há afronta ao Estado de Direito, pois, pior seria se o Judiciário, ainda que acionado, se mantivesse inerte, em postura similar ao Legislativo ou Executivo.

Assim, afirma-se que a principal característica da experiência jurídica brasileira após a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi o fortalecimento do Poder Judiciário,

seguindo uma tendência que se manifesta em vários países, mas adquiriu particular intensidade no Brasil.

O Judiciário concretiza a Constituição, aplicando-a diretamente em casos concretos, de acordo com aquilo que os Tribunais consideram como conteúdo dos princípios constitucionais.

Nos últimos anos aumentou o número de decisões do Judiciário brasileiro que atendem a pedidos para que se determine uma política social mais generosa e divergente daquela decidida pelo Legislativo e implementada pelo Executivo. Frequentemente, os juízes obrigam o Executivo a construir escolas, fornecer medicamentos não autorizados pelas autoridades competentes ou medicamentos de alto custo, a internar pacientes, a matricular alunos em escolas apesar a falta de vagas, a conceder benefícios previdenciários a dependentes que não constam do rol de legitimados, ou a conceder benefício assistencial a quem ultrapassa o limite da renda *per capita* prevista em lei.

Sob esta perspectiva, o ativismo judicial brasileiro, muitas vezes, repristina a tese da discricionariedade, na medida que é o produto de uma aposta no protagonismo dos juízes, que devem atentar para os valores constitucionais previstos na Carta Magna, e, a partir da técnica da ponderação, da proporcionalidade e da máxima efetividade, fundamentar suas decisões através de uma argumentação racional.

E, juntamente com o seu surgimento, apareceram simultaneamente, as críticas favoráveis e desfavoráveis, ao modo em que vem sendo aplicado na prática.

Favoravelmente, pode se argumentar que o ativismo judicial é uma consequência da necessária aproximação de preceitos normativos às circunstâncias concretas e da incapacidade de o legislador enfrentar o dinamismo, a complexidade e o pluralismo da realidade da sociedade moderna.

Desfavoravelmente, o ativismo é compreendido como violação dos limites impostos ao magistrado pelo próprio ordenamento, quando então o Poder Judiciário exorbita sua competência, caracterizando um desvio de conduta institucional e infringindo a separação de poderes do Estado Constitucional de Direito.

Desse modo, as principais críticas ao ativismo judicial residem nos argumentos de que os juízes e Tribunais, incluindo os Tribunais Constitucionais, não teriam legitimidade democrática para, em suas decisões, insurgirem-se contra atos legalmente instituídos pelos poderes eleitos pelo povo.

Surge, então, o denominado contramajoritarismo, que é a atuação do Poder Judiciário atuando ora como legislador negativo, ao invalidar atos e leis dos poderes legislativos ou executivos democraticamente eleitos, ora como legislador positivo – ao interpretar as normas e princípios e lhes atribuírem juízo de valor. Os críticos argumentam também que há intromissão do Poder Judiciário nos demais poderes da república, ferindo de morte o princípio da separação e harmonia entre os poderes, bem como o estado democrático de direito e a democracia.

Dessa forma, efetua-se uma politização do Judiciário, uma vez que os magistrados passam a efetuar, fundados na distorcida prerrogativa do chamado controle difuso de constitucionalidade, juízos eminentemente políticos. Surge o chamado juiz político, que concretiza políticas públicas de forma descomprometida, uma vez que não é responsabilizado pelo cumprimento da alocação de recursos efetuada pelos orçamentos e planos plurianuais, nem goza de qualquer espécie de representatividade política, ou mesmo compromisso político-partidário e/ou com algum programa de governo específico.

É importante sempre levar em conta as críticas feitas perante a atuação do Poder Judiciário, todavia não se pode relevar que o direito atual permite uma maior integração dentre os Poderes, isto é, não se deve analisar a teoria da separação dos poderes nos mesmos moldes de séculos anteriores. Cabe ao Poder Judiciário, ainda que de forma considerada ativista, proteger direitos fundamentais, os quais foram elevados a tal patamar após anos de luta, pela sociedade.

Assim, em se tratando de ativismo judicial, não se pode deixar de lado uma coerência nas decisões, ainda mais que algumas delas afetam a vida de milhões de cidadãos. Havendo coerência nos motivos determinantes de cada decisão, conseqüentemente haverá uma maior segurança jurídica.

Ronald Dworkin⁷³, filósofo norte-americano e um dos mais influentes representantes do pensamento moralista, insiste em negar que sua concepção de direito conduza ao ativismo judiciário, porque seu protótipo de juiz não decide livremente, guiado apenas pela própria consciência, e sim vinculado à prática constitucional de um país que adote a visão do direito como integridade (os Estados Unidos, segundo ele, no sistema de *common law*). Destarte, para ele, devem os juízes e tribunais considerar os precedentes, as leis e a Constituição, porém não

⁷³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo, São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 272.

no sentido limitante característico da postura positivista e sim como parte da tradição política dos Estados Unidos da América.

A singularidade do ativismo judicial está diretamente relacionada às especificidades da atividade de interpretação e aplicação da Lei Maior, que, dentre outras, compreendem: a supremacia hierárquica das normas constitucionais; o caráter monogénico de boa parte dos preceitos constitucionais, concretizados na estrutura lógica de normas-princípio; a imprecisão semântica da linguagem constitucional, frequentemente referida a conceitos indeterminados de cunho valorativo; a fundamentalidade da maior parte das normas formalmente constitucionais; a posição de supremacia funcional dos órgãos judiciários com atuação mais decisiva no tocante à interpretação-aplicação da Constituição.

Assim, quanto aos parâmetros para se identificar o ativismo judicial temos: a exigência de que toda e qualquer interpretação constitucional seja compatível com a amplitude de sentidos projetada pelo texto da norma (limite da textualidade); e, a exigência da percepção o direito como um sistema, importando na necessidade do intérprete-aplicador atentar para a existência de normas principiológicas implícitas e para a circunstância de que as normas, institutos e conceitos jurídicos que os expressam não estão simplesmente justapostos no ordenamento, havendo entre todas essas categorias vínculos funcionais que a correta operação do sistema jurídico pressupõe.

Entre os fatores de impulsão ao ativismo judicial no Brasil, está a adoção de um modelo de Estado intervencionista, que leva juízes e tribunais a revelar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhe incumbe, concretizando o programa que a Constituição delineou. A intensificação do controle abstrato de normas e atividade normativa atípica, também induz ao incremento do ativismo judicial, assim como, a principiologização do direito desponta como a face mais visível do neoconstitucionalismo, a proclamar, principalmente, a aplicabilidade imediata de direitos sociais veiculados por normas programáticas.

No entanto, uma das principais causas de recrudescimento do ativismo judiciário é, contudo, de ordem institucional, reportando-se à ineficácia dos Poderes representativos na adoção das providências normativas adequadas à concretização do projeto social-democrático previsto na Constituição Federal de 88.

Concluindo, se no início do século XX, o *realismo norte-americano* sustentava, abertamente, que o direito era aquilo que os tribunais diziam, em razão de sua criação

jurisprudencial, e se, na metade do século XX, a *jurisprudência de valores alemã* buscava legitimar suas decisões através de procedimentos como a ponderação, em face da falta dos fantasmas do regime nacional-socialista; então, no começo do século XXI, o que se verifica é uma aposta no ativismo judicial *à brasileira*, cujo crescimento coloca em xeque a própria legitimidade democrática da jurisdição constitucional na medida em que permite que os juízes não mais interpretem a Constituição, mas se assenhem dela⁷⁴.

Desse modo, para o fim que se pretende este trabalho, e com escopo de auxiliar a delimitação das discussões tanto contrárias quanto favoráveis à atuação do ativismo judicial, formulou-se o conceito multidimensional, ao qual adoto, como o seguinte: *Ativismo judicial é uma atitude expansiva por parte do Poder Judiciário que vai além da sua função típica, com perfil aditivo ao ordenamento jurídico, que se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias, que se caracteriza por criar, modificar, completar ou corrigir normas jurídicas, por sanar omissões dos outros poderes, por determinando a efetivação de políticas públicas ou por impor o cumprimento de comandos constitucionais na busca da concretização de direitos fundamentais.*

Dessa definição multidimensional pode se extrair as seguintes assertivas sobre as práticas decisórias ativistas:

- (i) é uma atitude expansiva do Poder Judiciário, que vai além das suas competências ordinárias e fora de sua função típica, com perfil aditivo ao ordenamento jurídico;
- (ii) as decisões judiciais que criam, modificam, corrigem, ampliam ou restringem o sentido da norma jurídica editada por poderes democraticamente eleitos;
- (iii) as decisões judiciais se caracterizam-se por impôr obrigações aos outros poderes, sem previsão legal expressa, em face de omissões destes ou para controlar o cumprimento de medidas impostas ou para efetivar políticas públicas;
- (iv) as decisões judiciais caracterizam-se por tentar extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, a fim de preservar os direitos políticos, direitos fundamentais, direitos das minorias, proteção das liberdades de expressão

⁷⁴ TRINDADE, André Karam, *Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial e terrae brasiliis*, in *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo – Um debate com Luigi Ferrajoli, Alexandre de Moraes da Rosa* (organizadores). Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012, p. 122.

e opinião, direito a informação, proteção do mínimo existencial e na proteção dos direitos sociais de prestação estatal.

Desse contexto extrai-se que a prática decisória ativista que não somente é aceita, como também estimulada pela sociedade, é a prevista no item (iii) e (iv) acima descritas, ou seja, o ativismo judicial com o fim de concretizar direitos fundamentais, efetivar políticas públicas e sanar omissões dos outros poderes.

Por outro lado, a prática decisória ativista prevista no item (i) e (ii), quando desvinculada da concretização dos direitos fundamentais, políticas públicas e das omissões dos outros poderes, via de regra, tem sido objeto de críticas, por parte tanto dos operadores do direito, como da sociedade como um todo.

Conclui-se assim, que o ativismo judicial apresenta-se de forma complexa e com diferentes dimensões, e não apenas com uma forma única de manifestação, o que significa dizer que o ativismo judicial consiste em práticas decisórias multidimensional.

No entanto, não há que se confundir os termos “ativismo judicial”, com “judicialização” e com “contenção judicial”, institutos que serão analisados a seguir no presente trabalho.

2.2. O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO

A judicialização é um fenômeno bastante complexo e possui diferentes dimensões. Podemos dizer que, na judicialização da política, há um movimento de transferência de decisão dos poderes Executivo e Legislativo para o poder Judiciário, o qual passa, normalmente dentre temas polêmicos e controversos, a estabelecer normas de condutas a serem seguidas pelos demais poderes.

Assim, judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontra o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral.

Cumprido destacar que judicialização e ativismo judicial são fenômenos distintos: *judicialização* é o movimento pelo qual o Poder Judiciário decide questões de natureza política que, dentro da divisão de competência normais dos Poderes, estariam afetas originalmente aos Poderes Legislativo e Executivo; por sua vez, o *ativismo* é a própria atuação expansiva do Poder

Judiciário na interpretação da Constituição para melhor potencializar e efetivar os valores e fins constitucionais, devendo, para isso, ir além do próprio legislador originário.

O fenômeno da judicialização deve ser verificado a partir de dois olhares: um *quantitativo* e outro *qualitativo*. O primeiro diz respeito à quantidade de ações que são submetidas ao Judiciário; o que reflete em uma maior participação do Poder Judiciário na vida da população.

No Brasil, estudo de Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho⁷⁵ demonstra o exorbitante crescimento quantitativo de demandas judiciais ajuizadas, as quais passaram de 350 mil em 1988, para cerca de 8,5 milhões em 1998, dez anos após a promulgação da Constituição. E ainda, passados mais de 20 anos da Constituição Federal, os dados estatísticos divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (“Justiça em Números”), apontaram que havia mais de 102 milhões de processos em tramitação no Judiciário brasileiro em 2015. Na média, significa um processo para cada dois brasileiros. Com isso, é possível verificar que o fenômeno da judicialização, no aspecto quantitativo, mostra-se absolutamente presente e em linha ascendente.

O aspecto *qualitativo*, por seu turno, refere-se à forma como o Judiciário julga as questões a ele submetidas. Diz respeito a uma dupla ampliação: *a*) dos temas a ele submetidos – não em relação à quantidade de ações, mas sim, à gama de assuntos (morais, políticos, econômicos, religiosos, etc.) que passam a ser conhecidos e, *b*) da maneira de julgamento dessas mesmas questões antes não conhecidas. A título de exemplo, é possível se lembrar que, até pouco tempo atrás no país, o Judiciário não conhecia questões intrínsecas ao mérito administrativo - afetas somente à Administração – postura esta que foi modificada, visto que hoje há diversos julgados que adentram no mérito quando este se mostra desarrazoado.

Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. A seguir, uma tentativa de sistematização da matéria.

A *primeira* grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico

⁷⁵FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Ativismos Judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira*. Confluências, vol. 12, n. 2, Niterói: PPGSD-UFF, outubro 2012, p. 106-128.

- especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes.

No Supremo Tribunal Federal, os onze Ministros que lá se encontram, já não devem seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, no ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.

A *segunda* causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988. A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar política em direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.

A *terceira* e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo.

Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de

âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF.

Para Luís Roberto Barroso, a judicialização origina-se do modelo constitucional que se adotou e não de um exercício deliberado de vontade política; enquanto que, no ativismo, há uma escolha, uma opção do magistrado no modo de interpretar as normas constitucionais a fim de dar-lhes maior alcance e amplitude.

Com efeito, Luís Roberto Barroso⁷⁶ assim se refere à judicialização e ao ativismo: "A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política". E continua dizendo, "Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais."

Como já dito anteriormente, a expansão do Poder Judiciário, ocorrida após a Segunda Guerra Mundial, trouxe o fenômeno da judicialização da política, cujo resultado final é a inauguração de uma virada no constitucionalismo contemporâneo latino-americano – a transição do passivismo para o ativismo judicial -, sob o argumento de que este é o único modo através do qual é possível que o direito acompanhe as constantes transformações que marcam as sociedades pós-industriais.

Ademais, não se pode negar, que o Judiciário, enquanto poder, está intimamente vinculado à vida das pessoas. Nossa experiência é ainda recente – em face de outras Cortes Constitucionais -, mas hoje em dia é perceptível o ingresso das decisões do Supremo Tribunal Federal na vida e no cotidiano das pessoas.

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, (<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235-66670174218181901.pdf>)

Sempre que se afirma que não deve o Judiciário ingressar em questões políticas, há de se questionar, afinal, o que é “questão política”? E o que não é? O liame muitas vezes parece bastante sensível, de modo que, ou quase tudo se torna questão política, ou, confundindo política com questão eleitoral, nem sempre é possível afirma que uma questão se enquadra exatamente nos liames desta.

Afirmar que não deve o Judiciário adentrar a tal seara é uma resposta por demais simples para as questões envolvidas e seus possíveis desdobramentos. E é ainda mais simples se visualizada sob o ângulo de efetividade de um direito constitucionalmente assegurado. No mínimo, toda questão “política” rebate à democracia, direito assegurado pelo Estado ao próprio Estado e com desdobramento direto no direito de todo cidadão⁷⁷.

As estatísticas recentes do Conselho Nacional de Justiça (Relatório Justiça em Números – CNJ 2016)⁷⁸ apontam o Estado (União Federal, Estados e Municípios) como o maior usuário do Poder Judiciário, por ser, de longe, quem mais figura como parte (autor ou réu) nos processos do Judiciário brasileiro, ou seja, é o próprio Estado que causa a imensa judicialização de massa no país, nos dias atuais, tanto nas relações de política quanto nas relações sociais. Nas palavras de Werneck⁷⁹, o Estado é a figura central dessa engenharia, usando da “burocracia de moldes hegelianos a quem cabe zelar por um mundo que, além de destituído da capacidade de se elevar ao plano do interesse geral, se encontraria permanentemente ameaçado pela colisão errática dos seus múltiplos fragmentos orientados pelo interesse público”.

A conclusão que se tira disso é que o próprio Estado utiliza a máquina pública, em uma relação autofágica. Na prática, o Estado elabora as normas sobre a própria administração pública e, na esmagadora maioria das vezes, a própria administração, por meio de seus órgãos competentes e legitimados, questiona a norma, e o mesmo Estado, por meio do Poder Judiciário, analisa a constitucionalidade da medida. Esse processo, que demanda tempo e recursos, acaba por servir unicamente ao uso da máquina estatal por ela mesma.

⁷⁷ OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. *Ativismo Judicial e controle de constitucionalidade: impactos e efeitos na evolução da democracia*. Curitiba: Juruá Editora, 2015, p. 169.

⁷⁸ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>

⁷⁹ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Editora: Revan, 1999, p. 65.

2.3. O ATIVISMO JUDICIAL E A AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL

A chamada “autocontenção judicial” é retratada por Arthur Schlesinger Jr., pela denominação de “autorrestrrição judicial”, que aparece historicamente como adversária do ativismo judicial.

Ela também sofre do mesmo mal da indefinição e da repercussão negativa para o seu uso que o ativismo judicial, entretanto, existem elementos clássicos da formação da autocontenção judicial que marcam sua origem e seus fundamentos: a *deferência* em favor dos outros poderes e a *prudência* como mecanismo de preservação da própria autoridade judicial.

Assim, a autocontenção judicial pode ser conceituada como “a prática decisória que consiste em retração do poder judicial em favor dos outros poderes políticos, seja por motivos de deferência político-democrática, seja por prudência político-institucional”⁸⁰.

Como apona Larry Kramer⁸¹, a autorrestrrição judicial, como doutrina de retração do poder judicial em favor de outro ator político, remonta ao tempo da promulgação da Constituição norte-americana e às origens da *judicial review*. Ao tempo da promulgação da Constituição norte-americana e da questão fundamental sobre quem tem autoridade para interpretar e definir os sentidos do texto, não havia dúvidas que a *judicial review*, reservada ao Poder Judiciário, apenas poderia ser exercida com a mais absoluta restrição judicial (*judicial restraint*). Isso significava que os juízes deveriam agir com modéstia quando julgavam os atos dos outros poderes, devendo evitar, a todo custo, inteferir em suas decisões, devendo a inconstitucionalidade ser declarada se fosse manifestamente fundada.

Assim, a partir dessa definição, é possível defender também a abordagem multidimensional para a autocontenção judicial, o que significa que as cortes de justiça praticam variadas condutas igualmente autorrestritivas de poderes decisórios.

De um lado, dimensões da autocontenção judicial que tem como núcleo a postura de deferência aos outros poderes na atividade de revisão de atos e decisões prévias por estes tomadas. Se o ativismo é enfrentar os outros poderes, a autocontenção é evitar decidir contra esses poderes.

⁸⁰CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 178.

⁸¹ KRAMER, Larry D. *Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint*. *Califórnia Law Review*, vol. 100 (3), 2012, p. 622.

Do outro lado, dimensões de autocontenção judicial tendo por núcleo a retração do poder judicial como estratégia de preservar o prestígio institucional das cortes ou até mesmo para assegurar sua funcionalidade. Juízes evitam tomar decisões que produzam reações política muito adversas, efeitos sistêmicos de desprestígio institucional ou aumento extraordinário de litigância a ponto de comprometer a capacidade e a qualidade dos serviços.

Essa distinção não tem passado despercebida pela doutrina norte-americana. John Daley⁸² apontou três diferentes condutas que servem para caracterizar as medidas de autocontenção judicial: “*deferência*: juízes devem evitar contradizer as decisões dos outros poderes de governo; *discrição*: juízes deem evitar fazer escolhas morais (e talvez políticas, sociais e econômicas); *prudência*: juízes devem evitar tomar decisões que enfraquecerão sua capacidade de tomar outras decisões”.

Com efeito, no Brasil, é bastante precisa a distinção atual das duas posturas jurisdicionais: ativismo judicial e autocontenção judicial. Em oposição ao ativismo judicial, figura a autocontenção, definida com propriedade por Luís Roberto Barroso, como bem se vê do seguinte excerto doutrinário⁸³: “O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes”.

Por essa linha, juízes e tribunais (*i*) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (*ii*) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (*iii*) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.

Alguns autores nacionais, como Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento, têm procurado orientar a atuação do Supremo Tribunal Federal, pela fixação de parâmetros para “calibrar a presunção de constitucionalidade dos atos normativos, e também, por consequência, o grau de ativismo do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional⁸⁴”. Esses *standards* são os seguintes:

⁸² DALEY, John. *Defining Judicial Restraint*. In: CAMPBELL, Tom; GOLDSWORTHY, Jeffrey (Ed) *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*. Aldershot: Ashgate, 2000, p. 286.

⁸³ BARROSO, Luís Roberto, *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, (<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235-66670174218181901.pdf>)

⁸⁴SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SERMENTO, Daniel. *Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho*, Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 460-463.

- (1) *Grau de legitimidade democrática* – quanto mais democrática tenha sido a elaboração do ato normativo, mas autocontido deve ser o Poder Judiciário no exame de sua constitucionalidade;
- (2) *Condições de funcionamento da democracia* – o Poder Judiciário deve atuar de maneira mais ativa para proteger direitos e institutos que são diretamente relacionados com o funcionamento da democracia (direitos políticos, direitos sociais, a liberdade de expressão, o direito de acesso à informação e as prerrogativas políticas da oposição);
- (3) *Proteção de minorias estigmatizadas* – justifica-se uma relativização da presunção de constitucionalidade de atos normativos que impactem negativamente os direitos de minorias estigmatizadas, devendo o Poder Judiciário ser mais ativista na defesa dos direitos e interesses dos grupos excluídos;
- (4) *Fundamentalidade material dos direitos em jogo* – normas que restrinjam direitos básicos, merecem um escrutínio mais rigoroso do Poder Judiciário, tendo a sua presunção de constitucionalidade relativizada, como as liberdades públicas e existenciais, os direitos fundamentais sociais em seu âmbito de mínimo existencial;
- (5) *Comparação de capacidades institucionais* – é recomendável uma postura de autocontenção judicial diante da falta de *expertise* do Judiciário para tomar decisões em áreas que demandem profundos conhecimentos técnicos fora do Direito;
- (6) *Época de edição do ato normativo* – normas editadas antes do advento da Constituição não desfrutam de presunção de constitucionalidade equiparada àquelas feitas posteriormente;

Os *standards* acima, servem para demonstrar como os comportamentos de autocontenção judicial como de ativismo judicial podem expressar-se por diferentes dimensões e responder a diferentes variáveis de política judicial ou de estratégia institucional.

De todo modo, como se viu até agora, a postura da autocontenção adota a concepção modesta do papel do Judiciário que impede intervenções em matérias politicamente controvertidas. Nos Estados Unidos, tradicionalmente, os tribunais se consideravam guardiões da letra da Constituição e não árbitros do confronto político. Essa posição (de autocontenção), no entanto, mudou no decorrer do século XX, passando a adotar os tribunais norte americano posturas muito mais ativista, como já explanado anteriormente.

Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.

Ao lado da autocontenção judicial, está também o *textualismo* ou *originalismo*, onde busca se ater ao texto da norma interpretada ou a mensagem original da norma, ou seja, a ideia matriz do texto quando da sua promulgação. Nos EUA, tal ideia era defendida pelo ex ministro da Suprema Corte, Antonin Scalia, o qual afirmava que a interpretação constitucional deve buscar a compatibilização com o próprio texto da Constituição; um texto não pode ser interpretado nem restritivamente, nem extensivamente, mas sim razoavelmente para conter todo o seu significado.

O binômio ativismo-autocontenção judicial está presente na maior parte dos países que adotam o modelo de supremas cortes ou tribunais constitucionais com competência para exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público.

O movimento entre as duas posições costuma ser pendular e varia em função do grau de prestígio dos outros dois Poderes. No Brasil dos últimos anos, o Poder Executivo e Legislativo têm passado por muitos vendavais, com a troca de Presidentes através de processo de *impeachment*, políticos sendo julgados e condenados pela Operação “Lava-Jato” e a descoberta de uma imensa rede de corrupção que afeta a credibilidade do processo político brasileiro dentro do Congresso Nacional, de modo que os Poderes Executivo e Legislativo têm passado por uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade, alimentando a expansão do Poder Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral, com uma clara superposição de representatividade entre os poderes.

Note-se, portanto, que, a depender da realidade institucional vivida pelo Estado, é perfeitamente possível a coexistência de posturas ativistas e de autocontenção por parte do Poder Judiciário. Trata-se de um movimento pendular, a depender do grau de prestígio e da forma de atuação das instâncias democrático-representativas, corporificadas no Poder Legislativo e no Poder Executivo.

2.4. O ATIVISMO JUDICIAL COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Conforme já analisado anteriormente, o Estado de Direito legalista e liberal do início do século XX foi superado por um novo meio de atuação estatal. Após as duas grandes guerras não restou alternativa aos Estados, senão a criação de constituições com postura mais garantidora, sobretudo o que tange aos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como todos aqueles inerentes ao ser humano, positivados na esfera do direito constitucional. Estes direitos, e também garantias, surgiram com o intuito de proteger os cidadãos do poder do Estado através das constituições escritas. Na Constituição Federal de 1988 (no seu Título II), os direitos fundamentais são subdivididos em cinco capítulos: *a*) direitos individuais e coletivos (referentes à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade e à propriedade); *b*) direitos sociais (referentes à educação, saúde, trabalho, previdência social, lazer, segurança, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados); *c*) direitos de nacionalidade; *d*) direitos políticos; *e*) direitos relacionados à existência, organização e a participação em partidos políticos.

Dentre os direitos fundamentais assegurados ao cidadão, o art. 5º, inciso XXXV, da CF, dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; de igual forma o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil diz que, sempre que a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Donde, facilmente, se conclui que, mesmo nos casos em que o legislador não regulamentou determinado direito, se houver lesão ou ameaça a direitos, o Poder Judiciário ao ser chamado, tem de se manifestar, porém, agora, os princípios que antes eram utilizados somente na ausência de norma aplicável ao caso concreto, passam ao centro do ordenamento jurídico, como ator principal, e, na maioria das vezes, limitando o poder do legislador e vinculando todo o ordenamento jurídico.

Nesse sentido, importante destacar que, no ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 6º, da Constituição Federal de 1988 (com redação dada pela EC n. 90 de 2015), passou a vislumbrar um grande leque destes direitos fundamentais sociais, ao estabelecer que “*são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição*”.

Os direitos sociais, assim, são considerados como direitos fundamentais de segunda dimensão (ou de segunda geração), sendo conceituados como aqueles que garantem ao cidadão o poder de exigir prestações positivas por parte do Estado, pela busca do bem estar social.

Em razão da flagrante crise do modelo liberal estatal, surge necessidade dos direitos fundamentais sociais, que vieram ao mundo com o fito de proteger o grupo social e não apenas o cidadão, de modo que outorgam a este o direito de exigir do Estado a implementação de determinadas políticas públicas com o fim de se alcançar a igualdade substancial entre as pessoas, já que a igualdade formal, garantida pela primeira dimensão dos direitos, mostrou-se insuficiente.

Dessa forma, se antes o Estado tinha como proeminente o Poder Legislativo, que produzia dispositivos legais com o condão de proteger o cidadão contra as arbitrariedades estatais, no Estado Social é o Poder Executivo que sobressai, pois tem que concretizar as políticas responsáveis por alcançar a igualdade material entre os cidadãos.

Desse modo, os direitos fundamentais sociais passam a fazer parte da realidade constitucional dos Estados, estando presentes com a finalidade de possibilitar melhores condições de vida aos hipossuficientes, visando ensejar a necessária igualdade material que, por sua vez, é apta a garantir uma adequada justiça social.

Entranto, muitas vezes, os direitos e garantias permanecem nas normas, sem a devida realização no plano concreto social, de modo que cabe ao Poder Judiciário, com a sua função de aplicador da lei, exigir do Poder Executivo o cumprimento das disposições normativas com a finalidade de se concretizar os direitos de cidadania. Cidadania não mais compreendida simplesmente no exercício dos direitos políticos, mas todo e qualquer direito relacionado “à dignidade do cidadão como sujeito de prestações estatais e à participação ativa na vida social, política e econômica do Estado”⁸⁵.

Sendo assim, cumpre ao Supremo Tribunal Federal concretizar os direitos fundamentais e ocasionar igualdade entre todos os cidadãos. Luís Roberto Barroso, em sua sabatina no Senado Federal em 05.06.2013, assim declarou: “*Onde falta norma e há direito fundamental a ser tutelado, acho que o Judiciário deve atuar*”. Ou seja, nos casos em que a omissão do legislador estiver ocasionando danos para parte da sociedade, cabe ao Poder Judiciário agir de forma integradora.

⁸⁵ LUNARDI, Soraya (Coordenadora). *Direitos Fundamentais Sociais*. Coleção Fórum de Direitos Fundamentais. Coordenador André Ramos Tavares. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2012, p. 106.

Da mesma forma, Ronald Dworkin indica que o ativismo, quando utilizado para concretização dos direitos fundamentais ou para a manutenção da integralidade do Direito, não deve ser levado como algo prejudicial ao ordenamento, mormente porque melhor um Judiciário garantidor a um Judiciário passivo que já demonstrou ser ineficaz em décadas anteriores nos mais diversos países⁸⁶.

Assim, é importante repisar que “a legitimidade democrática do juiz não está em substituir o legislador nas escolhas, mas de auferir se a escolha feita pelo legislador está albergada na Constituição”⁸⁷; todavia, se a escolha deixou de ser feita pelo legislador, em alguns casos poderá o Poder Judiciário intervir em prol da garantia dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins⁸⁸ alerta que os direitos fundamentais mantêm uma grande proximidade com a política, o que certamente evidencia o porquê do intervencionismo do Judiciário nas políticas públicas.

Vale ressaltar que em momento algum se defende a ideia de intervenção do Poder Judiciário de forma desproposita. O que se procura demonstrar é que os direitos fundamentais sociais devem ser assegurados de forma igualitária a todos os cidadãos.

Clemerson Merlin Cleve⁸⁹ afirma que “há momentos, como aqueles que envolvem a defesa das minorias contra a discriminação, a proteção da liberdade de manifestação e de opinião, a proteção do mínimo existencial, verdadeiras condições para o exercício da democracia, exigentes de controle forte do Judiciário”.

Debruçando-se sobre a realidade brasileira, é possível se verificar que o Poder Judiciário, e mais particularmente o Supremo Tribunal Federal, muitas vezes tem sido instado a atuar de forma bastante incisiva, sanando omissões dos Poderes Legislativo e Executivo ou corrigindo distorções geradas pelo processo democrático regular, em especial, quando se trata de omissão no cumprimento de políticas públicas de prestação estatal.

⁸⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2ª ed., 2ª tir. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 271-275.

⁸⁷ MALISKA, Marcos Augusto. *A criação jurisprudencial do Direito e a questão da legitimidade democrática. O juiz entre a legalidade e a constitucionalidade*. In: MALISKA, Marcos Augusto; COMPLAK, Krystian (Coord.). *Entre Brasil e Polônia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 30.

⁸⁸ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos Direitos Fundamentais*. 3 Ed., ver. Atual. E ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais 2011, p. 15.

⁸⁹ CLEVE, Clemerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 12.

Ademais, devemos recordar que foram colocados na Constituição Federal de 1988 certos institutos típicos, como a ação direta de constitucionalidade por omissão (ADIN por omissão), o mandado de injunção (para também combater a inércia do Parlamento) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), além das cláusulas tradicionais que concedem ao STF a guarda da Constituição e o alocam com árbitro que decide acerca dos conflitos entre poderes e destes com os direitos fundamentais.

Não é demasiado asseverar que o Supremo Tribunal Federal, em algumas vezes, com o intento de preservar a incolumidade do texto constitucional e dos direitos fundamentais ali garantidos, chega a atuar de forma contramajoritária, indo de encontro ao posicionamento estabelecido por representantes eleitos pelo povo.

É o que ocorreu, por exemplo, quando o STF foi instado a se pronunciar sobre o tratamento legislativo conferido à união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, decidindo por equivalê-la à união estável prevista no Código Civil vigente. Sem desassombro, trata-se de um caso emblemático de ativismo judicial contramajoritário, no qual o STF claramente substituiu o Poder Legislativo no tratamento de uma relevante questão, com o claro e único intento de garantir a fruição de direitos fundamentais por determinada categoria de indivíduos.

Tal ativismo se justifica e, inclusive, é aplaudido e apoiado pela grande parte dos brasileiros, uma vez que se tutelou a defesa do direito de minoria, como concretização de direito fundamental, extraindo-se a máxima potencialidade do texto constitucional.

Todavia, é forçoso reconhecer que o ativismo judicial não é imune a críticas, mesmo quando se trata de proteção aos direitos fundamentais. A busca pela efetividade jurisdicional e pela realização de direitos fundamentais não pode e nem deve descuidar das garantias processuais dos litigantes, e tampouco é crível que, em todas as situações, possa o Poder Judiciário substituir a vontade dos mandatários da população (representantes eleitos).

Com efeito, um dos principais fundamentos do ativismo judicial está justamente na insuficiência de atuação do parlamento, cuja função legiferante, segundo alguns, não é desenvolvida a contento.

Ainda, é importante salientar que muito comum é a colisão entre direitos fundamentais. Quando isto ocorre, deve o juiz ponderar (princípio da proporcionalidade e a técnica da ponderação) qual princípio deve ser aplicado no caso concreto, sendo certo que os direitos fundamentais devem conviver tanto com outros direitos, como com outros bens jurídicos que tenham fundamento constitucional, de modo que não já direitos absolutos.

Inobstante existam críticas acerca da proporcionalidade e da ponderação, nos moldes utilizados pelo Supremo Tribunal Federal nos dias atuais, o que se constata, de fato, é que os ministros na prática, muitas vezes devem preencher lacunas deixadas pelos demais Poderes, a fim de se extrair a máxima efetividade das normas constitucionais.

Dimitri Demoulis e Leonardo Martins⁹⁰ alertam que as principais ferramentas para decidir sobre casos de conflitos entre direitos fundamentais, são duas: “Em primeiro lugar, a *interpretação sistemática da Constituição*, isto é, sua interpretação enquanto conjunto que permite levar em consideração todas as disposições relacionadas com o caso concreto e entender quais são os parâmetros que o constituinte mesmo estabeleceu. A segunda ferramenta é o *critério da proporcionalidade*”.

Como exemplo, tem-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça, em recurso repetitivo, na qual delimitou que o direito fundamental à saúde prevalece sobre os interesses financeiros da Fazenda Nacional. Na visão dos ministros, “é possível ao magistrado determinar, de ofício ou a requerimento das partes, o bloqueio ou sequestro de verbas públicas como medida coercitiva para o fornecimento de medicamentos pelo Estado na hipótese em que a demora no cumprimento da obrigação acarrete risco à saúde e à vida do demandante”⁹¹.

Assim, sempre que houver colisão entre direitos – fundamentais ou não – deverá o Poder Judiciário se utilizar do princípio da proporcionalidade e da técnica da ponderação, ainda que em algumas decisões seja considerada como um poder ativista.

Portanto, os postulados constitucionais e a realidade social impõem um Judiciário “intervencionista” capaz de exigir a consecução de políticas sociais eficientes, vinculado às diretrizes constitucionais que tutelem os direitos fundamentais sociais plenamente. Em suma, torna-se necessária uma mudança de paradigmas de modo a ensejar uma nova postura do Poder Judiciário, de desneutralidade.

Assim, valendo-se da lição de Luiz Werneck Vianna⁹², é possível visualizar uma tendência desneutralizadora do Poder Judiciário: “Pelo fato de serem prospectivos, e não disposições com eficácia normativa, os direitos fundamentais e sociais exigem uma

⁹⁰ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos Direitos Fundamentais*. 3 Ed., ver. Atual. E ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais 2011, p. 161-162.

⁹¹ STJ, REsp 1.069.810/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 23.10.2013.

⁹² VIANNA, Luiz Werneck. *Poder Judiciário: posituação do direito natural e política*. Estudos Históricos, Rio de Janeiro, Vol. 09, n. 18, 1996, p. 03.

implementação (...). Mas se a exigência de implementação é reconhecida no texto constitucional, legitima-se a desneutralização da função do Judiciário, ao qual perante eles (os direitos sociais) ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e, sobretudo, examinar o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivos (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza)".

Assim, há uma zona de atuação que deve ser preenchida pelo jurista aplicador do direito. Se o legislador, ao editar uma norma, não se posiciona na defesa dos direitos fundamentais, caberá ao juiz, adotar uma postura prospectiva, justificando-se, assim, o ativismo judicial.

A esse movimento, a doutrina (Mauro Cappelletti e Luiz Werneck Vianna) tem se referido como *Welfare State*, cujo teor introduz na legislação um sentido promocional prospectivo, permitindo ao juiz a utilização da criatividade no ato interpretativo.

É importante salientar que essa tendência não converge no sentido da não aplicação da lei. Ao contrário. O Poder Judiciário, atuando em defesa e pela aplicação plena e efetiva dos direitos fundamentais sociais, atua em harmonia com os demais poderes em busca de conferir a envergadura que a ordem constitucional atribuiu aos direitos fundamentais.

O problema é saber quando o Judiciário está de fato inovando a ordem jurídica estanque. Uma linha tênue pode, muitas vezes, separar a criação legal da interpretação/efetivação do direito, o que, no campo teórico, conduz a uma ideia de impossibilidade de definição de limites.

Assim, o problema da ausência de legitimidade do Judiciário é resolvido pela necessidade de motivação racional das decisões, a partir do qual a sociedade aprova ou reprova a conduta dos juízes. Deve-se registrar, ainda, que dentro da doutrina de separação dos poderes, o Judiciário sofre a influência de controle por parte dos demais Poderes, não reinando sozinho e irresponsável.

A interpretação judicial passa, assim, longe de ser um defeito, constituir uma necessidade, inerente ao processo de descobrimento do Direito. Mas, ressalta-nos Cappelletti, criatividade jurisprudencial não significa "*direito livre*".⁹³

⁹³CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores?. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre. Editora: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 26.

Assim, é possível concluir que a concepção tradicional de separação dos poderes, cede lugar à necessidade de atuação jurisdicional intensa e marcada pela busca da efetividade dos direitos fundamentais sociais.

Concluindo, para se efetivar os direitos fundamentais conforme previstos na Constituição, faz-se necessário, primeiro, que o magistrado moderno modifique sua forma de pensar o direito, absorvendo os princípios aos métodos de interpretação. Segundo, é preciso entender que o direito é linguagem e, portanto, adaptar-se a forma de julgar, de acordo com o que atualmente a sociedade almeja como resultado de uma sentença, ou seja, que satisfaça, sobretudo, a coletividade. Terceiro, buscar soluções nas demais ciências sejam elas sociais, políticas, filosóficas, biológicas, eletrônicas, etc., para serem incorporadas à linguagem do direito com o fim de se dar efetividade aos atos decisórios, e, por fim, entender que a Constituição é aberta à interpretação ampla e irrestrita em favor dos princípios e dos direitos fundamentais nela previstos, de modo que a interpretação constitucional se dê em favor do cidadão brasileiro.

2.5. O ATIVISMO JUDICIAL COMO HERMENÊUTICA DE ENFRENTAMENTO DA OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO E EXECUTIVO

A posição ativa do Poder Judiciário em implementar a eficácia dos princípios e direitos fundamentais elencados na Constituição Federal, tem abarcado diversas discussões a respeito da transgressão das funções primordiais dos demais Poderes. Nesse sentido, ocorreu uma relevante intensificação dos debates em face das recentes decisões da Corte Superior.

No entanto, o Poder Judiciário apenas têm adotado participação mais ativa em virtude das omissões dos demais Poderes, ou da falta de concretização dos direitos fundamentais sociais, as quais determinam que tais preceitos devem ter aplicação imediata, legitimando com sua postura o Estado Democrático de Direito.

As manifestações emblemáticas, jurídicas e da comunidade, a respeito de eventual lesão das funções originárias dos demais Poderes, que afrontaria a democracia não possui fundamento, tendo vista que a decisão ativista procura somente reforçar a própria essência do Estado, prevalecendo inatingível qualquer violação dos fundamentos constitucionais.

A inércia de atitude política e o receio da insatisfação de algumas classes frente à determinada matéria comprometem a imparcialidade dos membros do Poder Executivo e

Legislativo, em conduzir livremente seu papel de autêntico de representante do povo, uma vez, que esses interesses podem divergir do consenso eleitoral e, assim, preferem não agir, a causar uma insatisfação.

Nessa perspectiva, quando uma decisão judicial determina que um dos entes federativos deve custear ações essenciais à sociedade, isto é derivado de norma contida no texto constitucional, ou seja, não é uma mera especulação, mas uma obrigação resguardada para garantir um Estado Social.

Segundo Streck⁹⁴: “No Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição, que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. A Constituição não está sendo cumprida. As normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados”.

A crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Poder Legislativo e Executivo tem alimentado a expansão judiciária no que tange ao ativismo; em nome da Constituição prolatam-se decisões que suprem omissões, mas muitas vezes, acabam por inovar a ordem jurídica.

As necessidades sociais, notadamente aquelas referentes à concretização de direitos fundamentais, têm sido negligenciadas por legisladores e administradores. Direitos básicos como acesso à saúde e à educação carecem de uma resposta efetiva quando suscitados pela população. Assim, o Poder Judiciário se tornou um meio eficaz de acesso a estes direitos, em razão, principalmente, da impossibilidade dos magistrados de se eximirem de decidir sob a justificativa de omissão da lei. O ativismo, assim, passa a ser consequência imediata da atividade jurisdicional, e, na maioria das vezes, tem sido uma eficiente solução à sociedade.

O julgado de ADPF nº 45 do STF remete-se numa análise de forma concreta sobre o tema proposto, conforme ementa abaixo:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA

⁹⁴ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 54-55.

INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR O "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (ADPF 45 MC, Rel. CELSO DE MELLO, julgado em 29.04.2004, publicado em DJ 4.5.2004. Informativo n. 345 - STF)

Cabe, ainda, ressaltar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à consagração dos direitos fundamentais sociais. Enfatiza-se o voto do Ministro Celso de Mello em ADPF nº 45, in verbis: [...] *“Implementar políticas públicas não está entre as atribuições do Supremo nem do Poder Judiciário como um todo. Mas é possível atribuir essa incumbência aos ministros, desembargadores e juízes quando o Legislativo e o Executivo deixam de cumprir seus papéis, colocando em risco os direitos individuais e coletivos previsto na Constituição Federal”*.

O Congresso Nacional brasileiro vive uma verdadeira crise de identidade, limitando-se a emendar projetos oriundos do Executivo, discutir a respeito de deliberação de verbas e minimizar as denúncias de corrupção que surgem com frequência. Pouco tem atuado quanto a regulamentação de projetos de interesse popular, ou na concretização de direitos fundamentais.

Desse modo enfatiza-se que as desigualdades sociais devem ser combatidas e enfrentadas, não podem ser deixadas à mercê do acaso, por questões políticas, quando é evidente a regra constitucional, consolidando sua efetivação em que procura eliminar as mazelas sociais e nessa vertente, não é razoável que o Poder Judiciário permanecer passivo, devendo, assim, enfrentar tais mazelas, sendo o ativismo judicial considerado uma solução positiva, mesmo que não satisfaça aos demais poderes que deveriam agir, omitindo-se em situações de cinismo social.

Para tanto, é imprescindível que o Poder Público tome uma posição ativa no que se refere à efetivação das políticas públicas, não somente legislando programaticamente, mas se mostrando como um agente social efetivo na implementação da igualdade substancial. E,

quando o Poder Executivo não se mostra apto para tal tarefa, cumpre ao Poder Judiciário, como guardião da Constituição, fazer com que todas as normas constitucionais tenham plena eficácia.

Logo, na omissão do Poder Legislativo, que não edita as leis necessárias para implementação dos direitos sociais, ou quando o Poder Executivo não se desincumbe de efetivar as políticas públicas que tem obrigação, nasce para o Judiciário o dever de fazê-lo, exercendo exatamente a sua própria função, de fazer cumprir as normas.

Desse modo, o que se reclama do Poder Judiciário “é uma atuação política que orientada pelo texto constitucional se legitima fundamentalmente pela concretização de objetivos e metas previamente traçadas”⁹⁵, não se impondo a atribuição de criar políticas públicas, mas tão somente a execução daquelas já estabelecidas.

Portanto, não há que se falar em limitação de tal atuação em face da teoria da tripartição de poderes, tendo em vista que a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais é suficiente para exigir deles a adoção de políticas voltadas para o seu cumprimento.

O legislador, o administrador e o juiz possuem uma responsabilidade no que concerne à efetivação dos direitos fundamentais e na concretização de políticas públicas. A essa eficácia dá-se o nome de *vertical*, pois constitui aos três, representando o Estado, a obrigação de tutelar os direitos fundamentais dos cidadãos, com uma ação daqueles em prol destes. Assim é que o juiz, na omissão dos dois primeiros, pode abrigar dentro do contexto da necessidade um direito fundamental que restou violado. Note-se, ao juiz não resta inovar, mas somente prestar o mínimo garantido pelo direito fundamental e esse talvez seja o maior desafio do direito constitucional na atualidade.

Concluindo, a atuação do Poder Judiciário se legitima constitucionalmente, quando for realizada de forma supletiva, subsidiária e excepcional, na hipótese de inação dos Poderes Legislativo e Executivo, e na busca da concretização dos direitos fundamentais de prestação social.

⁹⁵ TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *Cotrole judicial de políticas públicas*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, n. 3, 2003. Anais do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional, p 185-194.

CAPÍTULO 3: ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO COMPARADO

Como já dito anteriormente, o ativismo judicial é um movimento mundial, que vem ocorrendo tanto nos países de origem do sistema do *common law* (origem anglo-saxã), como também nos países de origem do sistema do *civil law* (origem romana-germânica).

A abordagem das diferenças entre os sistemas jurídicos, europeu continental e anglo-saxão, é, por certo, esquemática e deve ser temperada com os influxos de reciprocidade de experiências compartilhadas, como já foi abordado no Capítulo 1 (item 1.3.) deste trabalho.

Neste capítulo, por sua vez, trataremos especificamente como o ativismo judicial tem se desenvolvido, na atualidade, nos países mais proeminentes de origem anglo-saxã e romano-germânica.

Na família romano-germânica (*civil law*), as decisões judiciais não se enquadram como fonte formal do direito de caráter geral. Nessa seara, o que importa é que nas decisões judiciais “sobressai o aspecto da observância de atos normativos previamente editados em dada situação específica e não a capacidade expansiva de regular comportamentos (futuros)”⁹⁶. A decisão judicial deve se mover dentro de quadros estabelecidos pelo legislador, “enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer esses quadros”⁹⁷.

Lado oposto, encontra-se a família anglo-saxã (*common law*), já que a jurisprudência costuma ocupar o posto de fonte formal do direito com aspecto geral. Conforme identificação de Edward D. Re⁹⁸, a decisão judicial ocupa dupla função: faz coisa julgada e tem valor de precedente (*stare decisis*).

Os precedentes proferidos pelos tribunais obrigam o mesmo tribunal e os juízes que lhe são subordinados (os julgados proferidos pelos magistrados de primeiro grau não formam precedentes). Ocupam, pois, o *status* de fonte formal de direito, pois são eles que moldam os quadros nos quais as decisões judiciais devem se mover, semelhante ao que ocorre com a Constituição e as leis no *civil law*.

⁹⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 105.

⁹⁷ DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. 5. ed. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 120.

⁹⁸ RE, Edward D. *Stare Decisis*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 31, n. 122, abr./jun. 1994, p. 282.

Passados esses delineamentos iniciais, cumpre estudar mais a fundo como ocorre a realização de direitos constitucionais e o ativismo judicial pelas Cortes Constitucionais alienígenas no contexto atual de judicialização, sendo investigadas alguns dos países mais influentes, como os Estados Unidos da América (por seu o país mais importante, no que se refere ao tema aqui tratado), a Alemanha, a Itália, a Espanha (os três representantes europeus, com ruptura com seu passado totalitário e com papel histórico desempenhado pelas suas cortes constitucionais) e a Colômbia (pela proximidade geográfica e histórico-social com o Brasil).

3.1. Ativismo Judicial nos Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos a defesa de um comportamento jurisdicional mais ativo surgiu como reação ao período em que a Corte Suprema esteve dominada por uma maioria liberal, liderada pelo juiz Earl Warren. Os anos de Warren à frente da Corte foram anos de enorme ativismo judicial, assim como de significativo progresso para as causas defendidas pelos setores mais frágeis da sociedade. Em dito período, a Corte produziu avanços em temas de igualdade racial e de gênero, não-discriminação, direitos eleitorais e políticos das minorias, devido processo, direitos dos prisioneiros, e ainda - de modo muito incipiente - direitos de bem-estar. Cabe notar que, seja nos Estados Unidos como em outros países que começaram a difundir o ativismo entre seus juízes, tal e como ocorreu no Canadá, o crescente reclamo na contramão do ativismo judicial equivaleu à defesa de um *status quo* de profunda injustiça e desigualdade.

A transformação da atuação judiciária norte-americano deu-se em virtude, principalmente, do entendimento dos magistrados ao estipular um valor social às normas constitucionais, estabelecendo um papel mais incisivo na proteção dos indivíduos e na modificação das organizações para que pudessem atender ao fim último de ditas normas: garantia e inserção do indivíduo como elemento principal e destinatário do próprio sistema normativo.

Como resultado, a versão estadunidense confere direitos de bem-estar social que não se encontram totalmente positivados (codificados), facilitando assim, maior oportunidade para que os tribunais assumam decisões redistributivas de grande envergadura em matéria social.

Neste contexto, a modificação nos parâmetros clássicos da atuação judicial abandona o estilo arcaico de considerar o juiz como um mero solucionador de controvérsias, como o árbitro chamado a decidir sobre problemas derivados de confrontos entre interesses meramente privados dos indivíduos. O juiz se insere, neste marco comportamental, em questionador do

próprio sistema jurídico ao expressar e dotar de valores públicos às normas protetivas do meio social. Como bem manifesta Owen Fiss ⁹⁹: "*(...) A função do juiz é conferir significado concreto e aplicação aos valores constitucionais. (...) – é o estabelecimento de um propósito social e a definição de direitos e obrigações - não é solucionar controvérsias, mas dar um significado adequado aos valores públicos. O juiz desempenha tal função, basicamente, fazendo valer as normas públicas existentes e, conseqüentemente, protegendo sua completude, ou formulando novas normas.*"

Esta nova interface entre a moderna interpretação judicial (que teve seus primórdios estabelecidos pelo *judicial review*), implicou na aceitação de novos mecanismos, aptos a satisfazer as prerrogativas judiciais de solucionar o caso concreto com base não apenas na aplicação limitada da norma, mas também com fulcro na atividade de proteção às minorias, aos direitos difusos, à proteção da igualdade de gênero e de raça, entre outros.

Não obstante, as implicações derivadas deste novo comportamento jurisdicional sofreram, desde suas origens, contestações dos mais diversos setores norte-americanos baseadas principalmente na imparcialidade da atividade do magistrado, na influência dos métodos políticos sobre tal comportamento, na separação manifesta entre os Poderes estatais, além de submeter-se ao crivo daqueles que viam uma ausência de legitimidade que afiançasse este ativismo dos Tribunais.

Acredita-se que a última assertiva anteriormente citada, qual seja, a falta de um substrato legitimador da atuação judicial seja, considerada como, o argumento de maior importância já que implica, em seu bojo, a subsunção das demais hipóteses a este questionamento. Como estabelecer um fundamento de legitimidade democrática, no sentido de conformação à vontade popular expressada pelos métodos democráticos cujo principal expoente é o sufrágio direto, universal e secreto, às decisões judiciais que pregam um sentido mais amplo e social às normas? Como harmonizar a coerência entre as funções dos Poderes, sem desconsiderar uma atitude mais "revolucionária" daqueles encarregados de realizar uma concretização da ordem jurídica para que se consiga alcançar um grau eficaz desta mesma ordem?

Em princípio, pode-se afirmar, na esteira de Owen Fiss, que a legitimidade já se encontra inserida pelo próprio sistema estatal, onde "a legitimidade de cada instituição presente no

⁹⁹FISS, Owen. *Um novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, constituição e sociedade*. Coordenação da tradução de Carlos Alberto de Salles. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004, f. 36-49.

sistema não depende do consentimento do povo a ele submetido, individual ou coletivamente, mas da capacidade de uma instituição para executar uma função social dentro do sistema em questão." Segue o autor ainda afirmando que "uma concisa e mais particularizada dependência do consentimento popular, privaria o Judiciário de sua independência e, conseqüentemente, de sua idoneidade para aplicar a lei."¹⁰⁰

Além disso, a ausência desta suposta legitimidade que permitiria aos juízes exercerem um ativismo pleno e irrefutável, pode ser facilmente limitada pelas condições anteriormente citadas, ou seja, será o próprio sistema encarregado de fixar quais os limites à atividade jurisdicional (lembrando que as regras disciplinadoras e as técnicas de interpretação já são suficientes para delimitar a atuação judicial).

Outrossim, existe, ademais destes meios limitadores, um ponto central sobre o qual se pode compatibilizar o ativismo com a legitimidade: a aferição dos próprios atores sociais, individual ou coletivamente, na aceitação desta "práxis" judicial. Parte-se da premissa, neste caso, que ao Judiciário não caberá a última palavra sobre tal ou qual conduta, mas será a sociedade em geral - como entidade responsável por dotar de legitimidade a um determinado órgão ou poder - a encarregada de proferir "a última palavra" em prol deste ou aquele comportamento. Com tal, não se está contrariando o posicionamento de Fiss no sentido de deixar ao consentimento popular a manifestação sobre a atuação do Judiciário, mas sim de considerar tanto o juiz como os cidadãos, os elementos que irão apreciar, em cada caso e de maneira diversa, o real alcance das medidas estipuladas pelas normas, especialmente aquelas de caráter protetivo.

Sob o aspecto processual, a reforma estrutural levada a cabo pelos defensores do ativismo judicial norte-americano baseia-se, fundamentalmente, na nova perspectiva aberta para a adequação dos valores públicos enunciados no momento da decisão judicial. Sugere-se, assim, a compatibilidade entre o "dar significado aos valores pública" e a própria dinâmica adotada para os ritos processuais de maneira que o simples entendimento jurisdicional manifestado no momento da decisão não reste desprovido de um sentido mais amplo que poderá iniciar-se na fase inicial do processo.

Este instrumentalismo judicial abarca desde as partes envolvidas num litígio processual até a fase da execução da decisão proferida pelo juiz, onde caberá inclusive a reforma material

¹⁰⁰FISS, Owen. *Um novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, constituição e sociedade*. Coordenação da tradução de Carlos Alberto de Salles. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004, f.39-48.

e formal de uma dada instituição (neste sentido a famosa sentença do juiz Warren sobre a segregação racial nas escolas representa um exemplo clássico deste tipo de reforma) cuja finalidade deverá adequar-se aos valores públicos impostos pela decisão do tribunal.

Agora bem, a postura do juiz no decorrer das distintas fases processuais poderá implicar, em maior ou menor medida, uma alavanca para um papel mais ativo do Judiciário na defesa dos valores públicos às normas, precipuamente as de cunho constitucional e social. Mas como poder-se-á estimular um comportamento mais incisivo do representante do Judiciário sem que haja um confronto com as próprias disposições legais, ou ainda com o comprometimento da independência e imparcialidade do juiz, características manifestas deste Poder?

É indubitável que caberá ao Juiz, no curso do processo, estabelecer mecanismos adequados para a completa solução da lide sem desmerecer os aspectos axiológicos da norma e as disposições sobre as fases processuais, como por exemplo, a abertura do processo (nos casos em que a lei não exige segredo de justiça) não somente às partes interessadas, mas também aqueles que apresentam interesse, indireto ou colateral, sobre o tema discutido. Neste ponto, criou-se no direito norte-americano a figura do *amicus curiae*, que representaria um interesse de agir baseado justamente nos efeitos que a decisão judicial pode ter sobre os direitos a esta figura inerente.

Finalmente, não se podem olvidar as questões intrínsecas que diferenciam o sistema aplicado nos EUA e aquele fixado pelos demais sistemas de caráter continental, como manifestado anteriormente. Contudo, a influência deste novo "pensar e agir" que pauta a conduta judicial, no exercício das suas respectivas funções, ultrapassam as fronteiras físicas e jurídicas dos países e pode ser vislumbrada em ordenamentos cujos fundamentos são diferenciados entre si, mas nem por isso devem ser considerados excludentes.

3.2. Ativismo Judicial na Alemanha

A Alemanha é o país central de um movimento constitucional iniciado no momento pós-guerra – Segunda Guerra Mundial – e o primeiro a criar um Tribunal Constitucional nesse período, especificamente em 1951. Esse Tribunal foi o precursor da análise da Constituição

como ordem objetiva de valores ou ordem vinculante de valores, instrumental à garantia dos direitos fundamentais¹⁰¹, tendo desenvolvido uma aprofundada teoria de direitos fundamentais.

Trata da ordem objetiva de valores, da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, da técnica da ponderação, da proporcionalidade, da concordância prática, do mínimo existencial, sendo que o núcleo essencial da Constituição Alemã trás elementos de uma gramática de garantia dos direitos fundamentais que faz do caso alemão paradigma da importância que cortes constitucionais podem alcançar nos sistemas políticos e nas sociedades em que são inseridas.

Assim, a Constituição estabeleceu um Tribunal Constitucional amplamente acessível, titular de significativos poderes de decisão, do monopólio do controle judicial de constitucionalidade das leis e da missão de fazer valer o compromisso dos direitos fundamentais e a garantia da dignidade humana.

Exercendo o controle de constitucionalidade das leis, o Tribunal tem se afirmado como principal intérprete da nova ordem constitucional e participado direta e indiretamente da construção do sistema normativo infraconstitucional.

A tradição germânica repousa na premissa de um sistema normativo racional, dedutivo e vinculado à jurisprudência dos conceitos, que foi temperado com a concepção da Constituição como sistema de valores.

Contudo, o Tribunal utilizou estratégias para suavizar o impacto político das decisões que pudessem gerar desconforto em relação ao legislador, as quais foram sintetizadas por Donald Kommers¹⁰².

Essas estratégias criativas, que recentemente foram incorporadas ao sistema brasileiro, demonstram um “diálogo institucional” que permite a evolução constitucional, “sem ignorar o sempre tormentoso problema da harmonia entre poderes”¹⁰³. Cumpre ressaltar, contudo, que a primeira solução não conseguiu apresentar qualquer resultado prático, pois as advertências aos legisladores para que suprissem omissão legislativa proferidas em ações de inconstitucionalidade omissiva ou em mandados de injunção não eram cumpridas. É também

¹⁰¹ CRUZ, Luis M. *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*. México: Porrúa, 2006, p. 5-6.

¹⁰² Apud VALLE, Vanice Regina Lírio do, *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. São Paulo. Editora: Juruá, Curitiba, 2009, p. 28.

¹⁰³ Apud VALLE, Vanice Regina Lírio do, *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. São Paulo. Editora: Juruá, Curitiba, 2009, p. 28.

por esse motivo que o Supremo Tribunal Federal tem adotado novas soluções para a correção de omissões legislativas.

Kommers ainda observa que a Corte Constitucional alemã tem se valido de “estratégias metajurídicas, como a transformação do tempo em seu aliado, postergando decisões nas disputas entre os principais órgãos constitucionais ou ainda aquelas, fruto de reações das minorias, até que a pressão política se reduza, resultando em perda do objeto da demanda”. Com isso, é possível se verificar na Alemanha uma sutil conciliação entre o ativismo e a concretização dos direitos fundamentais. Mesmo assim, também nesse país o ponto comum está longe de ser um consenso doutrinário, consoante assevera Luis M. Cruz¹⁰⁴.

No que se refere ao ativismo relativo aos direitos prestacionais, Andreas Krell¹⁰⁵ informa que os alemães “não aceitam (com algumas exceções) a criação de direitos sociais subjetivos a partir de direitos sociais constitucionais”; sem antes frisar que isso não significa que essa seja uma solução adequada para o Brasil. Logo, a postura da Corte Constitucional, em face da omissão estatal na realização de políticas públicas, é mais contida.

Outro ponto a observar é que a investidura dos juízes do tribunal alemão já reflete um concerto de órgãos políticos e atribuiu o grau de legitimidade aos julgadores. Ainda sejam investidos em razão de órgãos políticos, são julgadores com prerrogativas típicas de juízes (embora não seja o tribunal um órgão do Judiciário): “*The Federal Constitutional Court consists of sixteen judges. They are elected by the two Federal legislative bodies (Bundestag and Bundesrat). Half of the judges are elected by the Bundestag and half by the Bundesrat, each by a two-thirds majority. Their term of office is twelve years. Re-election is not allowed. The Court decides through a Senate or a Chamber.*”

Essa composição permite explicar parcialmente a razão das decisões avançarem por campos que despertam uma inicial contemplação como pertencentes a outros órgãos, não do judiciário, mas campos de assuntos que são por ele assumidos.

De acordo com Klaus Stern¹⁰⁶, o Tribunal tem, por meio de modernas e inventivas práticas de declaração de inconstitucionalidade, participado diretamente da “criação do Direito

¹⁰⁴ CRUZ, Luis M. *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*. México: Porrúa, 2006, p. 10-18; 52-62.

¹⁰⁵ KRELL, Andréas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – Os (Des)Caminhos de um Direito Constitucional Comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 14.

¹⁰⁶ STERN, Klaus. *Jurisdicción Constitucional y Legislador*. Tradução de Alberto Oehling de los Reyes. Madrid: Dykinson, 2009, p. 56-57.

no nível legislativo” – além de pura declaração de nulidade ou inconstitucionalidade das leis, a interpretação conforme a Constituição, a superação de omissões legislativas e o “apelo ao legislador” têm se revelado técnicas criativas de decisões por meio das quais o Tribunal vem inovando na ordem jurídica.

De outro lado, a vinculação político-normativa das decisões do Tribunal Constitucional alemão tem ocorrido também de forma indireta sobre os Poderes Legislativo e Executivo. Na Alemanha, os membros do Parlamento têm ajustado os projetos de lei à jurisprudência constitucional do Tribunal para evitar possível e futura declaração de inconstitucionalidade.

O Tribunal Constitucional alemão demonstra sempre profunda preocupação com seus argumentos de justificação, caracterizados por ampla teorização dos princípios e dos direitos fundamentais, máxime a dignidade da pessoa humana, combinada com a consideração técnica e exaustiva dos fatos reais envolvidos. Ativistas ou não, as decisões do Tribunal Constitucional são sempre teóricas e coerentes fundadas e factualmente detalhadas.

3.3. Ativismo Judicial na Itália

A Itália, juntamente com a Alemanha, foi precursora do novo constitucionalismo pós-guerra, tendo promulgado sua Constituição em 1947 e criado seu Tribunal Constitucional em 1956. O embate entre o Tribunal Constitucional recém-criado e a Corte de Cassação, além da quantidade de leis incompatíveis com a Constituição que o Parlamento se omitia em consertar, determinaram uma postura ativista por parte da Corte.

Diferentemente da Corte de Cassação, a Corte Constitucional foi composta, desde o início, por uma maioria de juízes disposta a tornar a Constituição uma realidade. Esses juízes fariam valer o mandato constitucional, afirmando com indiscutível a competência exclusiva da Corte para julgar as controvérsias de inconstitucionalidade das leis, superando a postura conservadora dos juízes da Corte de Cassação pelo comportamento progressista e assertivo dos juízes da Corte Constitucional.

Todavia, como no sistema alemão, essa expansão ocorreu sempre evitando sua contraposição aos órgãos políticos, valendo--se de “estratégias institucionais” como a consagração de sentenças *interpretativas* e *aditivas*, além da modulação de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade e das sentenças de dupla pronúncia (*doppia pronunzia*).

A interpretação conforme das leis, destacada por Riccardo Guastini¹⁰⁷ como de grande importância no ordenamento italiano, é um bom exemplo dessas estratégias. A interpretação conforme resulta em duas espécies de decisão: as *interpretativas*, que visam à conservação da lei no ordenamento, nomeada pela Corte como “princípio da conservação de atos normativos”¹⁰⁸, e, também, as *manipuladoras ou normativas*, identificadas como aquelas em que o Tribunal não se limita a declarar a inconstitucionalidade das normas, mas “– comportando-se como um legislador – modifica diretamente o ordenamento com o objetivo de harmonizá-lo à Constituição”¹⁰⁹. Estas, portanto, são puros exemplos de ativismo judicial.

As sentenças *normativas* se manifestam como sentenças *aditivas* – que são as que estendem a um grupo de pessoas, sob o argumento de igualdade, um benefício deferido na lei somente a outro grupo ou como sentenças *substitutivas* – em que a Corte declara a inconstitucionalidade de uma dada disposição e em seu lugar introduz um novo entendimento (norma nova)¹¹⁰. Dessa forma, o Tribunal Constitucional adota um perfil que, excepcionalmente, permite o ativismo judicial. O que, não choca, mas se compatibiliza com a atuação política dos Poderes Executivo e Legislativo.

É a sentença *aditiva* que mais nos interessa de perto. Por meio dessas, a Corte reconhece a inconstitucionalidade da lei na parte em que não prevê algo que deveria prever e supre a lacuna, adicionando o significado normativo faltante. No dizer de Augusto Cerri¹¹¹, “a decisão aditiva pressupõe uma lacuna axiológica, de modo que a declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa deve ser lógica e estruturalmente ligada à superação do estado omissivo”. A sentença aditiva *fala* onde a lei *se cala* e essa prática integrativa é uma manifestação de ativismo judicial.

Riccardo Guastini ainda lembra que os juízes “comuns” também verificam a compatibilidade da norma à Constituição quando: *i*) funcionam como um “filtro” das

¹⁰⁷ GUASTINI, Riccardo. *La constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano*. In: CARBONELL, Miguel (Org.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2009, p. 63.

¹⁰⁸ GUASTINI, Riccardo. *Op. cit.*, p. 64.

¹⁰⁹ GUASTINI, Riccardo. *Op. cit.*, p. 65.

¹¹⁰ GUASTINI, Riccardo. *Op. cit.*, p. 65-66.

¹¹¹ CERRI, Augusto. *Corso di Giustizia Costituzionale*. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. *La Giustizia Costituzionale*. 2ª ed. Bologna: Il Mulino, 1988, p. 242.

controvérsias que devem subir à Corte; *ii*) quando aplicam a interpretação conforme; e *iii*) demonstram o poder de aplicar diretamente a Constituição aos casos concretos, nesse sentido¹¹².

Não obstante, Vanice do Valle e outros¹¹³ observam que a experiência italiana desenvolveu “a doutrina do direito vigente”, que mitiga os riscos da excessiva concentração de poderes na Corte Constitucional com a cooperação de todo o Poder Judiciário para a definição da competência dessa Corte, pois são os juízes que determinam o que deve ser julgado por ela. Assim, o direito vigente delimita o ativismo judicial na medida em que estabelece as fronteiras e o objeto da própria atuação do Tribunal Constitucional.

As sentenças *aditivas*, na concepção apresentada acima, indicam o enriquecimento do tecido dos direitos sociais, pois permite a aplicação extensiva do princípio da igualdade. Situação que decorre das próprias condições político-institucionais italianas, que favorecem as ideias de igualdade material.

Na realidade, em suma, as sentenças *aditivas* cumprem, na Itália, papel fundamental no controle das omissões legislativas com vista à observância da ordem constitucional. Os juízes constitucionais tem muitas vezes atuado como *legisladores positivos* diante da paralisia dos poderes políticos. Casos análogos de inércia legislativa e violação de direitos fundamentais podem justificar o ativismo judicial exercido por meio das sentenças aditivas.

3.4. Ativismo Judicial na Espanha

Com relação à Espanha, há que se ressaltar que a Constituição de 1978 ora vigente é resultado de um consenso político que demorou a se perpetrar. No primeiro terço do século XX, viveu em instabilidade política, depois passou por guerra civil e pelo totalitarismo facista. Com a morte de Franco em 1975, ocorre a transição para a democracia e a promulgação da citada Carta. É, pois, uma jovem democracia, como o Brasil. Diante desse cenário, o Tribunal Constitucional, criado com a Constituição em 1978, absorve um elemento garantidor do consenso político inicial que culminou no novel instrumento constitucional.

Da mesma forma que no caminho italiano, a inércia parlamentar dá lugar ao maior ativismo por parte da Corte Constitucional.

¹¹² GUASTINI, Riccardo. *Op. cit.*, p. 58-59; 64-65; 67.

¹¹³ VALLE, Vanice Regina Lírio do, *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. São Paulo. Editora: Juruá, Curitiba, 2009, p. 30.

Perfecto Andrés Ibanez¹¹⁴ consigna a importância do Tribunal Constitucional como vetor de equilíbrio na equação das forças políticas, ressaltando que a proeminência da função jurisdicional só pôde encontrar espaço à conta de outro fenômeno, não menos atípico: a emergência de condutas delitivas nos demais âmbitos institucionais, das quais se pode concluir o estrondoso fracasso dos mecanismos preventivos dos desvios ou patologias de funcionamento das estruturas formais de poder”.

Na linha italiana e alemã, também há o desenvolvimento de técnicas de controle que se distanciam da simples declaração de inconstitucionalidade. Mas é no espaço da baixa densidade normativa que a interpretação do Tribunal dá espaço às sentenças interpretativas e aditivas. O Tribunal Constitucional, portanto, apresenta um “protagonismo da jurisdição constitucional na vida política”¹¹⁵.

Há ainda, duas situações na Espanha, que devem ser destacadas: a primeira é o estado de tensão gerado pelo ativismo do Tribunal Constitucional; a segunda é a consequência limitadora desse estado de tensão, pois os órgãos políticos, a opinião pública e o povo, diante da tensão provocada, terminam por limitar sua atuação ativista.

Manifestação típica do ativismo judicial espanhol é o desenvolvimento jurisprudencial de técnicas e modalidades de provimento que permitem a concretização de atividades distintas da simples chancela de validade ou nulidade dos temas submetidos ao controle judicial.

Assim, no espaço da baixa densidade das normas constitucionais, que a atividade interpretativa encontrou maior liberdade de atuação na Espanha, com o desenvolvimento das sentenças interpretativas e aditivas, veículos de concretização do ativismo judicial.

As dificuldades institucionais relacionadas a um ativismo de parte da corte constitucional, acabaram por envolver zonas de tensão não somente com o Legislativo, mas também com outras esferas do próprio Judiciário, que se viam adstritas às conclusões do Tribunal Constitucional sem que tal consequência se pudesse extrair diretamente do Texto Fundamental.

Por outro lado, são essas mesmas zonas de tensão que funcionam como limites a excessos por parte do Tribunal Constitucional.

¹¹⁴ ANDRÉS IBANEZ, Perfecto. *Veinticinco años de administración de justicia y Constitución*. In: CAPELLA, Juan-Ramón. *Las sombras del sistema constitucional español*. Madrid: Trotta, 2003, p. 165.

¹¹⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do, *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. São Paulo. Editora: Juruá, Curitiba, 2009, p. 32.

Garcia de Enterría¹¹⁶ esclarece que “nem o Parlamento, nem os partidos políticos, nem o povo aceitariam uma Corte Constitucional que decidisse as graves questões que lhe são submetidas com base em critérios pessoais: ou simpatia ou opção política dos juízes. É a transcendência de sua função que exige da jurisdição constitucional a renúncia a critérios simplesmente políticos de decisão; portanto, traz como fatores limitadores à prática do ativismo a preservação dos critérios de avaliação e composição do problema”.

3.5. Ativismo Judicial na Colômbia

No fim dos anos 80 e começo dos anos 90, vários países da América Latina experimentaram profundas reformas constitucionais dirigidas a restabelecer ou fortalecer a democracia, criando extensas listas de direitos fundamentais e sociais, e cortes constitucionais ou, ampliando os poderes das cortes supremas já existentes (como foi o caso do Brasil). Nesse cenário, houve marcante avanço da judicialização e do ativismo judicial envolvendo proteção desses direitos. Dentro dessa nova perspectiva latina-americana, uma das cortes que mais se destacou, foi a Corte Constitucional da Colômbia.

Em 1991 foi promulgada a nova Constituição colombiana, com extensa lista de direitos fundamentais e direitos sociais. Instituiu-se uma Corte Constitucional com amplo acesso à jurisdição e significativa competência e poderes de controle sobre atos dos outros poderes.

Desde que foi instituída, a Corte Constitucional tem sido ativista, avançando nas pretensões de direitos e de bem estar social.

A Corte Constitucional exerce controle misto de constitucionalidade das leis: o controle abstrato das leis por meio das *acciones públicas*, que podem ser propostas diretamente na Corte por qualquer cidadão, e o controle concentrado em sede de revisão das decisões judiciais tomadas nas *acciones de tutela*, propostas pelos cidadãos para a defesa dos direitos constitucionais.

Segundo Rodrigo U. Yepes¹¹⁷, “por um meio processual ou pelo outro, tem se desenvolvido uma jurisprudência bastante ativista da Corte, principalmente, em dois campos

¹¹⁶GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 2001, p. 184.

¹¹⁷ YEPES, Rodrigo Uprimny. *A Judicialização da Política na Colômbia: Casos, Potencialidades e Riscos*. SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos, Vol. 6, 2007, p. 54.

de ação: o controle das práticas políticas e das ações do Poder Executivo e a promoção dos direitos fundamentais, sociais e econômicos”.

No primeiro caso, a Corte tem proferido decisões importantes, que reduziram os poderes do Presidente, em especial, a capacidade de declarar “estado de exceção”.

Como relembra Carlos Alexandre de Azevedo Campos¹¹⁸, “essa doutrina do controle judicial material da declaração do estado de exceção ganhou contornos dramáticos nos países dentro do contexto de violência promovida pela atuação das Forças Armadas Revolucionárias (FARC), que tem por prática ameaçar as instituições democráticas colombianas, sequestrando e assassinando políticos e até magistrados. Ainda assim, em importantes e sucessivas decisões, a Corte julgou injustificadas e, portanto, inconstitucionais, algumas declarações de estado de exceção, vindo, assim, a sofrer pesadas críticas do governo, das elites econômicas, de parte da academia jurídica e de muitos líderes de partidos políticos tradicionais”.

O segundo e mais importante aspecto do ativismo judicial da Corte Constitucional colombiana tem sido a prática de concretização dos direitos fundamentais, sociais e econômicos. A Corte tem tido participação fundamental no avanço da proteção e promoção de direitos no país.

Sem dúvida, o ativismo judicial progressista da Corte é um dos elementos mais significativos da desenvolvimento social dos colombianos.

Nesse sentido, Manoel José Cepeda-Espinosa¹¹⁹, declara que “(...) a Corte tem se posicionado como um fórum crescentemente legítimo que responde a alguns dos mais complexos problemas que afetam a sociedade e as instituições colombianas. Suas doutrinas sobre direitos fundamentais têm visivelmente permeado a prática e o discurso social em níveis imprevisíveis. Ademais, em tempos recentes, atores sociais e políticos tem gradualmente transferido à corte a solução de suas mais difíceis questões”.

É importante ressaltar que a Corte colombiana tem decidido em favor da realização efetiva dos direitos fundamentais sociais, principalmente, nos seguintes temas: direito à saúde, direitos aos serviços de seguridade social, proteção do idoso, extensão de benefícios de pensão

¹¹⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 123-124.

¹¹⁹ CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. *Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court*. Washington Univ. Global Studies Law Review. Vol. 3, 2004, p. 535.

e aposentadoria em respeito à isonomia, tratamento igual entre empregados sindicalizados e não sindicalizados, proteção do mínimo vital, situação precária das penitenciárias, etc.

Diferentes fatos explicam o protagonismo institucional da Corte Constitucional: a nova Carta de direitos da Constituição de 1991, o acesso fácil e barato da sociedade à justiça constitucional, a nova cultura jurídica assimilada pelos operadores do direito que passaram a exergar a Constituição como um documento normativo, o desencanto com a política, a omissão dos políticos e sua disposição em transferir custos decisórios para a Corte.

Enfim, como se vê, o contexto histórico da Colômbia, em muito se assemelha com o contexto histórico do Brasil, como Constituição democrática contemporânea, no desempenho de suas cortes constitucionais, de interpretação criativa e expansiva das normas constitucionais, na promoção de seus direitos fundamentais e sociais, ainda que num ambiente de insegurança e desigualdade.

CAPÍTULO 4: O ATIVISMO JUDICIAL E OS DIREITOS DE SEGURIDADE SOCIAL

4.1. O SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal de 1988 é conhecida como “constituição cidadã”, justamente por sua expansão e reconhecimento dos direitos sociais, sendo certo que a atuação do Poder Judiciário vem ganhando assento cada vez maior no cenário político brasileiro, se tornando cada vez mais importante na concretização desses direitos.

Segundo Frederico Amado “É preciso que o Estado proteja seu povo contra eventos previsíveis, ou não, aptos a causar a sua miséria e intranquilidade social, providenciando recursos para manter, ao menos, o seu mínimo existencial e, por conseguinte, a dignidade humana, instituindo um eficaz sistema de proteção social”¹²⁰.

O Texto Constitucional estrutura o Sistema da Seguridade Social em três vias: previdência, assistência e saúde. A primeira (*previdência*) tem como foco a proteção do trabalhador e seus dependentes contra os riscos sociais (situação de necessidade futura); já a segunda (*assistência*) se ocupa com o hipossuficiente, ou seja, aquele incapacitado de integrar o mercado de trabalho e conseqüentemente não apresenta condições mínimas para prover sua própria subsistência (situação atual de miserabilidade); por fim a terceira (*saúde*), composta pelo conjunto de serviços que visam resguardar a higidez física e mental do cidadão.

Resta evidente, assim, que toda a dimensão protetiva do indivíduo trazida pela Constituição Federal, sob a ótica do direito social, tem por escopo conferir ao cidadão, em todas as fases de sua vida, a capacitação técnico/profissional (*primeira idade – direito à educação*), o acesso e a efetiva proteção ao trabalho (*segunda idade – direito ao trabalho*) e também a proteção à ausência, riscos sociais, hipossuficiência e a higidez física e mental, quando a força laborativa tende a diminuir ou desaparecer (*terceira idade – direito da seguridade social*), ou seja, todo cerne do direito social tem seu eixo no trabalho.

Assim, a importância do Sistema de Seguridade Social se dá não apenas pela natureza tipicamente social de tal instrumento, mas também pela extensão de cidadãos regidos sob o seu

¹²⁰ AMADO, Frederico. *Curso de Direito e Processo Previdenciário*. 5ª Edição, Editora JusPodium, Bahia, 2014, p. 33.

manto, o estudo de como o ativismo judicial vem se revelando nesta seara é essencial, seja para demonstrar a real eficácia desse fenômeno seja para demonstrar a própria efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário.

Saliente-se que a seguridade social vem dando azo ao aumento da judicialização de tais direitos ante as sucessivas reformas constitucionais e legais, sendo certo que novamente estamos à beira de nova reforma constitucional através da Emenda Constitucional PEC n. 287 de 2016 (o que a mídia vem chamando de “Reforma da Previdência”), a pretexto de compatibilizar o contexto econômico e social da atualidade, na qual apresenta inúmeras restrições de direitos (fim da aposentadoria por tempo de contribuição, por exemplo) ou adequação desses direitos (igualdade entre regime geral e próprio, aumento da idade para aposentadoria, etc.)

Diante desse contexto, é cada vez mais expressivo o número de ações judiciais, cujo ponto de identidade é sempre o mesmo: atividade legislativa complementar (constitucional ou legal) realizada aquém do que determina o ordenamento fundamental constitucional – campo onde atua o ativismo judicial.

Isto porque, o direito social, em especial o direito à seguridade social, foi regulamentado em nosso ordenamento constitucional, como dependente de atuação legislativa complementar, exigindo um comportamento ativo (prestação) do Estado.

O constituinte originário foi claro ao dispor que “compete ao poder público, *nos termos da lei*, organizar a seguridade social” (art. 194, parágrafo único, da CF), afirmação corroborada pelo artigo 200: “ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, *nos termos da lei (...)*”; pelo artigo 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 (...)*”; e pelo artigo 203, inciso 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*”.

Assim, se os direitos de seguridade social se apresentam no cenário constitucional dependendo de complementação legislativa, e sendo o ativismo judicial o mecanismo pelo qual se busca a efetivação dos direitos sociais face a uma possível inação dos Poderes Legislativo e Executivo, não restam dúvidas da importância de se analisar as ações judiciais envolvendo direitos de seguridade social.

Como já dito o ativismo judicial “expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário”¹²¹, duas premissas devem ser trazidas: 1) o ativismo judicial no Brasil vem ganhando força substancialmente pela via individual, em especial, no campo envolvendo seguridade social; 2) o cerne das ações judiciais em que o ativismo se apresenta verifica-se a postura de o julgador “ir além do legislador ordinário”.

Nesse contexto da seguridade social, tipificado pela existência de prestações estatais e dependente de atuação legislativa complementar, é importante ter em mente se a via processual tradicional (ação individual) é hábil para o exercício do ativismo e se há no campo dos direitos à seguridade social, situações peculiares que devem ser observadas pelo julgador, como, por exemplo, a regra da contrapartida, ou seja, que nenhum benefício ou serviço da seguridade social pode ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio (art. 195, § 5º, da CF).

É certo que ao tratar de direito à seguridade social, fala-se em direito coletivo por essência, cuja caracterização se apresenta pela pluralidade de indivíduos titulares de um direito coletivo e abstrato, que poderá ser mensurado e divisível a cada titular, quando essa repartição puder ser estendida a todos, razão porque se fala em justiça distributiva. Aí está a problemática de se falar em justiça distributiva dentro do processo judicial individual, como vem ocorrendo na prática.

Como dito, os direitos sociais envolvem necessariamente direitos coletivos (bem comum), com destaque ao caráter plurilateral do conflito (justiça distributiva) e reportando-se a fatos futuros (impingindo a realização de serviços públicos com intuito de relocação da riqueza), daí a dificuldade provocada pela utilização do processo tradicional (ação individual) para a “ativação” dos direitos sociais.

Ainda, outra vertente precisa ser analisada: as peculiaridades dos direitos sociais prestacionais, que devem ser delimitados e efetivados à luz da realidade política, social, histórica e ideológica.

¹²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Cadernos [Syn]thesis. Rio de Janeiro: 2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>, p. 17.

Os direitos fundamentais sociais, assim, dependem da intervenção do Estado e de condições econômicas para serem garantidos, isto é, da disponibilidade orçamentária do Estado, concretizado através de políticas públicas.

As normas que asseguram direitos como saúde, educação, previdência, assistência social, moradia, trabalho suscitam para sua efetivação certos questionamentos, tais como: condições econômico-financeiras do Estado e competência dos órgãos do Judiciário para intervirem no campo das políticas públicas. Assim, como os efeitos dos direitos sociais são alcançados através de políticas públicas e essas implicam em um campo de escolha relativamente amplo, deve ser conduzido prioritariamente pelo Executivo, razão pela qual a eficácia jurídica desse direito vê-se fragilizada diante do ativismo judicial.

Não há como impingir a alguém uma prestação sem antes perquirir se tem efetiva condição de cumpri-la. Assim, a limitação ou a escassez financeira é um limite fático intransponível para a efetivação dos direitos sociais prestacionais do Estado, pois sem esse lastro não há condições de se fixar a obrigação, quanto mais de impor o seu cumprimento. É justamente por isso que o sistema de seguridade social tem como alicerce a regra da contrapartida, prevista no art. 195, § 5º da Constituição Federal.

Ademais, quando se fala da disponibilidade financeira do Estado à luz da efetivação dos direitos sociais, deve-se ter em mente a problemática ligada à possibilidade jurídica de disposição de valores e a tripartição/separação de poderes.

Em princípio, conclui-se que a aferição política e econômica dos direitos sociais deve ficar afeta aos Poderes Legislativo e Executivo, fugindo do campo de atuação do intérprete/aplicador da norma.

Tanto que o próprio texto constitucional, no campo da seguridade social, coloca a seletividade e a distributividade como princípios meios até que se consiga chegar à universalidade do sistema. Princípios estes dirigidos não ao intérprete/aplicador da norma, mas sim ao próprio legislador detentor do juízo de conveniência e oportunidade político-social.

Eis porque a fixação dos direitos sociais se fará *nos estritos termos da lei*. É por ela que os Poderes Legislativo e Executivo exercem o juízo de conveniência e oportunidade à luz da análise político-social do País, delimitando a efetivação de um respectivo direito social, sob pena de atingir inegavelmente a equação receita-despesa, fragilizando o sistema e impedindo a sua expansão.

Desse modo, quando o intérprete/aplicador da norma vai além do texto legal, dentro do processo judicial individual, e cria outros meios que não aqueles fixados para a obtenção do direito social resguardado constitucionalmente, acaba malferindo todo o sistema constitucional de seguridade social.

Como assevera Carlos Gustavo Moimaz Marques¹²²: “Se a própria Constituição Federal pode ser resumida no princípio da dignidade da pessoa humana, o intérprete nunca poderá perder de vista que o conceito jurídico de dignidade da pessoa humana reflete o tratamento isonômico entre os iguais e, por consequência, a proporcionalidade de tratamento diferente entre os desiguais. Qualquer interpretação que se afaste desse postulado, por mais nobre que seja o seu fundamento acaba acentuando ainda mais a própria desigualdade, que o direito, em especial, o social, busca corrigir”.

Assim, para se interpretar a legislação previdenciária, há de se observar os princípios constitucionais de seguridade social. O intérprete deve sempre lembrar que o sistema previdenciário brasileiro é contributivo, ancorado no equilíbrio financeiro-atuarial.

A aplicação do princípio *in dubio pro misero* de forma invariável é uma afronta ao sistema previdenciário que adota o modelo contributivo, gerando distorções e injustiças, na medida em que o benefício pessoal concedido sem a devida auscultação do efetivo direito se reveste em prejuízo de todos os beneficiários. Na feliz expressão de Armando de Oliveira Assis: “qualquer interpretação generosa, de cunho individualista, que imponha à instituição gravames não previstos, torna-se, em verdade, vantagem pessoal sustentada pela coletividade segurada. Destarte, por muito que se comova o humano coração do interpretador, o do julgador ante um caso pessoal, terá que ser contido pela idelével lembrança de que o seguro social é uma instituição de direito público – onde o social é a palavra ordem – e em consequência não pode, não deve, sob hipótese alguma, ser deformado por interesses privados, de pessoas ou de grupos”¹²³.

Verifica-se, assim, que se a experiência tem-se mostrado problemática na questão do ativismo judicial e a concretização dos direitos à seguridade social envolvendo ações

¹²² MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. *Neoconstitucionalismo e Ativismo Jurisdicional. Do passivismo ao ativismo judicial*. Ed. Del Rey, Coordenador José Carlos Francisco, p. 296.

¹²³ ASSIS, Armando de Oliveira. *Compêndio de Seguro Social*. Rio de Janeiro. Fundação Getúlio Vargas, 1963, p. 154.

individuais, devendo ser repensado o modo como vem sendo aplicado o ativismo e até em formas de modificação da própria instrumentalização (ações individuais) desse fenômeno.

No entanto, entendo que, ao contrário daqueles doutrinadores que defendem que o meio processual de aplicação do ativismo judicial só possa se dar pelas ações típicas previstas no ordenamento jurídico, como por exemplo, o mandado de injunção, ação declaratória de constitucionalidade (ADECON), ação direta de inconstitucionalidade (ADIN), ao reverso, defendo que não deve haver forma legal prévia (seja ação individual ou ação coletiva), pois através de qualquer meio processual, é possível a tutela para concretização dos direitos fundamentais e sociais, bem como, a implementação de políticas públicas em caso de omissões de outros poderes.

4.2. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE SEGURIDADE SOCIAL COMO LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL

Com o advento do constitucionalismo pós-positivista, os princípios passaram à categoria de normas jurídicas, não tendo mais apenas a função de integrar o sistema quando ausentes as regras regulatórias, sendo agora dotados de coercibilidade e servindo de alicerce para o ordenamento jurídico, pois axiologicamente inspiram a elaboração das normas-regras.

E nessa linha, foi que a Constituição Federal de 1988, de maneira inovadora, estabeleceu a universalidade de proteção social, unindo três direitos fundamentais sociais: saúde, previdência e assistência social.

Wladimir Novaes Martinez sustenta que a “seguridade social é técnica de proteção social, custeada solidariamente por toda a sociedade segundo o potencial de cada um, propiciando universalmente a todos o bem-estar das ações de saúde e dos serviços assistenciais em nível mutável, conforme a realidade sócio-econômica, e os das prestações previdenciárias”¹²⁴.

Assim, a seguridade social, nos termos do artigo 194 da Constituição, passou a compreender um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. O parágrafo único, do citado artigo constitucional, estabelece os princípios aplicáveis à referida

¹²⁴ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. Ed. LTR, 6ª Edição, São Paulo, 2015, p. 87-88.

proteção social, ao qual deve ser acrescido o *caput* do artigo 195, bem como o seu § 5º. O seu financiamento está a cargo de toda a sociedade, nos termos do artigo 195 da Constituição. Os preceitos referentes ao sistema de Seguridade Social encontram-se nos artigos 194 a 204 da Constituição, os quais estão inseridos na Ordem Social (Título VIII), bem como no artigo 40, que estabelece as diretrizes para a proteção previdenciária dos servidores públicos titulares de cargos efetivos.

A Ordem Social, e, assim, também a seguridade social, tem como base o primado do trabalho e como objetivos o bem-estar e a justiça social (art. 193 da Constituição). A referida base e os citados objetivos estão relacionados aos fundamentos do Estado brasileiro, enumerados no artigo 1º da Constituição (dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho), bem como aos seus objetivos previstos nos incisos I e III do art. 3º (construção de uma sociedade livre, justa e solidária e redução das desigualdades sociais e regionais).

Como meio de garantir o primado do trabalho, uma das áreas da seguridade social foi destinada a proteger os trabalhadores e seus dependentes: a previdência social. A mencionada proteção tem como pressuposto o trabalho, sendo que a sua remuneração é uma das bases do financiamento direto e, a ausência de capacidade laboral, é o fato gerador para a concessão de suas prestações.

O bem-estar e a justiça social, objetivos da Ordem Social e por consequência da seguridade social, devem ser buscados de forma coletiva e não garantindo-se a efetivação apenas para alguns (proteção individual ou de um grupo específico). No entanto, muitas decisões judiciais, a pretexto de efetivar a justiça social, estão sendo proferidas sem a observância dos preceitos específicos relacionados aos direitos citados, em detrimento de toda a coletividade.

O parágrafo único do artigo 194 da Constituição Federal elenca os princípios constitucionais próprios e explícitos do Sistema de Seguridade Social: *a)* Universalidade da cobertura e do atendimento (inciso I); *b)* Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais (inciso II); *c)* Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços (inciso III); *d)* Irredutibilidade do valor dos benefícios (inciso IV); *e)* Equidade na forma de participação no custeio (inciso V); *f)* Diversidade da base de financiamento (inciso VI); *g)* Caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do governo nos órgãos colegiados (inciso VII). Ao referido dispositivo

constitucional devem ser acrescidos os preceitos do *caput* (princípio da solidariedade) e o §5º (regra da contrapartida) do artigo 195.

Assim, conclui-se que os princípios específicos de seguridade social devem ser entendidos como limitadores ao ativismo judicial e não o contrário, como têm sustentado os aplicadores do direito que se intitulam ativistas.

O problema é que, na grande maioria das vezes, eles utilizam de forma isolada um dos princípios ou parte de preceitos constitucionais relacionados à seguridade social, como ocorre em relação à saúde, no que tange à primeira frase do art. 196 da Constituição. Também, muitos inclusive afastam, de forma implícita, as disposições constitucionais relativas à seguridade social e julgam com base, apenas, na dignidade da pessoa humana, dando a esse importante valor, uma conotação de varinha mágica.

Também se tem definido que o “princípio do tadinho” tem tido uma aplicação abrangente, quando se está diante dos direitos integrantes da seguridade social. No entanto, tal postura não leva à efetividade da justiça social prevista no art. 193 da Constituição. Ao contrário, muitas vezes a aplicação do referido princípio gera ainda mais injustiças.

Exemplos corriqueiramente citados são as decisões que concedem medicamentos em ações individuais, sob a única alegação de que o *caput* do art. 196 da Constituição estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado; as que flexibilizam os limites legais para a concessão do benefício de prestação continuada da assistência social; as que determinam o pagamento de benefícios previdenciários sem o correspondente recolhimento das contribuições, etc.

Devido a sua importância para esse trabalho, passo a discorrer, brevemente sobre os referidos princípios da Seguridade Social, sem a pretensão de esgotar o tema.

4.2.1. Universalidade da cobertura e do atendimento

O princípio da universalidade de cobertura e do atendimento (art. 194, § único, I), no sistema previdenciário pátrio, apresenta-se como princípio programático e informador. É instrumentalizado de forma mitigada, uma vez que a própria Constituição Federal estabelece, no art. 201, os eventos que terão cobertura previdenciária, bem como o caráter contributivo da previdência social.

Este princípio busca conferir a maior abrangência possível às ações da seguridade social no Brasil, de modo a englobar não apenas os nacionais, mas também os estrangeiros residentes, ou até mesmo os não residentes, a depender da situação concreta, a exemplo das ações indispensáveis à saúde, revelando a sua natureza de direito fundamental de efetivação coletiva.

Por universalidade da cobertura, de acordo com os autores Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, “entende-se que a proteção social deve alcançar todos os eventos cuja reparação seja premente, a fim de manter a subsistência de quem dela necessite. A universalidade do atendimento significa, por seu turno, a entrega das ações, prestações e serviços de seguridade social a todos os que necessitem, tanto em termos de previdência social – obedecido o princípio contributivo – como no caso da saúde e da assistência social”¹²⁵.

Sérgio Pinto Martins, por sua vez, ensina que “A universalidade da cobertura deve ser entendida como as contingências que serão cobertas pelo sistema, como a impossibilidade de retornar ao trabalho, a idade avançada, a morte etc. Já a universalidade do atendimento refere-se às prestações que as pessoas necessitam, de acordo com a previsão da lei, como ocorre em relação aos serviços”¹²⁶.

A universalidade é dividida em: (a) *subjetiva*, que diz respeito a todas as pessoas que integram a população nacional; (b) *objetiva*, que irá reparar as consequências das contingências estabelecidas na lei, ou seja, cobrir o maior número de riscos sociais (doença, invalidez, morte, idade avançada, proteção à maternidade e à família, ao menos).

Todas as situação que representam riscos estão compreendidas na cobertura que o sistema brasileiro de proteção social pretende proporcionar às pessoas (dimensão *objetiva* – universalidade de cobertura) e em que todas as pessoas possuem tal direito (dimensão *subjetiva* – universalidade de atendimento – destinatários da proteção social: ninguém está fora deste plano de proteção; todos têm uma quota de proteção), especialmente através da assistência social e da saúde pública, que são gratuitas e independem de contribuição. Ao revés, a previdência terá a sua universalidade limitada por sua necessária contributividade.

¹²⁵ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 88-89.

¹²⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 78.

Assim, a seguridade social deverá atender a todos os necessitados, especialmente através de assistência social e da saúde pública, que são gratuitas, pois independem do pagamento de contribuições diretas dos usuários. (subsistema não contributivo da seguridade social).

Ao revés, a previdência terá a sua universalidade limitada por sua necessária contributividade, vez que o gozo das prestações previdenciárias apenas será devido aos segurados e aos dependentes, pois no Brasil o sistema previdenciário é contributivo direto.

João Ernesto Aragonés Vianna, a seu turno, leciona que “o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento na seguridade social é abrandado na previdência social, pois depende de contribuição dos segurados. Assim, quem não contribui está excluído do regime previdenciário”¹²⁷.

Logo, embora exista, a universalidade previdenciária é *mitigada* por sua necessária contributividade, haja vista limitar-se aos beneficiários do seguro, não atingindo toda população.

O art. 13, da Lei 8.213 de 1991, faculta a toda pessoa maior de 14 anos que não trabalhe a possibilidade de filiação ao Regime Geral da Previdência Social, na qualidade de segurado facultativo, desde que verta contribuições ao sistema previdenciário, a fim de realizar ao máximo a universalidade do sistema.

A universalidade do atendimento é, pois, uma diretriz, tendência, encaminhamento a ser tomado pelo legislador ao estabelecer as regras (mecanismos) do sistema do direito da Seguridade Social, sendo vedada a possibilidade de opção por caminho que leve à redução do grupo protegido, diante da vedação do retrocesso social.

Todavia, é preciso advertir que a universalidade de cobertura e do atendimento da seguridade social não tem condições de ser absoluta, vez que inexistem recursos financeiros disponíveis para o atendimento de todos os riscos sociais existentes, devendo se perpetrar a escolha dos mais relevantes, de acordo com o interesse público, observada a reserva do possível (a efetividade dos direitos sociais condiciona-se a efetiva disponibilidade de recursos públicos).

No entanto, a grande dificuldade imposta ao Sistema da Seguridade Social é identificar o ponto ideal de ampliação das coberturas protegidas e de sujeitos protegidos.

¹²⁷ VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de direito previdenciário*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 23.

Como adverte Wagner Balera¹²⁸: “Obviamente, não se pretende que o sistema se amplie, em todas as perspectivas, desmedidamente, sem parar, sem um norte. Sem dúvida, quanto maior for o número de cobertura e sujeitos protegidos, menor será o grau, a intensidade de proteção, ou seja, a expressão econômica dos benefícios e serviços. Não há sistema de seguridade que possa resistir, em termos financeiros, concedendo extenso rol de benefícios e serviços em patamar elevados a número cada vez mais elevado de sujeitos protegidos, tendo como sustentáculo regime financeiro de repartição. Situação deste jaez violaria o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial”.

Não há dúvidas quanto ao fato de que o sistema de seguridade social pátrio, está em busca do seu ponto de equilíbrio, da permanente concretização dos postulados estabelecidos no art. 194 da Constituição Federal de 88. Aliás, a busca por este ideal não termina, não acaba, já que, a Seguridade Social é um caminho sem fim.

4.2.2. Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais

O princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais (art. 194, § único, II), por sua vez, cuida-se de corolário do princípio da isonomia no sistema de seguridade social, que objetiva o tratamento isonômico entre povos urbanos e rurais na concessão das prestações da seguridade social.

Aqui, também identificamos duas diretrizes contidas no princípio: uma da *uniformidade*; outra da *equivalência*.

A *uniformidade* impõe que as prestações observem o mesmo critério de cálculo, impedindo, por exemplo, que o *quantum* devido a título de aposentadoria ao trabalhador urbano seja mais elevado do que a do rurícola.

A *equivalência*, por seu turno, determina que, as mesmas prestações (benefícios e serviços) conferidos à populações urbanas também devem sê-lo às populações rurais, isto é, o rol de prestações devem ser o mesmos

¹²⁸ BALERA, Wagner. Thiago D Avila Fernandes. *Fundamentos da Seguridade Social*. São Paulo, Ed. LTr, 2015, p. 86-87.

Neste sentido, trazemos a lição de Marcelo Leonardo Tavares: “As diferenças históricas existentes entre os direitos do trabalhador urbano e rural devem ser reduzidas paulatinamente até a extinção. A legislação previdenciária posterior à Constituição de 1988 adequou-se ao princípio, sem fazer discriminação entre trabalhadores urbanos e rurais, exceto pelo tratamento diferenciado do segurado especial, devido a características particulares desta espécie de segurado”¹²⁹.

Assim, com a regulamentação da Constituição Federal de 1988, através das Leis n. 8.212/91 e 8.213/91 temos apenas uma previdência social que abrange as populações urbanas e rurais. A intenção constitucional é a eliminação completa de qualquer discriminação entre estas duas populações. Só o tempo nos dirá se foi atingido este objetivo constitucional.

Com efeito, não é mais possível a discriminação negativa em desfavor das populações rurais como ocorreu no passado, pois agora os benefícios e serviços da seguridade social deverão tratar isonomicamente os povos urbanos e rurais.

Isso não quer dizer que não possa existir tratamento diferenciado, desde que haja um fator de *discrimen* justificável diante de uma situação concreta. Logo, em regra, os eventos cobertos em favor dos povos urbanos e rurais deverão ser os mesmos, salvo algum tratamento diferenciado razoável, sob pena de discriminação negativa injustificável. Nesse sentido, como o trabalho no campo é desgastante em razão da exposição aos fatores climáticos, os trabalhadores rurais terão direito à redução de cinco anos na aposentadoria por idade (ex: aposentadoria por idade da mulher rurícula com 55 anos e do homem com 60 anos).

Logo, em regram, os eventos cobertos pela seguridade social em favor da população urbana e rural deverão ser os mesmos, salvo algum tratamento diferencial razoável, sob pena de discriminação negativa injustificável e consequente inconstitucionalidade material.

4.2.3. Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços

O princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços (art. 194, § único, III), assim como os demais princípios do sistema do direito da seguridade social configuram normas de estrutura, isto é, normas direcionadas à conduta do legislador

¹²⁹ TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*, 4ª edição, Rio de Janeiro, Luen Juris, 2002, p. 89.

constitucional ou infraconstitucional, aplicável ao estágio de elaboração das leis (norma programática).

A seletividade fixa o rol de prestações que serão garantidas ao beneficiário do sistema. Trata-se do momento pré-legislativo no qual o legislador fixa a prioridade na outorga de determinadas prestações. É a escolha progressiva do Plano de Proteção. Essa escolha não é livre, pois o constituinte já determinou a necessidade de proteção dos grandes riscos sociais: a morte, a doença, a velhice, o desemprego e a invalidez (art. 201, da CF).

Assim, a *seletividade* está relacionada à atividade de seleção das prestações a serem disponibilizadas a sociedade, de acordo com as possibilidades financeiras do sistema. Já a *distributividade* define o grau de proteção devido ao cada um, devendo ser agraciado especialmente os mais necessitados.

Como não há possibilidade financeira de se cobrir todos os eventos desejados, deverão ser selecionados para cobertura os riscos sociais mais relevantes, visando à melhor otimização administrativa dos recursos, conforme o interesse público.

Enquanto a universalidade da cobertura e do atendimento aponta para constante aumento do número de riscos e necessidades sociais protegidas, além da ampliação dos sujeitos albergados pelo sistema, a seletividade funciona como verdadeiro limitador dessa ampliação, defronte aos óbices nos limites financeiros do sistema. Deve, portanto, ser realizado pelo legislador uma triagem, uma seleção das situações de necessidade a serem postas sob a cobertura do sistema.

De todo modo, a seletividade no subsistema de seguridade contributivo é diversa de seletividade no subsistema assistencial. A saúde é direito de todos independentemente de contribuição e do risco gerador da necessidade. Assim, não há prestação a ser escolhida pelo legislador, portanto, a seletividade no âmbito da saúde pública, se aplica em grau mínimo. Não há qualquer discricionariedade. Por outro lado, no subsistema contributivo, o legislador deverá escolher os eventos que merecerão proteção social, conferindo-se, por conseguinte, prestações aos beneficiários do sistema.

O critério determinante na escolha das prestações é a distribuição de rendas. Devem ser escolhidos os benefícios e serviços mais aptos para distribuir renda. Para o constituinte, distribuir renda é conceder bem-estar securitário.

De todo modo, é indiscutível que os serviços estão mais voltados à distribuição de renda do que os benefícios, tendo em vista, o seu caráter coletivo.

A universalidade de cobertura e do atendimento determina o encaminhamento neste sentido: menor expressão econômica das prestações, e maior a comunidade de sujeitos protegido. A distribuição de renda será maior.

Como muito bem afirmado por Sérgio Pinto Martins, “*selecionar para poder distribuir*”. Assim, considerando que a assistência social apenas irá amparar os necessitados, nos termos do art. 203 da Constituição, entende-se que é neste campo que o princípio da distributividade ganha a sua dimensão máxima, e não na saúde e na previdência social.

É que a saúde pública é gratuita para todos, podendo uma pessoa abastada se valer de atendimento pelo sistema único de saúde. Já a previdência social apenas protegerá os segurados e seus dependentes, não bastando ter necessidade de proteção social para fazer jus às prestações previdenciárias.

Sérgio Pinto Martins ensina ainda que caberá à lei escolher as necessidades que o sistema poderá atender, conforme as disponibilidades econômico-financeiras, e conclui: “A distributividade implica a necessidade de solidariedade para poderem ser distribuídos recursos. A ideia de distributividade também concerne à distribuição de renda, pois o sistema, de certa forma, nada mais faz do que distribuir renda. A distribuição pode ser feita aos mais necessitados, de acordo com a previsão legal. A distributividade tem, portanto, caráter social”¹³⁰.

Com efeito, as normas asseguradoras de aposentadorias e pensões em quantias elevadas, concedidas a casta de beneficiários de regimes próprios, deverão ser substituídas por outras, que garantam benefícios menos expressivos financeiramente a um número maior de beneficiários, observando-se o direito adquirido, previsto no art. 5º, XXXVI, da CF. Esse é o mandamento constitucional. Na expressão utilizada por Armando de Oliveira Assis¹³¹, “pensar de forma contrária é retroceder no sistema do direito da seguridade, é involuir”.

¹³⁰ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 20ª Edição, São Paulo, Editora Atlas, 2004, p. 79-80.

¹³¹ ASSIS, Armando de Oliveira. *A involução da prestação social*. Revista dos Industriários, Rio de Janeiro: Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários (IAPI), n. 70, p. 3-6, jul-ago. 1959.

4.2.4. Irredutibilidade do valor dos benefícios

O princípio da irredutibilidade do valor do benefício (art. 194, § único, IV), decorre do princípio da segurança jurídica, o que se conclui que não será possível a redução do valor de benefício da seguridade social, vedando-se o retrocesso securitário.

Para Wagner Balera, a prestação pecuniária “não pode sofrer modificação nem em sua expressão quantitativa (*valor nominal*), nem em sua expressão qualitativa (*valor real*)”¹³².

A irredutibilidade *nominal* projeta-se em dois momentos distintos: o da concessão dos benefícios e o do reajustamento dos benefícios previdenciários.

Decorre da irredutibilidade *nominal* dos benefícios que os ganhos habituais do empregado sejam incorporados ao salário para efeito de contribuição, o que, inegavelmente, repercutirá no cálculo do benefício previdenciário.

A regra de proteção prevista no art. 201, § 2º, da CF, que determina que “nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo”, também é manifestação da irredutibilidade *nominal* dos benefícios.

O princípio da irredutibilidade visa manter o poder real de compra, protegendo os benefícios dos efeitos meléficos da inflação.

Conforme ensinam Wagner Balera e Daniel Pulino: “Para manutenção do valor real do benefício, é fundamental que ele seja fixado corretamente *ab initio*. Do contrário, o benefício persistirá existindo com um valor irreal, imprestável para o cumprimento de sua finalidade constitucional. Cumpre evitar, portanto, esse vício genético, por assim dizer”¹³³.

É importante salientar que a Lei nº 8.213/91 não vincula o valor dos benefícios ao valor do salário mínimo. Por isso, é necessário se desmistificar o atrelamento do valor dos benefícios previdenciários ao salário mínimo, até porque, a sistemática adotada constitucionalmente abomina este atrelamento.

Os dois únicos momentos em que a Constituição regra acerca de benefícios previdenciários e faz menção à expressão *salário mínimo* são a) art. 201, § 2º, ao estabelecer

¹³² BALERA, Wagner. Introdução à seguridade social. In: *Introdução ao Direito Previdenciário*, São Paulo: LTr, 1998, p. 51.

¹³³ BALERA, Wagner e PULINO, Daniel. *Da irredutibilidade do valor dos benefícios*,. p. 176.

que “nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo; b) art. 58 do ADCT, que determina que “os benefícios de prestação continuada, mantidos pela previdência social na data da promulgação da Constituição, terá seus valores revistos, a fim de que sejam restabelecidos o poder aquisitivo, expresso em número de salários mínimos, que tinham na data de sua concessão, obedecendo-se a esse critério de atualização até a implantação do plano de custeio e benefícios referidos no artigo seguinte”.

No que concerne especificamente aos benefícios previdenciários, ainda é garantido constitucionalmente, o reajustamento para manter o seu valor *real* (art. 201, § 4º, da CF). A irredutibilidade expressa não apenas a manutenção do poder aquisitivo, estando atrelada, também, ao progresso econômico: havendo progresso econômico, deverão seus efeitos implicar em incremento da proteção social.

O art. 41 da Lei 8.23/91 (redação originária), ao regulamentar a previsão do art. 201, § 4º, determinava a utilização do INPC na atualização anual do valor do benefício de forma a garantir a preservação do real poder de compra.

Várias foram as alterações quanto ao índice de correção dos valores dos benefícios. Como dito, originalmente, o índice de correção era o INPC; depois, foi substituído pelo IRSM por força da Lei 8.542/92; posteriormente, adotou-se a URV, por força da Lei 8.880/94; sem seguida o índice foi trocado pelo IPC-r; depois voltou-se a utilizar o INPC, pela aprovação da MP 1035/95; depois, utilizou-se o IGPD-I, pela lei 9.711/96. Por fim, pela alteração do art. 41 da Lei 8.213/91, introduzindo-se o art. 41-A, voltou-se a utilizar o INPC.

Desse modo, atualmente a regulamentação do art. 41-A, da Lei 8.213/91 (introduzido pela Lei 11.430, de 26/12/2006) é que garante a manutenção do valor real dos benefícios pagos pelo INSS através da incidência anual da correção monetária pelo INPC, na mesma data de reajuste do salário mínimo.

Ou seja, esta norma principiológica atinge a sua máxima efetividade na previdência social (em razão de seu caráter contributivo), vez que, além de não poder reduzir o valor nominal do benefício previdenciário, o Poder Público ainda é obrigado a conceder um reajuste anual para manter o seu poder aquisitivo.

Logo, se um benefício de saúde pública ou da assistência social for pago no valor de R\$ 200,00 por largo período, não haverá violação constitucional, pois apenas o seu valor nominal

não poderá ser diminuído, inexistindo determinação para o seu reajustamento periódico visando manter o poder real de compra, certamente em razão do seu caráter não contributivo.

Contudo, no caso de um benefício previdenciário, além de não poder reduzir o seu valor nominal, o Poder Público ainda deverá garantir o seu reajustamento periódico, em função do caráter contributivo que marca a previdência social no Brasil.

Impende salientar, por fim, que a jurisprudência do STJ não vinha admitindo a aplicação de índice negativo de correção monetária no período de deflação para os benefícios previdenciários. Contudo, no ano de 2012, a jurisprudência do STJ se firmou no sentido contrário. Com base em precedente da Corte Especial, a 3ª Seção passou a admitir a aplicação de índices negativos de inflação na atualização dos benefícios previdenciários, desde que respeitada à irredutibilidade do valor total a ser pago a título de parcelas atrasadas.

4.2.5. Equidade na forma de participação no custeio

O princípio da equidade na forma de participação no custeio (art. 194, § único, V) é o primeiro princípio aplicável à relação jurídica de *custeio*. O art. 195 da Constituição anuncia o caráter subjetivo da equidade prescrevendo que toda a sociedade é responsável pelo financiamento da seguridade.

Decorre do princípio da igualdade, baseando-se na capacidade econômica dos contribuintes (art. 145, § 1º, da CF). Assim, quanto maior capacidade econômica revelar o contribuinte, maior deverá ser a quota que lhe cabe verter para o fundo social destinado a financiar as prestações. Quem não detém qualquer capacidade econômica (o desamparado, por exemplo) não verterá nenhuma contribuição, o que não lhe retira a qualidade de beneficiário do plano.

Além de ser corolário do princípio da isonomia, é possível concluir que esta norma principiológica também decorre do princípio da capacidade contributiva. A ideia da capacidade contributiva por si só não é apta a definir a equidade na forma de participação no custeio. Isto porque, envolve a ideia da progressividade, ao passo que a equidade no custeio envolve a proporcionalidade.

Como já dito, a equidade no subsistema contributivo é diversa da equidade do subsistema assistencial. Assim, a divisão equânime das contribuições deverá ser buscada no âmbito de cada

regime de seguridade pública (regime geral de previdência, regimes próprios de previdência, saúde pública e assistência pública).

Deve existir, ainda, certa relação entre os riscos inerentes à atividade econômica, as contribuições devidas, o porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho, de tal modo que, quanto maior o risco, maior deve ser o tributo social.

Assim, as empresas que desenvolvem atividade de risco contribuirão mais, pois haverá uma maior probabilidade de concessão de benefícios acidentários; já as pequenas e microempresas terão uma contribuição simplificada e de menor vulto.

Outrossim, realizando o princípio da equidade, é plenamente válida a progressividade das alíquotas das contribuições previdenciárias dos trabalhadores, proporcionalmente à sua remuneração, sendo de 8, 9 ou 11% para alguns segurados do Regime Geral da Previdência Social.

Por sua vez, a redação do art. 10 da Lei 10.666/03 claramente decorre da aplicação deste princípio, pois as empresas que têm um desempenho desfavorável nos índices de frequência, gravidade e custo nos acidentes de trabalho poderão pagar o dobro de contribuição do SAT (seguro de acidente de trabalho), ao passo que o bom desempenho poderá reduzir em até 50% essa contribuição.

Portanto, o custeio da seguridade social deverá ser o mais amplo possível, mas precisa ser isonômico, devendo contribuir de maneira mais acentuada aqueles que dispuserem de mais recursos financeiros, bem como os que mais provocarem a cobertura da seguridade social.

Desse modo, resumidamente, este princípio expressa que cada um contribuirá para a seguridade social na proporção de sua capacidade contributiva. Entretanto, observa-se que ele é específico para a previdência social, uma vez que é o único sistema contributivo.

Wladimir Novaes Matinez, ao comentar o princípio da equidade, entende desnecessária a sua inclusão no rol dos princípios do artigo 195 da Constituição, senão vejamos: “Trata-se de norma securitária abundante, praticamente desnecessária diante do artigo 150, II, onde prescrita a regra exacional universal, a vedação da instituição de tratamento desigual entre os contribuintes que se encontram em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão

de ocupação profissional ou função por ele exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos, isto é, a igualdade fiscal”¹³⁴.

Por fim, Sérgio Pinto Martins relembra que: “a equidade mencionada não é dirigida ao juiz, na aplicação da norma, nem ao Poder Executivo. Parece que a equidade na forma de participação no custeio é dirigida ao legislador ordinário, que deverá observá-la quando tratar do custeio”¹³⁵.

4.2.6. Diversidade da base de financiamento

Se o sistema de seguridade social passou a proteger toda a sociedade, indiscutível que a forma de financiamento passou a ter sua base também ampliada, passando a incidir sobre outros fatores jurídicos destinados a custear o sistema. Tanto assim, que o art. 195, *caput*, da CF determina que a “*seguridade social será financiada por toda a sociedade*”.

Assim, o princípio da diversidade da base de financiamento (art. 194, § único, VI, CF) passou a prever que o financiamento da seguridade social deverá ter *múltiplas fontes*, a fim de garantir a solvibilidade do sistema, para se evitar que a crise em determinados setores comprometa demasiadamente a arrecadação, com a participação de toda a sociedade, de forma direta e indireta.

Esse princípio possui dupla dimensão: 1) *diversidade objetiva*: atinente aos fatos sobre os quais incidirão contribuições; e 2) *diversidade subjetiva*: relativa a pessoas naturais ou jurídicas que verterão as contribuições. Dependerá da atividade inventiva do legislador complementar (art. 195, §4º c/c art. 154, I, da CF) a elaboração de novas fontes de custeio que, no futuro, serão indispensáveis à expansão do sistema protetivo.

Além do custeio da seguridade social com recursos de todas as entidades políticas, já há previsão das seguintes fontes no art. 195, I/IV, da Constituição Federal: *a)* do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei; *b)* do trabalhador e dos demais segurados da previdência social; *c)* apostadores (receita de concursos de prognósticos); *d)* importador de bens ou serviços do exterior, ou equiparados.

¹³⁴ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. Ed. LTR, 6ª Edição, São Paulo, 2015, p. 151.

¹³⁵ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 20ª Edição, São Paulo, Editora Atlas, 2004, p. 81.

Em termos de previdência social, era tradicional no Brasil o tríplice custeio desde regimes constitucionais pretéritos (a partir da Constituição Federal de 1934) com a participação do Poder Público, das empresas/empregadores/equiparados e dos trabalhadores em geral.

Com a advento da Constituição de 88, determinou-se a incidência da contribuição também sobre outras materialidades, quais sejam: o lucro (CSLL), a receita ou faturamento (COFINS), a importação de bens ou serviços do exterior.

Outrossim, é permitida a criação de novas fontes de custeio para a seguridade social, mas há exigência constitucional expressa de que seja feita por lei complementar e não podem ter o mesmo fato gerador ou base de cálculo dos tributos já existentes e a mesma forma não cumulativa, objetivando, desse modo, conter a sede tributária do legislador.

Nas palavras de Wagner Balera¹³⁶: “Assim, para o atual ordenamento jurídico, não há solidariedade securitária com a incidência de contribuição sobre uma única materialidade (folha de pagamento). O legislador deve buscar a diversidade da base, através da escolha de outras materialidades, a fim de concretizar a solidariedade securitária e, por via indireta, a justiça securitária pretendida pelo constituinte”.

Por fim, cumpre observar que a diversidade da base de financiamento implica no elastecimento da solidariedade.

4.2.7. Caráter democrático e descentralizado da gestão do sistema

No que se refere ao princípio do caráter democrático e descentralizado da administração e gestão do sistema (art. 194, § único, VII), pode-se dizer que a gestão de sistemas sociais tem três momentos, segundo Mozart Victor Rossomano¹³⁷, a saber:

1) planejamento – é imprescindível a formulação do planejamento para que o sistema social funcione. Os planos são discutidos nos conselhos comunitários;

2) atividade executiva – é o momento do agir do Estado, através de ações do Poder Executivo e suas ramificações;

¹³⁶ BALERA, Wagner. Thiago D Avila Fernandes. *Fundamentos da Seguridade Social*. São Paulo, Ed. LTr, 2015, p. 107-108.

¹³⁷ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Previdência Social*, 2ª Edição. Rio de Janeiro. Forense, 1983, p. 79-105.

3) momento de controle das ações em todos os níveis com a efetivação de fiscalização e verificação da eficácia dos planos.

Assim, o princípio da gestão democrática e descentralizada da gestão do sistema, informa que a administração dos negócios referentes à seguridade social, em todos os seus níveis – desde a fase de planejamento orçamentário, passando pela aplicação destes recursos, chegando até o acompanhamento dos programas – deve contar com a efetiva participação dos empregados, empregadores, aposentados e do Governo.

Este princípio é decorrência da determinação contida no art. 10 da CF, que assegura a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

Objetiva resguardar a administração do sistema com a qualidade da segurança e da moralidade. Há uma gerência quadripartite, com a participação de trabalhadores, empregadores, aposentados e do Estado.

Com isso, merecem ser ressaltadas três características fundamentais da gestão da seguridade, conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro: o caráter democrático, descentralizado e quadripartite.

A lei ordinária deverá exigir a participação da comunidade interessada nos órgãos colegiados que dirigem a seguridade social. A partir desse ponto, este trabalho passa a tratar especificamente sobre a aplicação prática dos princípios ora estudados na interpretação do direito previdenciário pelos Tribunais Superiores.

Diante disso, se entende que o Poder Judiciário, ordinariamente, não pode determinar a adoção de políticas de seguridade social (como por exemplo, determinar o pagamento de medicamentos de alto custo não constante da lista do SUS), pois isso deve ser de iniciativa da gestão democrática a que se refere o art. 194, § único, VII, CF, mas apenas em caráter excepcional, quando há a inação por parte dos outros poderes, a fim de concretizar os direitos fundamentais sociais.

4.2.8. Solidariedade

A abordagem do conceito de solidariedade não é tarefa simples. Almansa Pastor considera a solidariedade como sendo o princípio fundamental da seguridade social¹³⁸. Já Wagner Balera, a considera como um *valor* da justiça securitária, afirmando que “O princípio da solidariedade securitária desempenha a função de consolidar, de proporcionar coesão aos princípio e regras atinentes à relação de custeio”¹³⁹.

O princípio da solidariedade consiste no fato de toda a sociedade, indistintamente, contribuir para a seguridade social, independentemente de se beneficiar de todos os serviços e prestações disponibilizadas.

Mas é possível se distinguir classes de solidariedade, conforme o subsistema de seguridade social a ser analisado (contributivo ou assistencial). Há um tipo de solidariedade na saúde, outro na previdência pública, mais outro na previdência privada. Enfim, em cada quadrante da seguridade social, pode-se identificar um tipo de solidariedade próprio.

Como sublinha Mattia Persiani¹⁴⁰: “Não se trata mais de satisfazer interesses privados, garantindo-lhes justa adaptação ao âmbito de uma solidariedade parcial e limitada, como a que se realiza sob a ótica da relação trabalhista, mas de atender ao interesse público recorrendo-se a uma solidariedade estendida a toda a coletividade nacional (art. 2º da Constituição)”.

De todo modo, o princípio da solidariedade (art. 195, *caput*, da CF) é o pilar de sustentação de todo o sistema previdenciário. Consiste na participação obrigatória de todos os membros da sociedade, de forma direta, mediante contribuições sociais, e indireta, através de tributos.

Nas palavras de Wagner Balera¹⁴¹: “sem solidariedade não há seguridade”. Seja qual for o tipo de proteção securitária adotada pelo Estado, o tipo de regime financeiro social adotado, há solidariedade.

Existe a solidariedade entre gerações: o indivíduo contribui para a geração que hoje necessita de proteção, para receber o benefício amanhã, quando será amparado pela geração

¹³⁸ PASTOR, José Manuel Almansa. *Derecho de la seguridade social*. Madrid: Tecnos, 1977, p. 77.

¹³⁹ ¹³⁹ BALERA, Wagner. Thiago D Avila Fernandes. *Fundamentos da Seguridade Social*. São Paulo, Ed. LTr, 2015, p. 98.

¹⁴⁰ PERSIANI, Mattia. *Direito da previdência social*. Tradução coordenada por Wagner Balera. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 41.

¹⁴¹ BALERA, Wagner. *A seguridade social na Constituição de 1988*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, p. 33.

futura. Adota-se o regime de repartição simples, em que há alto grau de solidariedade entre os participantes (segurados). Os trabalhadores em atividade financiam os inativos, que, no futuro, quando na inatividade, também serão financiados pelos trabalhadores em atividade.

Essa norma principiológica fundamenta a criação de um fundo único de previdência social, socializando-se os riscos, com contribuições compulsórias, mesmo aquele que já se aposentou, mas persiste trabalhando, embora este egoisticamente normalmente faça queixas da previdência por continuar pagando contribuições.

Os artigos 194 e 195 da Constituição revelam a existência do princípio da solidariedade. Aquele preceitua que as ações de seguridade social são de responsabilidade dos poderes públicos e da sociedade, o que revela que toda a sociedade participa da efetivação da proteção social.

Verifica-se isso, em todas as áreas da seguridade social. Na saúde, a Constituição permite a atuação privada, com regulação do Poder Público. Na Previdência, o art. 202 da Constituição estabelece as regras aplicáveis à previdência complementar e, na assistência, verifica-se que a proteção pública é subsidiária da privada, conforme se pode constatar do preceito do art. 203, V, da Constituição.

O art. 195 da Constituição estabelece que o financiamento da seguridade social é de responsabilidade de toda a sociedade, que o faz de forma direta, por meio do pagamento de contribuições sociais e, de forma indireta, quando o Poder Público destina recursos do orçamento fiscal para a seguridade social, na hipótese do art. 198, § 2º, da Constituição.

Wladimir Novaes Martinez assim aborda o tema: “No momento da contribuição é a sociedade que contribui. No instante da percepção da prestação, é o ser humano a usufruir. Embora no ato da contribuição seja possível individualizar o contribuinte, não é possível vincular cada uma das contribuições a cada um dos percipientes, pois há um fundo anônimo de recursos e um número indeterminável de beneficiários”¹⁴².

Saliente-se que a solidariedade se dá de forma mais ampla ou mais restrita, dependendo da área da seguridade social. Por exemplo, no que tange a previdência, a solidariedade se dá entre os segurados e as empresas que os remuneram pelos serviços prestados. Já em relação à saúde e à assistência, os recursos advêm das demais contribuições previstas no art. 195

¹⁴² MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. Ed. LTR, 6ª Edição, São Paulo, 2015, p. 74-75.

(COFINS, CSLL, Importador, Concurso de Prognósticos), bem como dos impostos, no caso da saúde (art. 198, § 2º).

É importante salientar também que há dois tipos de regimes financeiros de proteção social, o regime financeiro de *capitalização* e o de *repartição*. O regime financeiro de *capitalização* implica na formação de capital, através de contribuições acumuladas ao longo de determinado período, que servirá no futuro, para satisfazer o pagamento das prestações. É um modelo, portanto, de longo prazo. Já o regime financeiro de *repartição*, todo o montante arrecadado de imediato é utilizado para o custeio das prestações pagas. A contribuição converte-se imediatamente em prestação. É um modelo de curto prazo, pois não há tempo disponível para capitalizar os recursos.

Com efeito, no sistema da seguridade social pátrio, o regime financeiro a ser adotado irá variar de acordo com o subsistema analisado. No regime geral da previdência social, adota-se o regime financeiro de *repartição*. Entretanto, no âmbito da previdência privada, o regime adotado é o de *capitalização*.

Sérgio Pinto Martins aborda o tema da seguinte maneira: “A solidariedade pode ser considerada um postulado fundamental do Direito da Seguridade Social, previsto implicitamente inclusive na Constituição. Sua origem é encontrada na assistência social, em que as pessoas faziam uma assistência mútua para alguma finalidade e também com base no mutualismo, de se fazer um empréstimo ao necessitado. É uma característica humana, que se verifica no decorrer dos séculos, em que havia uma ajuda genérica ao próximo, ao necessitado. (...) Ocorre solidariedade na Seguridade Social quando várias pessoas economizam em conjunto para assegurar benefícios quando as pessoas do grupo necessitam. As contingências são distribuídas igualmente a todas as pessoas do grupo. Quando uma pessoa é atingida pela contingência, todas as outras continuam contribuindo para a cobertura do benefício do necessitado”¹⁴³.

Por fim, é importante salientar que é o bem-estar securitário que determina a dimensão da solidariedade securitária, ou seja, a normatividade inerente ao bem-estar securitário determina os sujeitos protegidos, as necessidades sociais cobertas, a dimensão financeira das prestações, devendo a solidariedade ser trabalhada para cobrir tais atividades. O tamanho da

¹⁴³ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 20ª Edição, São Paulo, Editora Atlas, 2004, p.76-77.

seguridade social está definido, cabendo ao legislador implementar a solidariedade capaz de responder às expectativas da sociedade.

4.2.9. Regra da contrapartida

A regra da contrapartida ou do prévio custeio (art. 195, § 5º, da CF), determina que “*nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total*”. Desse modo, não pode ter saída (prestações de saúde, previdência e assistência) sem que haja entrada (receitas que possibilitem os pagamentos das referidas prestações), o que significa que somente podem ser criadas, majoradas ou estendidas prestações de seguridade social se houver recursos para tanto.

A função da regra da contrapartida é proporcionar proteção ao sistema de previdência social, atuando como instrumento garantidor do equilíbrio contábil do sistema.

A regra da contrapartida não está prevista no parágrafo único do art. 194 da CF, onde se encontram o rol dos princípios, de modo que não é qualificada como princípio, mas sim, como regra, pela doutrina.

Segundo o Prof. Miguel Horvath Jr, “esta regra, ainda que não estivesse escrita, integraria o sistema previdenciário, pois um sistema cuja finalidade é assegurar proteção social precisa primeiro obter antecipadamente os recursos para depois selecionar e quantificar os benefícios”. E mais para frente ainda esclarece: “No entanto, pela função da regra da contrapartida, ela deveria ter sido incluída no texto constitucional como princípio. Esta regra, conquanto prevista expressamente, nem sempre é observada, enumerando-se historicamente algumas burlas¹⁴⁴.”

Acompanho integralmente o entendimento acima, ou seja, de que a regra da contrapartida deveria ter sido incluída no texto constitucional como princípio, diante da sua importância capital para a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário.

O art. 201 da Constituição Federal prescreve que a previdência social deverá ser organizada sob a forma de regime geral, observando-se critérios que garantam o equilíbrio financeiro e atuarial. Assim, para que se crie ou se majore benefícios, sua fonte de custeio deve ser estabelecida.

¹⁴⁴HORVATH Júnior, Miguel. *Direito Previdenciário*, 10ª Edição, São Paulo. Quartier Latin, 2014, p. 116-117.

Desse modo, há necessidade de que primeiro exista a fonte de custeio para depois ser criado o benefício. Nesse passo, a criação, majoração ou extensão de benefício está condicionada à existência da correspondente fonte, que concorra para o custeio total. Com isso, quer o constituinte proteger o equilíbrio financeiro do sistema, elemento sem o qual não será possível o cumprimento das finalidades da seguridade social. Torna-se necessária ampla avaliação técnica e atuarial do sistema.

A regra da contrapartida é componente fixo a ser considerado, assim no plano plurianual, como no orçamento da seguridade social. Nenhum seguro – e a seguridade é expressão maior do seguro – pode existir sem previsão.

O Poder Judiciário, algumas vezes, deixa de aplicar a referida regra, e quando ela é efetivamente aplicada, as decisões são tachadas de políticas, como no caso em que o Supremo Tribunal Federal decidiu pela não aplicação do índice de 100% às pensões concedidas antes do advento da Lei n. 9.032/95, a qual deu nova redação ao art. 75 da Lei n. 8.213/91.

A referida regra revela a capacidade de financiamento da comunidade no que tange às prestações de seguridade social, bem como a decisão política, efetivada por meio de seus representantes, para a ampliação do sistema protetivo.

Deve-se mencionar também a regra da anterioridade nonagesimal das contribuições sociais (art. 195, § 6º, da CF), na qual as contribuições da seguridade social não estão sujeitas ao princípio da anterioridade da lei tributária, mas sim à anterioridade nonagesimal, ou seja, só poderão ser exigidas após decorridos 90 dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado.

Há necessidade, portanto, da observância, pelo legislador ordinário, da precedência do custeio quando da criação ou majoração de novo benefício ou prestação da seguridade social. Deve haver, assim, um custeio total para o sistema, e não apenas parcial.

Portanto, a regra da contrapartida funciona como garantia do sistema, evitando criação de novas contribuições sem o conseqüente aumento do nível de proteção social, bem como evita que por motivos paternalistas, eleitoreiros, sejam criados benefícios sem suporte técnico-financeiro capazes de gerar desequilíbrio na equação financeiro-atuarial do sistema.

Concluindo, é necessário para asseguramento das futuras gerações que o sistema previdenciário seja conduzido por uma política social, ativa e operante, visando ao alcance de sua finalidade, qual seja, a proteção social.

4.3. A MÁXIMA EFETIVIDADE, A RESERVA DO POSSÍVEL E A PROGRAMATICIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DE PRESTAÇÃO ESTATAL

De acordo com o princípio da força normativa da Constituição, na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para a eficácia da lei fundamental, dele não diferindo o princípio da máxima efetividade (ou da interpretação efetiva), segundo o qual “*a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê*”¹⁴⁵.

No caso específico dos princípios da força normativa e da máxima efetividade, verbalizam eles nada mais do que uma orientação de natureza teleológica ao intérprete-aplicador, que deve, sempre que juridicamente possível, isto é, sempre que outra orientação finalística não se impuser a partir do próprio texto constitucional, buscar a maximização da força normativa da Constituição.

A contenção de eficácia das normas programáticas corresponde a alternativa de concretização escorada em considerações de ordem histórico-teleológicas e também em condicionamentos impostos pela própria dimensão material subjacente. Konrad Hesse já destacara que a força normativa da Constituição é uma resultante de duas variáveis: de um lado, a “vontade de Constituição”, expressa no respeito de todos os partícipes do sistema jurídico à impositividade do Texto Constitucional e, de outro, a prudência normativa da Constituição, que não pode ignorar os limites impostos pela realidade que pretende disciplinar.

Konrad Hesse ¹⁴⁶ menciona sobre o assunto que: “Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade”.

Assim, os direitos sociais, como os direitos de seguridade social, e respectivas proteções andam estritamente associados a um conjunto de condições – econômicas, culturais e sociais – que a doutrina dos direitos fundamentais designa por pressupostos de direitos fundamentais.

¹⁴⁵CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 1.224 e 1.226.

¹⁴⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, traduzida por Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Fabris, 1991, p. 24.

A importância dos elementos pertinentes ao âmbito material das normas programáticas para a sua compreensão como normas de eficácia limitada pode ser aferida na categoria da “reserva do possível”, construída pela jurisprudência da Corte Constitucional alemã, a partir de julgado sobre o direito de acesso ao ensino superior. Historicamente, a “reserva do possível” surge como argumento na discussão a respeito da concretização judicial dos direitos sociais.

Naquela oportunidade, o processo discutia a constitucionalidade das restrições ao direito à livre escolha da profissão, consubstanciadas no número de vagas em medicina nas universidades, que era inferior à demanda estudantil. Assim, reconheceu a corte alemã a existência de uma norma-princípio implícita segundo a qual todo cidadão que haja concluído o ensino médio deve poder ter acesso ao curso superior de sua livre escolha, direito esse, contudo, cuja plena eficácia (expressa em termos de proteção social) resta limitada pela “cláusula da reserva do possível”, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade.

A reserva do possível, assim, está ligada à alegação de escolha que o administrador deve fazer na aplicação dos recursos públicos, pois seriam eles insuficientes para atender a todas as demandas sociais previstas na Constituição.

Ressalvados alguns poucos direitos sociais a prestações estatais que têm acolhida explícita no texto constitucional alemão, a maior parte dos direitos fundamentais dessa índole resultou de construção jurisprudencial, fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, na cláusula do Estado social e no princípio geral da igualdade. Assim, a corte alemã foi compelida a respeitar a “cláusula da reserva do possível” que expressa todas as condicionantes, sobretudo econômico-materiais, típicas das normas de eficácia limitada programáticas.

Apenas no caso de direitos sociais a prestações estatais necessárias para compor o denominado “mínimo existencial”, admite-se direta e imediata exigibilidade judicial por se entender que estão abarcados no núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à integridade física.

No entanto, no Brasil, especificamente quando se trata de direitos fundamentais sociais, defende-se que não existe espaço para a aplicação da “reserva do possível”, já que por serem estritamente indispensáveis à formação da cidadania, como componente de um Estado que deve visar ao bem comum, inclusive buscando a efetivação da paz social tão almejada, não se sustenta a alegação pelo administrador de que não existem recursos suficientes para a execução

de todos os direitos simultaneamente, sem prejuízo de outros investimentos, diante da aplicação do princípio da “máxima efetividade” dos direitos sociais.

Nos dizeres de Andréas J. Krell¹⁴⁷: “Muitos autores e juízes aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, de ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros *direitos*”.

Nesse ponto específico, há o posicionamento de Paulo de Tarso Brandão¹⁴⁸ sobre o tema: “O que parece mais importante questionar, no entanto, é se é possível falar-se em reserva do possível para os direitos sociais. Sem desconhecer que sim, em algumas situações há que se levar em conta a reserva do possível. O que tem ocorrido, no entanto, é que na maioria das vezes a alegação da impossibilidade é descabida, porque ela é apresentada artificialmente como forma de impedir uma melhor forma de atendimento dos direitos sociais. Normalmente aqui a questão não diz respeito à impossibilidade do Estado, mas se trata somente de um opção do Governo. É exatamente por isso e para garantir não só o direito como o próprio Estado Democrático de Direito, que deve o Poder Judiciário cumprir sua missão maior e interferir na implementação de políticas públicas”.

Assim, é função essencial do Estado, adotando o princípio da prioridade e da máxima efetividade, através do administrador, suprir a qualquer custo essas demandas de direitos fundamentais sociais, ainda que em prejuízo ao atendimento de outros direitos ou, na visão de alguns, de outros benefícios sociais.

Conforme observado, não há como negar o caráter imperativo e vinculante dos direitos sociais de cunho programáticos, que preordenam os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, à sua concretização.

Em suma, a intervenção judicial para corrigir distorções no orçamento do Governo e na implementação de políticas públicas não só é legitimada pela Lei Maior, como se constitui um

¹⁴⁷KRELL, Andréas J.. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – Os (Des)Caminhos de u Direito Constitucional Comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 23

¹⁴⁸BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Constituição e Estado Social, os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 311.

verdadeiro dever do Estado-Juiz, que estará exercendo o devido controle sobre o ato administrativo, sem ferir a harmonia que deve prevalecer entre os poderes.

A vontade social, expressa na Carta Magna, constitui-se em obrigação moral e legal para o Estado, e cabe ao administrador e ao legislador concretizá-las. Não o fazendo, legitima-se o Estado-Juiz a intervir para que o responsável cumpra o comando popular expresso constitucionalmente.

4.4. A FALTA DE UNIFORMIDADE NA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS DE SEGURIDADE SOCIAL

Não há como se discordar que em matéria de seguridade social, há uma excessiva judicialização, tanto é assim que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) encabeça a lista dos maiores litigantes judiciais do país (22,33% de todos os processos nacionais), organizada e mantida pelo Conselho Nacional da Justiça – CNJ (Relatório Justiça em Números - 2016)¹⁴⁹, sempre com um volume bem maior de ações do que a instituição que costuma ocupar o segundo lugar, a Caixa Econômica Federal (8,5%).

Segundo a citada lista do CNJ, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) responde por mais de um quinto dos processos dos 100 maiores litigantes nacionais, sendo responsável por 22,3% dos litígios envolvendo o setor público federal, enquanto o segundo lugar é ocupado pela União, que responde por 7,7% dos litígios do setor público federal.

Assim, o estudo do CNJ conclui que o INSS responde por mais de 40% do total de processos dos 100 maiores litigantes da Justiça Federal.

E é neste ambiente do direito de seguridade social é que se pode verificar, não raras vezes, uma clara superação do positivismo jurídico clássico, eis que os julgadores costumam ir muito além da mera subsunção normativa, aplicando em casos concretos novas formas de interpretação jurídica, algumas rasamente classificadas como “assistencialistas”, dada a natureza da demanda de seguridade social em caráter ordinário, que a pretexto de garantir a proteção de um, pode comprometer a proteção da coletividade.

Tem-se observado que, com muita frequência, que os direitos de seguridade têm sido interpretados a partir do indivíduo/autor, concedendo-lhe proteção diretamente a partir de um

¹⁴⁹ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>

dos princípios específicos da seguridade social, quando não pelo postulado da dignidade da pessoa humana. Isso porque, muitos julgadores, em suas decisões, utilizam a dignidade da pessoa humana como o único fundamento de suas decisões.

Tais decisões são justificadas na finalidade “social” do direito fundamental social. Assim, a proteção individual é garantida, muitas vezes em detrimento de toda a coletividade, sendo certo que a proteção social deve ser vista a partir da sociedade como um todo e não a partir do indivíduo que reivindica este ou aquele direito.

Assim, pode-se concluir que as normas de seguridade social têm que ser interpretadas a partir da proteção do todo, e não do singular. Os direitos sociais demandam uma interpretação específica que garanta a efetividade da igualdade material. Certamente não é por meio de uma interpretação individual/patrimonialista, própria dos direitos de primeira geração, que os de segunda geração deverão ser interpretados. Eles exigem uma visão coletiva para sua implementação.

Ainda, considerando que os direitos de seguridade social são direitos fundamentais sociais, as demandas judiciais devem buscar a implementação de políticas públicas, as quais garantirão acesso universal e igualitário.

Desse modo, no que concerne ao direito da seguridade social no Brasil, não há uniformidade quanto a aplicação dos métodos de interpretação do direito (gramatical, lógico, histórico, sistemático e teleológico), sendo certo que por se tratar de um direito fundamental, a interpretação deveria se dar de forma integral, ou seja, o intérprete deveria começar com a análise literal, realizando-se na sequência, a histórica, para finalizar com a interpretação teleológica e sociológica, dentro de um sistema de proteção, para se chegar ao verdadeiro conteúdo e alcance da norma jurídica.

No que concerne a previdência social, é importante salientar que esta é um direito social que tem como finalidade específica a proteção dos integrantes da sociedade contra eventos previamente selecionados constitucionalmente (art. 201 da CF). O sistema previdenciário brasileiro é contributivo por opção constitucional. Assim, ao efetivar-se a interpretação da legislação previdenciária, jamais se pode esquecer que o direito previdenciário é composto de três tipos de relações previdenciárias, a saber: relação de vinculação (filiação e inscrição), relação de benefício (proteção) e relação de coteio.

Outrossim, outra dificuldade enfrentada no campo da seguridade social é que na sua interpretação sempre se buscará conceitos que estão fora do Sistema do Direito Positivo, visto que se busca corriqueiramente conceitos dentro da medicina (por exemplo, elaboração de laudos médicos, para a concessão de benefícios previdenciários por incapacidade, concessão de medicamentos e realização de cirurgias e internações), dentro da economia (por exemplo, no conceito de quem é miserável no Brasil), dentro da sociologia (elaboração de laudos socioeconômicos para caracterizar a hipossuficiência do segurado), da filosofia e dentro de inúmeros outros subsistemas.

Sob esta ótica, Niklas Luhmann¹⁵⁰ e sua teoria de sistemas oferece uma nova dimensão para a hibridação do direito com as demais ciências, não somente no campo da teoria empírica, mas também onde mais se precisa, ou seja, na prática diária forense. Luhmann considera o direito como um dos componentes deste quadro, entendido com um subsistema parcial do sistema social formador do Estado Democrático.

Ademais, no Brasil, a legislação que trata de direito da seguridade social tende a sofrer mutações constantes, em razão dos interesses políticos e econômicos da sociedade e, em especial, dos governantes, sendo que as leis de direito previdenciário são alteradas corriqueiramente, de acordo com a conveniência e oportunidade dos governantes que se encontram no poder naquele dado momento, em especial, para adequação à realidade financeira e econômica do país.

Se as questões para os problemas da seguridade social não podem ser encontradas de maneira completa no comando que se encontra na legislação, por certo poderá ser procurada em outro lugar, ou em outros subsistemas, ou em legislações mais modernas (leis posteriores) ou nos princípios e nos direitos fundamentais sociais dispostos na Constituição Federal. E no caso de omissão legislativa, na realização de políticas públicas, de prestações sociais, aí não há outra alternativa senão o Judiciário atuar, a fim de salvaguardar os direitos fundamentais sociais.

Desse modo, verifica-se que o intérprete brasileiro ao aplicar o ativismo judicial em matéria de seguridade social, não tende a retirar a importância da lei, mas apenas parte do pressuposto de que o direito social não cabe integralmente na norma jurídica e, mais do que isso, que a justiça pode estar além dela, em certos casos.

¹⁵⁰LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. V.1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 235-236.

No entanto, a jurisprudência tem entendido que três parâmetros devem ser seguidos pelo aplicador e intérprete do direito, na interpretação e integração da norma, quais sejam: *a*) a necessidade de *fundamentação normativa*, que lhe dê sustentação, visto que o intérprete deve respeito às normas jurídicas; *b*) a necessidade de *respeito a integridade do sistema*, visto que o intérprete deve ter compromisso com a unidade, com a continuidade e com a coerência da ordem jurídica; e *c*) o peso (relativo) a ser dado às *consequências concretas da decisão*, que não devem abalar a moralidade, os direitos sociais ou os critérios de justiça da sociedade. Isto porque, o intérprete não pode perder-se no mundo jurídico, desconectando-se da realidade e das consequências práticas de sua atuação. Sua atividade envolverá um equilíbrio entre a prescrição normativa, os valores em jogo e os efeitos sobre a realidade.

Na realidade institucional brasileira, há exemplos variados de inegável ativismo judicial. Há diversos casos recentes em que o STF interviu claramente em questões bastante específicas do funcionamento e estruturação do Poder Legislativo, aplicando diretamente a Constituição (independentemente de regulamentação normativa) ou invalidando atos normativos editados pelo Congresso Nacional, os quais serão citados especificamente na parte final deste trabalho.

No âmbito da seguridade social, todavia, há situações nas quais o grau de intervencionismo jurisdicional, a justificar uma possível classificação de ativismo, demanda uma análise um pouco mais cuidadosa, em especial, diante do caráter de direito fundamental, social e assistencialista que envolve tais demandas, em especial, da necessidade de apontamento da prévia fonte de custeio.

Não se questiona, portanto, em nenhum momento, o fato de que as leis e atos normativos editados pelo Poder Legislativo brasileiro, bem como os atos normativos e administrativos produzidos pelo Poder Executivo na seara da seguridade social, devem guardar necessária observância e congruência com os princípios e mandamentos estabelecidos no texto constitucional vigente.

Cabe, indubitavelmente, ao Poder Judiciário – e particularmente à Suprema Corte brasileira – assegurar que tal observância ocorra, mediante exercício claro e imperturbável da jurisdição.

No entanto, devemos concluir que as normas de seguridade social têm que ser interpretadas a partir da sociedade como um todo e não a partir do indivíduo que reivindica este ou aquele direito, garantindo, desse modo, a efetividade da igualdade material.

O ativismo judicial é uma realidade inafastável e muitas vezes coerente, afinal, uma vez que resta ao STF ser o guardião da Constituição, tudo aquilo que se suspeitar ser inconstitucional passará pelo crivo desse tribunal, logo, observa-se que seja o Judiciário em suas instâncias inferiores, ou mesmo, o STF, quando provocados, nada mais estão fazendo que conceder à tutela jurisdicional àqueles que se valem do contrato social em busca de soluções para seus conflitos, configurando amplo exercício da democracia.

Mais uma vez é importante ressaltar que os direitos sociais sejam delimitados e efetivados à luz da realidade política, social, histórica e ideológica. Os direitos sociais expressam aspirações ideais que, ao serem proclamadas, não significam imediato desfrute. É que tais direitos dependem da intervenção do Estado e de condições econômicas para serem garantidos. Portanto, estão condicionados às disponibilidades orçamentárias do Estado, pois são concretizados através de políticas públicas.

No entanto, recorde-se que no Brasil, o caso paradigmático de ativismo judicial, ocorrido no início da década de 90, se deu no caso de prestação de serviço público de saúde (para portadores de HIV), onde, através de decisões do Judiciário, passou-se a obrigar o Estado a fornecer medicamentos anti-HIV (coquetel antirretroviral), que na época, não era fornecido pelo SUS. Foi apenas posteriormente que o Legislativo despertou para a situação (com a Lei 9.313 de 1996 e sua distribuição gratuita de medicamentos) e o Executivo (com a quebra de patentes dos medicamentos para HIV). Hoje a atuação do Estado é considerada como política pública exemplar para o mundo. Trata-se, aqui, de um exemplo muito claro de como o Judiciário têm adotado posturas que, a despeito de serem nominadas como “ativistas”, desencadeiam mudanças na política social, especialmente quando atua como mais um ator na realização concreta dos comandos constitucionais.

Concluindo, verifica-se que no caso brasileiro, e nos demais países de modernidade tardia, o descaso com a população, com seus direitos básicos, por parte do Executivo e do Legislativo, têm feito com que o Judiciário assumira mais intensamente sua responsabilidade por realizar plenamente a Constituição, em especial, no que diz respeito às políticas sociais. O fundamento está na omissão, na postergação, no adiamento indefinido da realização da Constituição, ao mesmo tempo em que há aumento de arrecadação tributária e grandes escândalos de corrupção, desvio e mau uso de recursos públicos.

Em síntese, a Justiça Constitucional tem sido chamada a agir em benefício da realização efetiva dos direitos fundamentais sociais contidos na Constituição, e muitas vezes, também tem sido conclamada a exercer função normativa, o que vem sendo admitido pelos que defendem o

ativismo judicial, por repercutir na própria atuação e construção de prioridades pelo Estado prestacional.

De todo modo, é importante lembrar que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, parte expressiva dos julgadores mostrava empenho na busca de uma interpretação constitucional verdadeiramente social, com os olhos voltados à concretização dos direitos fundamentais sociais, aplicando-se a sua máxima efetividade.

A evolução dos direitos sociais possibilitou que os juízes passassem a exercer uma nova posição na condução dos processos, muito mais dinâmica e criativa, muito mais participativa do que vinha sendo desempenhada pelos juízes que lidam com questões diversas de natureza civil, por exemplo. No entanto, da mesma forma, as inovações do texto constitucional foram cedendo vez ao apelos econômicos, de modo que atualmente, expressivo número de juízes foram seduzidos por argumentos econômicos, como o equilíbrio financeiro atuarial.

A constitucionalização do equilíbrio financeiro e atuarial como princípio previdenciário específico acabou estabelecendo um forte critério para o controle judicial das políticas públicas de seguridade social. Essencialmente, mais do que um princípio, o equilíbrio financeiro e atuarial tem sido utilizado, como uma premissa quase que absoluta a nortear o sistema de seguridade social. Se antes era a solidariedade o vetor que direcionava a atuação dos Poderes Públicos e estimulava o envolvimento do bem estar social, agora é a lógica econômica que sobrepairá nas decisões do Judiciário.

O professor e juiz federal José Antônio Savaris¹⁵¹, em atenção especificamente ao conteúdo das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, identifica duas doutrinas distintas acerca do direito fundamental à Previdência Social: “Uma primeira doutrina constituía a linha de interpretação da Suprema Corte orientada à efetivação dos princípios constitucionais de proteção social, forjada no ambiente de conquistas sociais que foram consagradas na Constituição da República de 1988. Essa doutrina progressista, especialmente após a densificação dos apelos econômicos de equilíbrio financeiro cristalizados na Lei n. 9.032/95 e na Emenda Constitucional n. 20/95, parece ter cedido espaço a uma outra concepção de proteção social, a qual jamais se pode dizer imune à atmosfera de austeridade que alcançou

¹⁵¹SAVARIS, José Antônio. *O Judiciário e a Política de Retração Sistemática da Previdência Social no Brasil*. In: FAGNANI, Eduardo; HENRIQUE, Wilnês; LÚCIO, Clemente Ganz, **Previdência Social: Como incluir os excluídos? Uma agenda voltada para o desenvolvimento econômico com distribuição de renda** Campinas: UNICAMP – Instituto de Economia: Campinas: CESIT; São Paulo: LTr, 2008, p. 51.

nosso país no início da década de noventa do século passado. Em um tiro, a nova doutrina do Supremo Tribunal Federal é aquela que, expressa ou veladamente, se revela preocupada com o equilíbrio financeiro e atuarial – entenda-se, eficiência econômica – da seguridade social. É como se o discurso utilizado para implementação das reformas restritivas se tornasse norma jurídica de mais alto quilate, e fosse acriticamente reproduzido pela maioria dos atuais magistrados do STF”.

Com feito, no capítulo seguinte serão elencadas algumas matérias analisadas pela corte constitucional, envolvendo interesses da Seguridade Social (saúde, previdência e assistência), com o fito de bem compreender a postura assumida pelo STF e as demais cortes de justiça, nos casos que foram levados à sua análise.

4.5. ANÁLISE DE CASOS EM MATÉRIA DE SEGURIDADE SOCIAL

Estabelecidos os contornos do ativismo judicial no Brasil, cumpre-nos agora demonstrar como esta interação tem ocorrido na prática.

Foram selecionadas decisões judiciais em matéria de seguridade social que permeiam o dia a dia do Poder Judiciário, em especial, no âmbito dos Juizados Especiais Federais, das Varas Previdenciárias da Justiça Federal e das Turmas Recursais, em matéria de previdência social (sendo a grande parte com relação a concessão de benefício previdenciário e algumas com relação a custeio), de assistência social e de saúde pública, salientando que o foco principal do presente trabalho é a análise do ativismo judicial nas concessões de benefícios previdenciários, razão pela qual a grande maioria dos exemplos foram tirados de casos que se encontram em repercussão geral nos Tribunais Superiores, em matéria de previdência social.

A partir desta análise de casos, buscaremos identificar se existe um alinhamento ideológico entre os Poderes, tarefa um tanto quanto inglória, especialmente em face do modelo de controle judicial adotado pelo sistema brasileiro, que permite que na via difusa qualquer juiz de primeiro grau de jurisdição no caso concreto possa afastar a aplicação da norma jurídica e declarar sua inconstitucionalidade, o que está longe de significar que seu entendimento reflete o dos demais, o que acaba por fragilizar o princípio da segurança jurídica.

De todo modo, este repertório de decisões nos mostra o quanto o Poder Judiciário tem sido acionado para resolver a mais diversas questões envolvendo matérias de seguridade social, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988.

Assim, tentar-se-á demonstrar em quais casos o Colendo Supremo Tribunal Federal, em última análise, atuou com claro ativismo judicial, ou em quais casos a Suprema Corte atuou em contenção judicial, lembrando que há casos citados que ainda estão pendentes de decisão final na referida Corte de Justiça, mas já demonstram qual a tendência a ser seguida pelo Judiciário.

4.5.1. Análise de Casos: Previdência Social

4.5.1.1. Fator Previdenciário

O fator previdenciário, previsto que está no art. 29 da Lei nº 8.213/91, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 9.876/99 e por outras alterações legislativas subsequentes, é definido com razoável precisão na página eletrônica do próprio Ministério da Previdência Social, de onde se extrai que o referido fator constitui uma fórmula a ser aplicada para cálculo das aposentadorias por tempo de contribuição e por idade, sendo opcional no segundo caso.

Foi criado com o objetivo de equiparar a contribuição do segurado ao valor do benefício e baseia-se em quatro elementos: alíquota de contribuição, idade do trabalhador, tempo de contribuição à Previdência Social e expectativa de sobrevida do segurado.

Note-se, portanto, que o instituto em questão tem o nítido condão de conferir equilíbrio financeiro-atuarial ao sistema previdenciário brasileiro, compatibilizando o cálculo do benefício de aposentadoria com as contribuições vertidas pelo segurado à Previdência Social e com a sua perspectiva de sobrevida (que representa o período provável de manutenção da aposentadoria a ser usufruída).

Evidentemente, e considerando-se a própria natureza do instituto em questão, é certo que quanto mais precocemente o segurado pretender se aposentar (com menor número de contribuições e maior expectativa de sobrevida), menor será o valor mensal do seu benefício.

A rigor, o fator previdenciário faz surgir para o participante do regime securitário uma decisão econômica bastante importante: aposentar-se mais cedo, percebendo mensalmente um valor menor a título de benefício, ou aposentar-se mais tarde, com uma renda mensal mais elevada.

Diante disso, há quem avenge a inconstitucionalidade da norma jurídica que instituiu o fator previdenciário, ou seja, da Lei nº 9.876/99, na parte em que alterou o art. 29 da Lei nº 8.213/91.

Assim, foram manejadas, no âmbito do controle concentrado (e abstrato) de constitucionalidade das leis, duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's) perante o STF, recebidas sob o nº 2.111 e 2.110.

Nas referidas ações, para além de uma possível inconstitucionalidade formal inicialmente concebida (decorrente de um possível vício no processo legislativo já rechaçado pelo STF), o argumento principal das entidades que postularam a declaração abstrata da inconstitucionalidade da norma (Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos – CNTM e alguns partidos políticos com representação no Congresso Nacional) foi no sentido de que a alteração legislativa em questão teria instituído, sub-repticiamente, um requisito de aposentadoria não previsto no texto constitucional em vigor.

Alegou-se que o art. 2º da Lei 9.876, ao alterar o disposto na Lei 8.213, em seu artigo 29, criou nova fórmula de cálculo para a determinação do valor de aposentadorias e pensões, violando direta e frontalmente o disposto no artigo 201, § 7º da Carta Magna brasileira.

Com a referida alteração legislativa, para que o trabalhador brasileiro faça jus ao benefício integral, não basta que ele tenha contribuído 30 ou 35 anos, ou tenha 60 ou 65 anos de idade, ele terá ainda que se submeter a um cálculo que se baseia em um índice econômico social, a expectativa de vida média dos brasileiros.

O legislador ordinário, ao regular o direito constitucionalmente consagrado (aposentar-se), teria instituído critério ou requisito não previsto pelo legislador constituinte, o que demandaria a atuação da corte constitucional no sentido de salvaguardar a higidez do regime previdenciário previsto pelo texto da carta política de 1988.

Entretanto, a tese dos autores das ADI's em questão não foi acolhida pelo STF, em sede de análise de medida cautelar, como bem se vê na ementa de julgamento realizado no bojo da ADI 2.111, a seguir reproduzida:

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, "CAPUT", INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR. 1. Na inicial, ao sustentar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.876, de 26.11.1999,

por inobservância do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, segundo o qual "sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora", não chegou a autora a explicitar em que consistiram as alterações efetuadas pelo Senado Federal, sem retorno à Câmara dos Deputados. Deixou de cumprir, pois, o inciso I do art. 3º da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, segundo o qual a petição inicial da A.D.I. deve indicar "os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações". Enfim, não satisfeito esse requisito, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade formal de toda a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, nesse ponto, ficando, a esse respeito, prejudicada a medida cautelar. 2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional. É que o art. 201, §§ 1º e 7º, da C.F., com a redação dada pela E.C. nº 20, de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria. No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no art. 202. O texto atual da Constituição, porém, com o advento da E.C. nº 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida "aos termos da lei", a que se referem o "caput" e o § 7º do novo art. 201. Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo art. 2º da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao "caput" e ao parágrafo 7º do novo art. 201. 3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no "caput" do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevivência no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31. 4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91. 5. Também não parece caracterizada violação do inciso XXXVI do art. 5º da C.F., pelo art. 3º da Lei impugnada. É que se trata, aí, de norma de transição, para os que, filiados à Previdência Social até o dia anterior ao da publicação da Lei, só depois vieram ou vierem a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social. 6. Enfim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, no ponto em que impugna toda a Lei nº 9.876/99, ao argumento de inconstitucionalidade formal (art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal). É conhecida, porém, quanto à impugnação dos artigos 2º (na parte em que deu nova redação ao art. 29, seus incisos e parágrafos da Lei nº 8.213/91) e 3º daquele diploma. Mas, nessa parte, resta indeferida a medida cautelar. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.111. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347438>.)

Nota-se, na hipótese em tela, uma visível contenção da corte constitucional na análise da constitucionalidade normativa, prestigiando o resultado do processo legislativo regular.

Com efeito, o STF concluiu que, ao contrário do que pretendia o autor da ação, a Constituição não se ocupou, desde a redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional

nº 20/98, de regular o valor mensal dos benefícios de aposentadoria do regime securitário brasileiro. Tão somente previu a existência do direito à aposentadoria por intermédio de dois critérios “tempo de contribuição” e “idade”. O valor do benefício, todavia, deveria ser decidido pelo legislador ordinário, em regulamentação própria.

Tendo o Congresso Nacional atuado regularmente, observando as balizas do processo legislativo constitucionalmente previsto, o STF compreendeu que a hipótese não contemplava a necessidade de sua intervenção, e manteve incólume a aplicação da norma jurídica editada pelo Poder Legislativo.

Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo art. 2º da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao “caput” e ao parágrafo 7º do novo art. 201.

Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no “caput” do art. 201.

O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio financeiro foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento.

Vê-se, portanto, que o STF, não apenas deixou de enxergar a inconstitucionalidade cogitada pelo autor, como compreendeu que a atuação legiferante na hipótese houvera realizado plenamente um relevante princípio constitucional aplicado ao regime previdenciário, que é o do equilíbrio financeiro e atuarial.

Ademais, para atender uma reivindicação dos trabalhadores brasileiros, que pediam uma alternativa ao fator previdenciário, foi aprovada a Medida Provisória n. 676, de 17.06.2015 (D.O.U. de 18.06.2015), convertida na Lei n. 13.183, de 04.11.2015 (D.O.U. de 05.11.2015), que inseriu o artigo 29-C na Lei n. 8.213/91 e criou hipótese de opção pela não incidência do fator previdenciário, denominada "regra 85/95", sendo que o cálculo passará a levar em consideração o número de pontos alcançados pela soma da idade e do tempo de contribuição do segurado. Alcançados os pontos necessários, será possível receber o benefício integral, sem aplicação do fator previdenciário.

Assim, quando, preenchidos os requisitos para a aposentadoria por tempo de contribuição, a soma da idade do segurado e de seu tempo de contribuição, incluídas as frações, for: a) igual

ou superior a 95 (noventa e cinco pontos), se homem, observando o tempo mínimo de contribuição de trinta e cinco anos; b) igual ou superior a 85 (oitenta e cinco pontos), se mulher, observando o tempo mínimo de contribuição de trinta anos.

Até 30 de dezembro 2018, para se aposentar por tempo de contribuição, sem incidência do fator previdenciário, o segurado terá de somar 85 pontos, se mulher, e 95 pontos, se homem. A partir de 31 de dezembro de 2018, para afastar o uso do fator, a soma da idade e do tempo de contribuição terá de ser 86, se mulher, e 96, se homem. A lei limita esse escalonamento a 2026, quando a soma para as mulheres deverá ser de 90 pontos e para os homens, 100.

O fator previdenciário, portanto, continua sendo aplicado no cálculo dos benefícios de aposentadoria, porém, havendo a opção pela sua não incidência, quando preenchido os requisitos previstos na Lei 13.183/2015.

Compreende-se, desta feita, que no caso em tela, embora a imensa judicialização da matéria, não se corporificou na atuação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal de ativismo judicial, tendente a debelar a decisão política adotada pelos órgãos representativos da sociedade (Poderes Legislativo e Executivo).

Com efeito, a despeito da severa discussão que sempre permeou o tema em questão, posicionou-se a corte constitucional no sentido de manter incólume a decisão adotada pelo sistema democrático-representativo e majoritário, eis que não vislumbrou em tal decisão política nenhuma ofensa ao texto constitucional vigente.

4.5.1.2. Desaposentação

Conforme a doutrina, a desaposentação “é a renúncia a uma modalidade de aposentadoria, já implementada, para aproveitamento do respectivo tempo de contribuição/serviço, inclusive tempo de contribuição/serviço posterior, na perspectiva de obtenção de nova e melhor aposentadoria”¹⁵²

Assim, o primeiro ponto a se abordar é que há no direito brasileiro duas modalidades de renúncia a benefício previdenciário, que não devem ser confundidas: a) a primeira diz respeito ao pedido de renúncia do benefício que o segurado encontra-se recebendo, para a concessão de

¹⁵² SERAU JUNIOR, Marco Aurélio, *Desaposentação, Novas Perspectivas Teóricas e Práticas*, 3ª Edição, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2013, p. 54.

benefício mais vantajoso, visto que, na data da concessão do benefício (data da DER), o segurado já reunia todos os requisitos necessários para a concessão do benefício mais vantajoso, sendo que todo o período de trabalho considerado é anterior à DER do primeiro benefício (ex: segurado se aposentou e não retornou ao trabalho); b) o segundo diz respeito a chamada "desaposentação" propriamente dita, considerada esta como a renúncia do benefício que o segurado encontra-se recebendo, com aproveitamento do período de trabalho anterior a DER, mas também com o aproveitamento do tempo de trabalho posterior a DER, ou seja, com aproveitamento de tempo de trabalho exercido após a aposentação (ex: segurado se aposentou e retornou ao trabalho).

É importante ressaltar que o direito positivo (conjunto de normas jurídicas emanadas do Poder Legislativo vigentes no direito brasileiro) admite a renúncia somente na primeira situação. A segunda hipótese (a denominada "desaposentação") não tem previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, resta claro que a lei admite a renúncia de benefício para concessão de benefício mais vantajoso, desde que não se faça o aproveitamento de tempo trabalhado após a primeira aposentadoria ou que os requisitos para a nova aposentadoria sejam preenchidos somente APÓS a concessão da primeira aposentadoria.

Isto porque, a Constituição Federal e a Lei 8.213/91 (art. 5º, XXXVI, da CF/88 e dos art. 28, §1º, 30, II, e 122 da Lei 8.213/91) asseguram a regra do direito adquirido, aos segurados que tenham implementados todos os requisitos para a obtenção do benefício (ou de mais de uma modalidade de benefício) até a data do requerimento administrativo (DER), de modo que poderá optar pelo benefício mais vantajoso. (ex: segurado implementou os requisitos tanto para a aposentadoria por idade como para a aposentadoria por tempo de contribuição até a DER: poderá optar pela aposentadoria mais benéfica financeiramente).

Assim, se o segurado reúne os requisitos para a concessão de um ou mais benefícios, deverá lhe ser concedido sempre o benefício mais vantajoso.

É inclusive o que prevê a Instrução Normativa 77/2015 (que revogou a instrução normativa anterior, de 2010, que já previa no mesmo sentido). Vejamos:

“Art. 687. O INN deve conceder o melhor benefício a que o segurado fizer jus, cabendo ao servidor orientar nesse sentido.

Art. 688. Quando, por ocasião da decisão, for identificado que estão satisfeitos os requisitos para mais de um tipo de benefício, cabe ao INSS

oferecer ao segurado o direito de opção, mediante a apresentação dos demonstrativos financeiros de cada um deles.”

Assim, admitida a conversão de benefício já concedido em outro mais vantajoso, desde que todos os requisitos tenham sido preenchidos antes do requerimento.

No entanto, tal situação não há que se confundir com a denominada "desaposentação" propriamente dita (renúncia de aposentadoria para aproveitamento de período de trabalho exercido após a primeira aposentadoria).

No entanto, diante do quadro legal apresentado e da situação econômica brasileira, onde o segurado se aposenta com valor de aposentadoria geralmente inferior ao salário que recebia na ativa, e por tal razão necessita retornar ao mercado de trabalho para complementar sua renda mensal, acabou por ocorrer uma imensa judicialização da matéria, inundado o Judiciário com pedidos de desaposentação.

Pois bem. A Lei de Benefícios (Lei 8.213 de 1991) é clara ao prescrever, que o benefício de aposentadoria por tempo de serviço será devido, com análise do tempo trabalhado até a data do requerimento administrativo, nos mesmos termos da aposentadoria por idade.

Da data do requerimento é que se torna possível fixar o direito do segurado, por tal razão há impossibilidade de lhe conferir ultratividade para abarcar eventual tempo futuro de trabalho, efeito contrário a segurança jurídica, que a lei visou nitidamente impedir com essa determinação.

Com efeito, o fato de o aposentado que continua a exercer atividade profissional sujeita à filiação obrigatória ao RGPS estar sujeito às contribuições de que trata a Lei de Custeio (Lei nº 8.212/91), nos termos do § 3º, do art. 11, LBPS, não faz presumir que o mesmo tenha direito à contagem desse tempo para qualquer efeito.

Primeiro, porque o § 2º, do art. 18, da Lei 8.213/91 é cristalino ao dizer que o exercício da atividade posterior à aposentadoria não lhe garante o direito a qualquer prestação, salvo salário-família e reabilitação, quando empregado.

“Art. 18. § 2.º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ela 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.”

Outro artigo que deve ser analisado é o art. 98 da Lei de Benefícios, que conta com a seguinte redação:

“Art. 98. Quando a soma dos tempos de serviço ultrapassar 30 (trinta) anos, se do sexo feminino, e 35 (trinta e cinco) anos, se do sexo masculino, o excesso não será considerado para qualquer efeito”.

Segundo, porque o recolhimento das contribuições de que trata o § 3º, do art. 11, LBPS, funda-se no princípio da solidariedade, segundo o qual as contribuições visam financiar, indireta e indistintamente, a concessão de benefícios previdenciários e assistenciais a inúmeras pessoas, segurados ou não.

Terceiro, porque o Decreto nº 3.048/99 e seu antecessor (Decreto nº 2.172/97) são expressos ao afirmarem que não será computado como tempo de serviço o já considerado para concessão de qualquer aposentadoria prevista neste regulamento, de modo que o período considerado ao segurado se aposentar não poderá somar-se, sob hipótese alguma, ao tempo laborado pelo mesmo desde sua aposentação.

Ainda, o art. 181-B, do Decreto n. 3048/99, prevê expressamente a proibição de renúncia e reversão das aposentadorias:

“Art. 181-B. As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrerunciáveis”. (artigo acrescentado pelo Decreto n. 3265/99)

De outro lado, a lei faculta ao segurado aposentar-se proporcionalmente, com pelo menos 30 anos de contribuição e idade reduzida, ou, possibilita, se lhe aprouver, aguardar mais 05 anos para alcançar a aposentação integral. Entretanto, tendo optado pela proporcional, exercendo livremente seu direito de escolha, a ela não pode mais abdicar, operando-se o que a lei convencionou chamar de ato jurídico perfeito, resguardado pela Constituição Federal (art. 5º, XXXVI).

Cabe ressaltar, que a norma jurídica brasileira não prevê o referido instituto da desaposentação, restando clara a opção do legislador em proibir a desaposentação com aproveitamento do período de trabalho exercido após a primeira aposentadoria (conforme se demonstrou com a citação dos artigos de lei e da Constituição acima), pois a ideia é que o aposentado (idoso, inválido ou com longo período de contribuição), de fato, nunca mais retorne ao trabalho, até mesmo porque, o Sistema Previdenciário não foi pensado para isso (para que ocorra mais de uma aposentadoria por segurado).

Na aplicação do direito previdenciário tem que se levar em conta o princípio da seletividade, de modo que o legislador seleciona quais benefícios irão incidir determinados institutos, como por exemplo, o legislador selecionou quais serão os benefícios que incidirão o

"fator previdenciário", incluindo alguns e excluindo outros benefícios, sendo que a intenção do legislador ao criar o "fator previdenciário" foi justamente o de coibir as aposentadorias com idade reduzida (proporcionais) e de prolongar o tempo do trabalhador no mercado de trabalho, para só então se aposentar com mais idade (65 ou 60 anos), de forma integral. Nesse aspecto, a desaposentação, vai na contramão da intenção do legislador de "prolongar as aposentadorias", visto que caso a desaposentação fosse admitida, cada vez mais cedo o trabalhador iria se aposentar (pois poderia renunciá-la posteriormente e se aposentar novamente e novamente).

Do mesmo modo, há que se mencionar a regra da contrapartida, ou seja, para cada benefício que é incluído na lei, há sempre a correspondente fonte de custeio que irá financiá-lo, de modo que não haja o déficit financeiro na Seguridade Social.

É a regra da vedação constitucional a extensão de benefício sem a prévia fonte de custeio, prevista no art. 195, § 5º da Constituição Federal, que assim dispõe: “*Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total*”.

Para a desaposentação, não há como se aplicar o princípio da seletividade, de modo que não há lei prevendo para quais benefícios ela irá incidir. Da mesma maneira, também não há previsão de regra de contrapartida de custeio, ou seja, de onde será tirado o dinheiro que irá pagar as inúmeras aposentadorias do segurado, que poderá se aposentar quantas vezes lhe aprouver.

Como salientado pelo professor Wladimir Novaes Martinez¹⁵³, “no momento em que o legislador brasileiro optar por resolver essa celeuma jurídica, deverá atender a certos critérios: (...) equilíbrio atuarial e financeiro; solidariedade entre os regimes; abrangência dos casos em que seria possível a desaposentação; portabilidade no caso de previdência complementar; desaposentação no caso de identidade de regimes; o produto final da desaposentação e tipo de prestação pretendida; sexo do segurado, idade e origem, urbana ou rural; montante dos benefícios pagos e contribuições recolhidas; preenchimento de requisitos para aposentadoria do servidor público; aspectos da aposentadoria proporcional e integral; prestações eventualmente renunciáveis; validade de reedição da desaposentação por parte do segurado; e decadência”.

¹⁵³ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. 4ª Edição, São Paulo, LTr, 2001, p. 115-117.

Portanto, a conclusão no caso concreto é que, não havendo texto expresso em lei disciplinando a desaposentação (no caso de utilização do tempo de trabalho após a aposentadoria), não há como ser aplicada pelo Judiciário, pois seria caso de evidente e latente ativismo judicial.

Contudo, ao longo dos últimos anos inúmeras foram propostas milhares de ações com pedidos de desaposentação, judicializando a matéria em todo o país, sendo que o Judiciário de primeiro e segundo grau, passaram, em muitos casos, a admitir pedido, determinando-se inclusive, a desaposentação sem a restituição do valor já pago ao segurado. Já outras decisões, deferiram a desaposentação com restituição do valor anteriormente pago a título de aposentadoria. E ainda, em sentido totalmente inverso, boa parte da jurisprudência formada foi no sentido de indeferimento do pedido.

As decisões judiciais que indeferiram a desaposentação, apresentou como fundamento básico que sem alteração legislativa, não é renunciável o benefício previdenciário para percepção de nova aposentadoria, uma vez que, para a efetividade da “desaposentação”, deverá ser, primeiramente, revogado o artigo 181-B, do Decreto n.º 3.048/1999, na redação dada pelo Decreto n.º 3.265/1999, posto que este é um obstáculo à sua efetivação, visto que prevê expressamente a proibição de renúncia e reversão das aposentadorias concedidas pela Previdência Social.

Assim, pretender a desaposentação, porém gozando das parcelas do benefício de aposentadoria até a renúncia, significa obter, por vias transversas, um abono de permanência por tempo de serviço, violando o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/1991, e criando uma execrável desigualdade com o segurado que decidiu continuar a trabalhar sem se aposentar, com vistas a obter a aposentadoria integral, em flagrante desrespeito ao princípio constitucional da isonomia (artigo 5º, caput, da CF/1988).

Cumprido anotar, por fim, que E. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 661.256 (admitido sob o regime da repercussão geral da questão constitucional), em 27/10/2016 firmou posicionamento no sentido de que, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à desaposentação, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 (Tema 503 STF - fixação de tese – “*Conversão de aposentadoria proporcional em aposentadoria integral por meio do instituto da desaposentação*” - Ata de julgamento n.º 35, de 27.10.2016, publicada no DJE nº 237 de 07.11.2016)

Compreende-se, desta feita, que no caso em tela, embora a imensa judicialização da matéria, não se corporificou a atuação jurisdicional do STF de ativismo judicial, tendente a debelar a decisão política adotada pelos órgãos representativos da sociedade (Poderes Legislativo e Executivo).

Com efeito, a despeito da severa discussão que sempre permeou o tema em questão, posicionou-se a corte constitucional no sentido de manter incólume a decisão adotada pelo sistema democrático-representativo e majoritário.

E facilmente se percebe que, no caso em análise, o Supremo Tribunal Federal refreou uma atuação ativista dos graus inferiores de jurisdição, por entender que a decisão que determinava a desaposentação, desconsiderava importantes preceitos constitucionais, já que desrespeitava o princípio da legalidade e olvidava por completo da pré-existência do custeio previdenciário, mecanismo impositivo para o equilíbrio financeiro-atuarial do sistema securitário.

Logo, é forçoso reconhecer que ao assim atuar, o Supremo Tribunal Federal deu claros sinais de autocontenção jurisdicional, impedindo a consolidação de um entendimento que despontava nas instâncias inferiores, ao arrepio do texto constitucional vigente, e que representava sério perigo para o equilíbrio atuarial do sistema previdenciário brasileiro.

4.5.1.3. Reafirmação da DER (alteração da data da entrada do requerimento administrativo)

Na hipótese em que o pretendente a uma prestação previdenciária, ao tempo da entrada do requerimento administrativo, não cumpre os requisitos legais para a concessão do benefício e, contudo, logra atendê-los no curso desse mesmo processo administrativo, a Administração Previdenciária reconhece o fato superveniente para fins da imediata concessão do benefício em questão, fixando a data de início do benefício para o momento do adimplemento dos requisitos legais. Para tanto, considera como realizado um novo requerimento administrativo, naquilo que se compreende como “reafirmação da DER”.

Esse reconhecimento de fato superveniente no curso do processo administrativo, procedimento já tradicional na esfera administrativa, é expressamente previsto na Instrução Normativa 45, de 06.08.2010, em seu artigo 623 (cujo comando é semelhante ao revogado artigo 460, § 9º, da IN/INSS/PRES n. 20/2007): “*Se por ocasião do despacho, for verificado*

que na DER o segurado não satisfazia as condições mínimas exigidas para a concessão do benefício pleiteado, mas que os completou em momento posterior ao pedido inicial, será dispensada nova habilitação, admitindo-se, apenas, a reafirmação da DER”.

De todo louvável a disposição normativa acima transcrita, porque a um só tempo homenageia os princípios da máxima utilidade, economia e instrumentalidade do processo, sendo certo que tal benesse é aplicável a todas as situações que resultem em um benefício mais vantajoso ao segurado e desde que haja sua manifestação por escrito.

Porém, apesar de admitido no âmbito administrativo, discute-se a aplicabilidade da “reafirmação da DER” no âmbito judicial e até quando é possível aferir o preenchimento dos requisitos legais para a concessão do benefício.

Nos termos do artigo 462 do Código de Processo Civil, também no curso do processo judicial é determinada a observância de fato superveniente que possa influenciar a relação jurídica colocada em discussão, nos seguintes termos: “*Art. 462: Se, depois da propositura da ação algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.*”

Logo, a jurisprudência vem entendendo ser possível o cômputo do tempo de serviço posterior à DER, podendo haver a sua reafirmação até o ajuizamento da ação, de acordo com a posição adotada pelos TRFs e TNU.

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO. CÔMPUTO DE TEMPO DE SERVIÇO POSTERIOR À DER. POSSIBILIDADE. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DESTA TURMA RECURSAL. 1. Cabe reafirmar o entendimento desta Turma Regional de Uniformização de que é possível o cômputo do tempo de serviço/contribuição posterior à DER para o efeito de concessão de aposentadoria, por tratar-se de elemento equiparado a fato superveniente (art. 462, CPC). 2. É admissível a “reafirmação da DER” na data em que o segurado completa o tempo de serviço/contribuição exigido para a concessão da prestação previdenciária buscada na via judicial. 3. Incidente de Uniformização provido. (TNU - IUJEF 0005749-95.2007.404.7051, Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, Relator André Luís Medeiros Jung, D.E. 10/04/2012) – (grifei)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. REAFIRMAÇÃO DA DATA DA ENTRADA DO REQUERIMENTO - DER. POSSIBILIDADE. INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS Nº 45/2010. FATO SUPERVENIENTE. ART. 462 DO CPC. I. Trata-se de apelação de sentença que julgou improcedente o pedido de aposentadoria por tempo de contribuição do autor, contabilizando apenas 34 anos, 8 meses e 18 dias, isso porque, apesar de considerar todos os períodos efetivamente trabalhados para a aposentadoria por tempo de

contribuição e acrescer o fator multiplicado 1,4 no tempo exercido em condições especiais, deixou de conceder o benefício por entender ser incabível judicialmente a reafirmação da DER. II. Na hipótese em que se requer uma prestação previdenciária, vindo a cumprir o requerente todos os requisitos para a concessão do benefício apenas durante o processo administrativo, reconhece-se a existência de fato superveniente para fins da imediata concessão do benefício em questão, fixando-se a data de seu início para o momento posterior. Para tanto, considera-se como realizado um novo requerimento administrativo, naquilo que se compreende como "reafirmação da DER". III. O reconhecimento de fato superveniente no curso do processo administrativo está previsto na Instrução Normativa/INSS nº 45, de 6.8.2010, em seu artigo 623: "Se por ocasião do despacho, for verificado que na DER o segurado não satisfazia as condições mínimas exigidas para a concessão do benefício pleiteado, mas que os completou em momento posterior ao pedido inicial, será dispensada nova habilitação, admitindo-se, apenas, a reafirmação da DER". IV. Se essa possibilidade existe na esfera administrativa, é razoável se admitir que, também em âmbito judicial seja possível a concessão de benefício previdenciário ao segurado que atende todos os requisitos legais somente após a formulação de seu requerimento administrativo, procedimento este que guarda coerência com os princípios da economia e celeridade processuais. V. Importante salientar que, no caso, houve o pedido de reafirmação da DER no recurso administrativo (documentos 4058000.151963, 4058000.151961), porém, o INSS continuou indeferindo o benefício, motivo pelo qual o autor ingressou com a presente ação judicial solicitando também a reafirmação da DER. VI. Infere-se nos autos, que a parte autora manteve vínculo empregatício até a data da entrada da ação (2013). Dessa forma, deverão ser acrescentadas à contagem os meses compreendidos entre a DER e o ajuizamento da ação, que resultará em mais de 35 anos, tempo suficiente para a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição. VII. Apelação provida. (AC 08006357120134058000, Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho, TRF5 - Quarta Turma.) – (grifei)

Do mesmo modo, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o recurso extraordinário RE 723.179, de relatoria do Ministro Luiz Fux, passou a reconhecer a reafirmação da DER:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. CÔMPUTO DE TEMPO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. OFENSA REFLEXA. PRECEDENTE. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 93, IX, DA CF/88. INEXISTÊNCIA.

1. Os princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e dos limites da coisa julgada, quando debatidos sob a ótica infraconstitucional, não revelam repercussão geral apta a tornar o apelo extremo admissível, consoante decidido pelo Plenário virtual do STF, na análise do ARE nº 748.371, da Relatoria do Min. Gilmar Mendes.

2. A decisão judicial tem que ser fundamentada (art. 93, IX), ainda que sucintamente, sendo prescindível que a mesma se funde na tese suscitada pela parte. Precedente: AI-QO-RG 791.292, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 13/8/2010. 3. In casu, o acórdão recorrido originariamente assentou: "PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO. CÔMPUTO DE TEMPO DE SERVIÇO POSTERIOR À DER. POSSIBILIDADE. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DESTA TURMA RECURSAL. 1. Cabe reafirmar o entendimento desta Turma Regional de Uniformização de que é possível o cômputo do tempo de serviço/contribuição posterior à DER para o efeito de concessão de aposentadoria, por tratar-se de elemento equiparado a fato superveniente (art. 462, CPC). 2. Incidente de

Uniformização provido.” (fl.117) 4. Agravo regimental DESPROVIDO. (STF, ARE 723179 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 20/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-181 DIVULG 13-09-2013 PUBLIC 16-09-2013) - (grifei).

Ademais, é obrigação do INSS informar ao segurado este direito, além de ser obrigação dele conceder sempre o melhor benefício (“IN 77/2015, Art. 687. *O INSS deve conceder o melhor benefício a que o segurado fizer jus, cabendo ao servidor orientar nesse sentido.*”)

Concluindo, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal acolheu a tese quanto a reafirmação da DER, inobstante não haja lei expressa prevendo o instituto, mas em uma análise de interpretação sistemática e pelo fato da tese já ter sido acolhida administrativamente pelo INSS, entendo que não está agindo com ativismo judicial, visto tratar-se de elemento equiparado a fato superveniente, que é previsto expressamente no art. 462 do Código de Processo Civil.

4.5.1.4. Devolução de valores recebido em razão de antecipação de tutela posteriormente revogada

Os descontos incidentes sobre benefícios, assistenciais ou previdenciários, são previsto no artigo 115 da Lei nº 8.213/91, e regulamentados no artigo 154, § 3º, do Decreto nº 3.048/99. A finalidade dessas regras é evitar o enriquecimento sem causa e, sobretudo, assegurar que somente saiam dos cofres previdenciários valores que sejam efetivamente devidos.

Art. 115. Podem ser descontados dos benefícios:

I - contribuições devidas pelo segurado à Previdência Social;

II - pagamento de benefício além do devido;

III - Imposto de Renda retido na fonte;

IV - pensão de alimentos decretada em sentença judicial;

V - mensalidades de associações e demais entidades de aposentados legalmente reconhecidas, desde que autorizadas por seus filiados.

VI - pagamento de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, ou por entidades fechadas ou abertas de previdência complementar, públicas e privadas, quando expressamente autorizado pelo beneficiário, até o limite de 35% (trinta e cinco por cento) do valor do benefício, sendo 5% (cinco por cento) destinados exclusivamente para: (Redação dada pela Lei nº 13.183, de 2015)

a) amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito; ou (Redação dada pela Lei nº 13.183, de 2015)

b) utilização com a finalidade de saque por meio do cartão de crédito. (Redação dada pela Lei nº 13.183, de 2015)

§ 1º Na hipótese do inciso II, o desconto será feito em parcelas, conforme dispuser o regulamento, salvo má-fé. (Renumerado do Parágrafo único pela Lei nº 10.820, de 17.12.2003)

§ 2º Na hipótese dos incisos II e VI, haverá prevalência do desconto do inciso II. (Incluído pela Lei nº 10.820, de 17.12.2003)

§ 3º Serão inscritos em dívida ativa pela Procuradoria-Geral Federal os créditos constituídos pelo INSS em razão de benefício previdenciário ou assistencial pago indevidamente ou além do devido, hipótese em que se aplica o disposto na Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, para a execução judicial. (Incluído pela Medida Provisória nº 780, de 2017) – (grifei)

A jurisprudência, por muito tempo entendeu que nenhum valor pode ser cobrado em face do segurado que levantou valores em razão de antecipação de tutela posteriormente revogada, por ter o benefício nítido caráter alimentar, recebido de boa-fé, sendo inviável a devolução aos cofres públicos dos valores recebidos por autorização judicial (ainda que posteriormente revogado).

Assim, tratando-se de benefício com nítido caráter alimentar e recebido de boa-fé, o entendimento sempre foi no sentido de que era inviável a devolução aos cofres públicos dos valores recebidos equivocadamente, ainda mais quando não concorreu maliciosamente para o ato (hipótese que ensejaria a aplicação do artigo 115 da Lei nº 8.213/91).

Nessa linha, foi editada a Súmula nº 51 da Turma Nacional de Uniformização (TNU), a qual prevê: “*Os valores recebidos por força de antecipação dos efeitos de tutela, posteriormente revogada em demanda previdenciária, são irrepelíveis em razão da natureza alimentar e da boa-fé no seu recebimento.*”

O Colendo Supremo Tribunal Federal já havia se pronunciado no mesmo sentido:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO RECEBIDO POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. DEVOLUÇÃO. ART. 115 DA LEI 8.213/91. IMPOSSIBILIDADE. BOA-FÉ E CARÁTER ALIMENTAR. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 97 DA CF. RESERVA DE PLENÁRIO: INOCORRÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 19.12.2008.

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o benefício previdenciário recebido de boa-fé pelo segurado em virtude de decisão judicial não está sujeito a repetição de indébito, dado o seu caráter alimentar. Na hipótese, não importa declaração de inconstitucionalidade do art. 115 da Lei 8.213/91, o reconhecimento, pelo Tribunal de origem, da impossibilidade de desconto dos valores indevidamente percebidos. Agravo regimental conhecido e não provido.

(STF- ARE 729.449 AgR , Relator (a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 11-11-2013 PUBLIC 12-11-2013)

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, recentemente, em sede de Recurso Repetitivo da Controvérsia RESP 1401560, firmou o entendimento, contramajoritariamente ao que vinha sendo firmado no Judiciário, no sentido de que é devida a devolução de valores recebidos em razão de antecipação de tutela posteriormente revogada.

No caso, o STJ Tratou do Recurso Especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, o qual sustentou que no caso das tutelas antecipadas, a lei processual impõe, com toda a clareza, a reversibilidade do provimento antecipado como pré-requisito à sua concessão e que é impossível falar-se em boa-fé quando a parte autora tinha pleno conhecimento de que estava recebendo em razão de provimento jurisdicional precário.

Inadmitido o especial na origem, o INSS interpôs agravo em recurso especial (AREsp 176.900MT), distribuído ao Ministro Teori Albino Zavascki, que dele conheceu para dar provimento ao apelo, sob o fundamento da possibilidade de desconto de valores pagos aos beneficiários do Regime Geral da Previdência Social - RGPS em razão do cumprimento de decisão judicial precária, a qual vem a ser posteriormente revogada.

Em regimental, o segurado sustentou, em síntese, que deveria ser aplicado à hipótese o princípio da irrepetibilidade, pois ao obter seu benefício por força de decisão judicial, acreditou que o seu recebimento é legítimo, não tendo conhecimento da provisoriedade da decisão e da possibilidade de ter que vir a restituir esse valor.

O Superior Tribunal de Justiça, através da Primeira Seção, ao julgar o REsp 1.384.418/SC, da relatoria do Ministro Herman Benjamin, na assentada do dia 12/6/2013, já havia decidido, por maioria de votos, ser legítima a devolução de valores recebidos em razão de antecipação de tutela posteriormente revogada.

No julgamento desse REsp 1.384.418/SC, ficou consignado que a evolução jurisprudencial acerca do princípio da irrepetibilidade dos alimentos recomenda a sua não aplicabilidade, tendo em vista a natureza precária da decisão concessiva de antecipação da tutela e, por conseguinte, a ausência da boa-fé objetiva do beneficiário. Confira-se a ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. RECEBIMENTO VIA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA POSTERIORMENTE REVOGADA. DEVOLUÇÃO. REALINHAMENTO JURISPRUDENCIAL. HIPÓTESE ANÁLOGA. SERVIDOR PÚBLICO. CRITÉRIOS. CARÁTER ALIMENTAR E BOA-FÉ OBJETIVA.

NATUREZA PRECÁRIA DA DECISÃO. RESSARCIMENTO DEVIDO. DESCONTO EM FOLHA. PARÂMETROS.

1. *Trata-se, na hipótese, de constatar se há o dever de o segurado da Previdência Social devolver valores de benefício previdenciário recebidos por força de antecipação de tutela (art. 273 do CPC) posteriormente revogada.*

2. *Historicamente, a jurisprudência do STJ fundamenta-se no princípio da irrepetibilidade dos alimentos para isentar os segurados do RGPS de restituir valores obtidos por antecipação de tutela que posteriormente é revogada.*

3. *Essa construção derivou da aplicação do citado princípio em Ações Rescisórias julgadas procedentes para cassar decisão rescindenda que concedeu benefício previdenciário, que, por conseguinte, adveio da construção pretoriana acerca da prestação alimentícia do direito de família. A propósito: REsp 728.728/RS, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ 9.5.2005.*

4. *Já a jurisprudência que cuida da devolução de valores percebidos indevidamente por servidores públicos evoluiu para considerar não apenas o caráter alimentar da verba, mas também a boa-fé objetiva envolvida in casu.*

5. *O elemento que evidencia a boa-fé objetiva no caso é a "legítima confiança ou justificada expectativa, que o beneficiário adquire, de que valores recebidos são legais e de que integraram em definitivo o seu patrimônio" (AgRg no REsp 1.263.480/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 9.9.2011, grifei). Na mesma linha quanto à imposição de devolução de valores relativos a servidor público: AgRg no AREsp 40.007/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 16.4.2012; EDcl nos EDcl no REsp 1.241.909/SC, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 15.9.2011; AgRg no REsp 1.332.763/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28.8.2012; AgRg no REsp 639.544/PR, Rel. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargador Convocada do TJ/PE), Sexta Turma, DJe 29.4.2013; AgRg no REsp 1.177.349/ES, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 1º.8.2012; AgRg no RMS 23.746/SC, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 14.3.2011.*

6. *Tal compreensão foi validada pela Primeira Seção em julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, em situação na qual se debateu a devolução de valores pagos por erro administrativo: "quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público." (REsp 1.244.182/PB, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 19.10.2012, grifei).*

7. *Não há dúvida de que os provimentos oriundos de antecipação de tutela (art. 273 do CPC) preenchem o requisito da boa-fé subjetiva, isto é, enquanto o segurado os obteve existia legitimidade jurídica, apesar de precária.*

8. *Do ponto de vista objetivo, por sua vez, inviável falar na percepção, pelo segurado, da definitividade do pagamento recebido via tutela antecipatória, não havendo o titular do direito precário como pressupor a incorporação irreversível da verba ao seu patrimônio.*

9. *Segundo o art. 3º da LINDB, "ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece", o que induz à premissa de que o caráter precário das decisões judiciais liminares é de conhecimento inescusável (art. 273 do CPC).*

10. *Dentro de uma escala axiológica, mostra-se desproporcional o Poder Judiciário desautorizar a reposição do principal ao Erário em situações como a dos autos,*

enquanto se permite que o próprio segurado tome empréstimos e consigne descontos em folha pagando, além do principal, juros remuneratórios a instituições financeiras.

11. À luz do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e considerando o dever do segurado de devolver os valores obtidos por força de antecipação de tutela posteriormente revogada, devem ser observados os seguintes parâmetros para o ressarcimento: a) a execução de sentença declaratória do direito deverá ser promovida; b) liquidado e incontroverso o crédito executado, o INSS poderá fazer o desconto em folha de até 10% da remuneração dos benefícios previdenciários em manutenção até a satisfação do crédito, adotado por simetria com o percentual aplicado aos servidores públicos (art. 46, § 1º, da Lei 8.213/1991.

12. Recurso Especial provido.

(STJ - REsp 1.384.418/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/6/2013, DJe 30/8/2013) – (grifei)

Assim, diante da controvérsia sobre a matéria, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (RESP 1401560) decidiu afetar à Primeira Seção, sob o Regime de Recurso Repetitivo, a questão da devolução, pelo beneficiário, de verba previdenciária recebida por decisão judicial precária.

Do mesmo modo, a TNU em julgamento do PEDILEF 5000711-91.2013.4.04.7120, decidiu a controvérsia (Tema 123 TNU: “*Direito Previdenciário. Benefício concedido em sede de tutela antecipada. Necessidade de devolução dos valores recebidos*”). cancelando a Súmula 51 da TNU, a qual previa que: “*Os valores recebidos por força de antecipação dos efeitos da tutela, posteriormente revogada em demanda previdenciária, são irrepitíveis em razão da natureza alimentar e da boa-fé no seu recebimento*”.

O Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou em última análise sobre o tema, no entanto, o Superior Tribunal de Justiça, em razão de realinhamento jurisprudencial, passou a entender que é devida a devolução das verbas previdenciárias recebidas por decisão judicial revogada, dando margem a afastar eventual ativismo judicial, visto que está aplicando estritamente o art. 115, II, da Lei 8.213/91, cumprindo o comando normativo previsto em processo legislativo regular.

Caso o Supremo Tribunal Federal, ou mesmo o Superior Tribunal de Justiça, em análise do Recurso Repetitivo acima descrito, venha a firmar o entendimento jurisprudência que sempre prevaleceu em primeiro grau de jurisdição, no sentido de considerar irrepitível os valores recebidos de boa-fé e de natureza alimentar, estará agindo em claro ativismo judicial, no entanto, assim agindo estará tutelando direito fundamental social, daqueles que receberam benefício previdenciário por força de tutela de urgência concedida judicial, lembrando-se que

tais valores, na maioria das vezes, são consumíveis de forma imediata pela segurador em prol da preservação do mínimo vital à sua sobrevivência e de sua família.

4.5.1.5. Reconhecimento previdenciário do período laborativo rural anterior aos 14 anos de idade

Outro tema bastante interessante levado ao Supremo Tribunal Federal, só que por intermédio do controle difuso de constitucionalidade – ou seja, pela via recursal – diz respeito à possibilidade ou não de ser reconhecido, para fins de benefício de aposentadoria, o período laborativo rural anterior aos 14 anos de idade, relativamente ao segurador que pretenda se aposentar por tempo de contribuição.

Com efeito, é muito corriqueira a postulação perante o INSS, administrativamente ou no âmbito judicial, do reconhecimento de períodos de labor rural desde a mais tenra infância. Não raramente, os segurados asseveram que começaram a laborar “na roça” ainda aos 07 ou 08 anos.

Entretanto, é forçoso destacar que o exercício de trabalho rural, no regime de economia familiar, por filhos do produtor, parceiro, meeiro, arrendatário rural, garimpeiro, pescador artesanal ou assemelhado (art. 11, VII da Lei 8.213/91), somente passou a ser reconhecido como trabalho após o advento da Lei 8.213/91.

Antes da Lei 8.213/91, os filhos dos segurados especiais não eram considerados segurados, mesmo que eventualmente ajudassem no trabalho, a não ser que tivessem contribuído como autônomos.

Demais disso, é forçoso reconhecer a existência de importante norma constitucional, hoje estampada no art. 7º, inciso XXXIII, da carta política, claramente proibitiva do trabalho infantil.

No texto hodiernamente vigente, a Constituição é bastante precisa ao proibir qualquer trabalho ao menor de 16 anos. O texto constitucional de 1946, por seu turno, previa, em seu artigo 157, IX, a proibição do trabalho aos menores de 14 anos. A Constituição de 1967, por sua vez, no que foi mantida pela Emenda Constitucional nº 01, de 1969, preconizava a proibição de qualquer trabalho ao menor de 12 anos, como bem se vê do seu art. 158, X.

Ademais, convém também registrar que no regime previdenciário pretérito à Lei nº 8.213/91, os únicos benefícios de aposentadoria previstos para o trabalhador rural não

assalariado eram por invalidez ou por idade, desde que o requerente detivesse a condição de chefe ou arrimo de família (Decreto n.º 83.080/79, art. 292).

Diante deste cenário normativo-constitucional – aqui descrito de forma rasa e incipiente – sempre compreendeu o INSS que, na hipótese do filho que trabalha na lavoura com os pais, em regime de economia familiar, antes dos 14 anos de idade, não há que se considerar a configuração de rurícola com vínculo empregatício e nem tampouco de segurado especial.

Assim, reitera-se, a postura da autarquia previdenciária, administrativa ou judicialmente, sempre foi no sentido de que se à época em que trabalhou com menos de 14 anos em regime rural de economia familiar, o indivíduo não era considerado segurado, não podendo agora simplesmente ter direito a contar este período laborativo para fins de aposentadoria por tempo de contribuição, pois não contribuiu como segurado e sequer era, à época, partícipe do sistema previdenciário.

Fica claro, destarte, que somente com a Constituição de 1988, regulamentada pelo art. 11, VII, da Lei 8.213/91, é que o filho do chefe da unidade familiar passou a ter também direito à aposentadoria, e mesmo assim, o período laborativo só deveria ser computado após completados 14 anos.

Inconformados com a postura adotada pela autarquia previdenciária, diversos segurados judicializaram a matéria, para ver reconhecidos os períodos laborativos na condição rurícola anteriormente aos 14 anos.

De início, foram prolatadas variadas decisões sobre o tema, nos diversos graus de jurisdição, algumas mantendo incólume o posicionamento do INSS e outras tantas reconhecendo o direito dos segurados que deduziram a pretensão aqui referida.

Como dito, essa questão chegou ao STF por intermédio do controle difuso das leis e atos normativos, através do Agravo de Instrumento n.º 529.694, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes. Reproduz-se abaixo a ementa do referido julgado:

Ementa: Agravo de Instrumento. 2. Trabalhador rural ou rurícola menor de quatorze anos. Contagem de tempo de serviço. Art. 11, VII da Lei nº 8213. Possibilidade. Precedentes. 3. Alegação de impossibilidade de declaração de efeitos retroativos para o caso de declaração de nulidade de contratos trabalhistas. Tratamento similar na doutrina do direito comparado: México, Alemanha, França e Itália. Norma de garantia do trabalhador que não se interpreta em seu detrimento. Acórdão do STJ em conformidade com a jurisprudência desta Corte. 4. Precedentes citados: AgRAI 105.794, 2ª T., Rel. Aldir Passarinho, DJ 02.05.86; e RE 104.654, 2ª T., Rel. Francisco Rezek, DJ 25.04.86 5. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (Agravo de Instrumento nº 529.694. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=22264>.)

Segundo se infere da ementa, compreendeu a corte constitucional que a norma protetiva do menor – a quem é vedado trabalho, hodiernamente, antes dos 16 anos, e em ordens jurídicas pretéritas antes dos 14 e dos 12 anos, respectivamente – jamais poderia ser interpretada em desfavor do seu beneficiário.

Logo, está errado o INSS – nos dizeres do STF – ao impedir o cômputo do período laborativo rural anteriormente aos 14 anos, relativamente aos segurados que pretendam se aposentar por tempo de contribuição.

Ao assim decidir, o Supremo Tribunal Federal manteve posicionamento já consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o qual, segundo o INSS, claramente nega vigência à redação expressa do art. 11, VII, da Lei nº 8.213/91. Além disso, tal entendimento aplicou a exegese de tal dispositivo, em caráter ainda mais danoso à Previdência Social (porquanto considerando o labor rural desde os 12 anos), a um período pretérito, sem respeitar o famoso brocardo do *tempus regit actum*, eis que antes da Lei nº 8.213/91, como já dito, não havia previsão legal que outorgasse ao filho do agricultor, em regime de economia familiar, a condição de segurado.

Cinge destacar que a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso em análise, não se aprofundou em todos os meandros da argumentação jurídica delineada pela autarquia na tese recursal. Limitou-se, ao contrário, a reproduzir precedentes da própria corte, da década de 80, produzidos sob a égide da Constituição Federal de 1967 e à luz de um outro papel institucional do próprio Tribunal, os quais, segundo o Ministro Gilmar Mendes, embora produzidos sob a égide de regime jurídico anterior, continuam atuais.

Tem-se, destarte, que o caso ora em foco apresenta um considerável grau de ativismo judicial. Afinal, o Poder Judiciário está atuando de forma a invalidar um parâmetro normativo muito claro, consistente no limite de idade para o reconhecimento da atividade laborativa. Ao fazê-lo, deixa de dar aplicação a um dispositivo de lei regularmente produzido, o art. 11, VII, da Lei nº 8.213/91.

Mas o ativismo judicial em questão não se deu exatamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Ao contrário, aquela corte apenas deixou de acolher a pretensão recursal da autarquia previdenciária, corporificada em Agravo de Instrumento (controle difuso de constitucionalidade).

Logo, é possível concluir que na hipótese em questão a postura ativista se espalhou no âmbito dos demais órgãos jurisdicionais – inclusive, a postura do Superior Tribunal de Justiça é marcante neste sentido, bem como da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais – TNU, que editou súmula a respeito do tema (Súmula 05: “*A prestação de serviço rural por menor de 12 a 14 anos, até o advento da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, devidamente comprovada, pode ser reconhecida para fins previdenciários*”) – e o STF se limitou a acolher o ativismo das instâncias inferiores, mantendo as decisões que se valeram da interpretação constitucional de que a norma protetiva não poderia servir para prejudicar a situação jurídica de seu beneficiário.

Registre-se, ainda sobre o tema, que diante do cenário jurisprudencial em questão, o próprio Ministério da Previdência Social, por intermédio da sua instância administrativa de atuação recursal (Processo Administrativo Previdenciário, com recursos para órgãos colegiados de composição mista, com representação da sociedade) tem acolhido o reconhecimento do labor rural desde os 12 anos, nos termos dos pronunciamentos jurisdicionais atinentes ao tema.

4.5.1.6. Extensão do adicional de 25% para outras aposentadorias diversos da aposentadoria por invalidez

O adicional de 25%, conhecido como “grande invalidez”, está previsto no artigo 45 da Lei nº 8.213/91, que assim prevê: “*O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento)*”.

No entanto, atualmente os segurados têm judicializado a questão, passando a requerer ao Judiciário a concessão do acréscimo de 25% também para outras aposentadorias, como a aposentadoria por idade, por tempo de contribuição e especial, fundamentando seus pedidos na aplicação do princípio da igualdade, previsto na Constituição Federal.

Conforme texto expresso na lei, o adicional de 25% está restrito ao benefício da aposentadoria por invalidez. Portanto, pensar ao contrário, estendendo o adicional para outros benefícios que não a aposentadoria por invalidez, implicaria no ato de legislar positivamente.

É importante salientar que, fazendo-se uma interpretação literal da norma, verifica-se que o legislador foi bastante claro em selecionar somente a “aposentadoria por invalidez” para conceder tal benesse.

É a aplicação do chamado princípio da seletividade que vigora no direito previdenciário, consagrando ao legislador a possibilidade de escolha das prestações previdenciárias a ser disponibilizada no sistema, como também, a escolha dos segurados que serão atendidos por aquela prestação.

Ainda, fazendo-se uma interpretação sistemática do sistema legal da Seguridade Social, verifica-se, que a todo o momento, o legislador elege quem são os “beneficiários” de cada prestação, assim como, seleciona quais os “benefícios” que irão incidir redutores/adicionais, e da mesma forma, estabelece sobre qual benefício irá incidir o adicional de 25%, como no caso ora analisado.

Do mesmo modo, fazendo-se uma interpretação histórica e teleológica da norma, observa-se que a intenção do legislador ao prever o adicional de 25% somente ao aposentado por invalidez, foi a de proteger somente o segurado que ficou incapaz total e permanentemente enquanto estava exercendo o labor, e não àquele segurado que, tempos após obter sua aposentadoria (por idade, tempo de contribuição ou especial), vem a ficar incapaz, notando-se que se esse último segurado já estivesse incapaz antes de se aposentar, teria recebido aposentadoria por invalidez e não outro tipo de aposentadoria. Portanto, não há igualdade entre as situações apresentadas.

Outro ponto a ser levado em consideração é a vedação constitucional a extensão de benefício sem a prévia fonte de custeio, previsto no art. 195, § 5º da Constituição Federal, que prevê: *“Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.”*

Como se sabe, o sistema previdenciário requer a indicação da fonte de custeio para, em um segundo momento, ter a encampação de determinado gasto. Atribuir-se direito não constante em lei, como o acréscimo de 25% sobre o valor da aposentadoria (por idade, tempo de contribuição ou especial), implica desrespeito ao prévio custeio que rege esse direito.

A questão do equilíbrio financeiro atuarial da previdência social também é primordial e vital em matéria previdenciária. Assim, se o legislador idealizou e concretizou o sistema com a previsão legal de acréscimo de certo percentual para dado benefício, em determinada categoria, como os 25% sobre o valor da aposentadoria por invalidez, o fez por ter antes localizado recursos suficientes para tal criação.

Portanto, conclui-se que, cabe ao Poder Judiciário fazer a integração do sistema normativo, afastar as ilegalidades e inconstitucionalidades das normas, analisar eventual conflito aparente de normas, aplicando-se, por fim, a norma jurídica prevista no ordenamento, ao fato concreto trazido a juízo.

No entanto, não cabe ao Poder Judiciário atuar para ampliar a hipótese de incidência da norma a outras situações não previstas no ordenamento jurídico brasileiro (salvo omissões a direitos fundamentais), pois se assim o fosse, estaria agindo como “legislador paralelo”, em claro ativismo judicial.

Assim, considerando que o legislador foi expresso ao determinar os destinatários da norma prevista no art. 45 da Lei nº 8.213/91, deferir o acréscimo de 25% a outras aposentadorias violaria em última análise, o princípio da legalidade, além de implicar no reconhecimento da invalidade parcial da norma mencionada. Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. SEGURADO APOSENTADO POR IDADE QUE VEM A NECESSITAR DA ASSISTÊNCIA PERMANENTE DE OUTRA PESSOA. ACRÉSCIMO DE 25% PREVISTO NO ARTIGO 45 DA LEI 8.213/91. DESCABIMENTO. 1. O caput do artigo 45 da Lei 8.213/91 estabelece expressamente que "o valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25%", deixando de contemplar o benefício de aposentadoria por idade ou por tempo de serviço/contribuição. 2. A extensão do acréscimo de 25% aos casos de aposentadoria implicaria reconhecimento da invalidade parcial da norma, do que não se cogita, pois o reconhecimento da mácula da norma somente se justificaria no caso em apreço com base em possível afronta ao princípio da isonomia. 3. Não há igualdade entre a situação do segurado que desempenhando atividade laborativa se depara com a contingência da incapacidade, e a situação do aposentado que tempos após obter sua aposentadoria por idade, tempo de serviço ou contribuição, vem a ficar doente ou sofrer acidente. Diversas as bases fáticas, o legislador não está obrigado a tratá-los de forma idêntica. 4. A concessão do adicional no caso da denominada "grande invalidez" não é determinada pela Constituição Federal, de modo que não ofenderia a Constituição Federal a Lei 8.213/91 se não tivesse sequer criado acréscimo previsto em seu artigo 45. Não se pode, assim, afirmar que inválida a norma porque não contemplou outros benefícios que não a aposentadoria por invalidez. (TRF4, AG 0001095-91.2015.404.0000, Quinta Turma, Relator p/ Acórdão Ricardo Teixeira do Valle Pereira, D.E. 24/06/2015)

Portanto, a extensão do benefício a casos outros que não a aposentadoria por invalidez viola o princípio da legalidade (artigo 5º, II e 37, caput, da Constituição da República), a regra de contrapartida (artigo 195, § 5º, da Constituição Federal), o princípio da segurança jurídica, além do princípio da seletividade, com o que não se pode concordar. Somente com a alteração da norma ou com a criação de igual dispositivo legal poder-se-á estender o acréscimo legal para outros portadores de igual necessidade.

Por seu turno, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU) firmou tese, durante sessão realizada em 12 de maio de 2016 (Tema 124 TNU), de que é extensível às demais aposentadorias concedidas sob o Regime Geral da Previdência Social, e não só a por invalidez, o adicional de 25% previsto no art. 45 da Lei 8.213/91, desde que seja comprovada a incapacidade do aposentado e a necessidade de ser assistido por terceiro. A nova tese foi julgada como representativo de controvérsia para ser aplicada aos demais processos que tenham como fundamento a mesma questão de direito. (*Tema 124 TNU: “Direito Previdenciário. Necessidade de auxílio permanente de terceiros. Adicional de 25%. Extensão para outros benefícios diversos da aposentadoria por invalidez”*).

Em razão disso, foi proposto Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei apresentado pelo Instituto Nacional do Seguro Social contra o referido acórdão da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, perante o Superior Tribunal de Justiça, no qual foi deferida liminar para suspender todos os processos em tramitação nos juizados especiais federais que tratem da possibilidade de concessão do adicional de 25%, previsto no artigo 45 da Lei 8.213/91, a outros benefícios além da aposentadoria por invalidez.

A decisão foi proferida pela ministra ao admitir o Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei (PUIL 236 STJ), apresentado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) contra acórdão da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU).

O INSS alega que o acórdão da TNU segue linha contrária à jurisprudência dominante do STJ, ao considerar possível a extensão do adicional às aposentadorias por idade e por tempo de contribuição, mesmo havendo diversos precedentes da corte que limitam a concessão do adicional aos aposentados por invalidez.

Assim, se o Supremo Tribunal Federal, em última análise, acolher a tese de extensão do acréscimo de 25% a outras aposentadorias, que não somente à aposentadoria por invalidez, estará agindo em claro ativismo judicial criativo (Poder Judiciário criando novos direitos não previsto em lei), assumindo um papel que ordinariamente deveria ter sido exercido pelo legislador, mediante processo legislativo regular.

Caso contrário, o Supremo Tribunal Federal estará agindo mediante contenção jurisdicional, impedindo a consolidação de um entendimento que está tomando força nas instâncias inferiores, ao arrepio do texto legal vigente, e que representará sério perigo para o

equilíbrio atuarial do sistema previdenciário brasileiro, em afronta a regra da contrapartida, ao princípio da legalidade, da seletividade e da segurança jurídica.

4.5.1.7. A aplicação retroativa da Lei nº 9.032/95 para majorar a renda mensal do benefício de Pensão por Morte.

O Supremo Tribunal Federal em análise da hipótese versada nos Recursos Extraordinários nº 415.454 e 416.827, em controle difuso de constitucionalidade, se manifestou quanto a aplicação retroativa da Lei 9.032/95, a qual majorou a renda mensal da pensão por morte de 80% para 100% do valor do salário de benefício, até então em vigor.

Para uma boa compreensão deste exemplo, convém realizar uma breve rememoração histórica do tratamento legislativo conferido ao benefício de pensão por morte.

Em sua redação original, o art. 75 da Lei nº 8.213/91 assim dispunha acerca do cálculo do valor mensal do benefício de pensão por morte:

Art. 75. O valor mensal da pensão por morte será:

a) constituído de uma parcela, relativa à família, de 80% (oitenta por cento) do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou a que teria direito, se estivesse aposentado na data do seu falecimento, mais tantas parcelas de 10% (dez por cento) do valor da mesma aposentadoria quantos forem os seus dependentes, até o máximo de 2 (duas). (grifei)

Com a superveniência da Lei nº 9.032/95, eis que se modificou a definição da renda mensal do benefício em questão, que passou a receber o seguinte tratamento:

Art. 75. O valor mensal da pensão por morte, inclusive a decorrente de acidente do trabalho, consistirá numa renda mensal correspondente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício, observado o disposto na Seção III, especialmente no art. 33 desta lei. (grifei)

Deu-se nova alteração do dispositivo em questão, no ano de 1997, por intermédio da Lei nº 9.528/97. Mas tal fato não é de todo relevante. Basta perceber que, com a modificação havida em 1995, eis que o valor do benefício de pensão por morte passou a ser, em alguns casos, mais elevado, dado o novo tratamento legislativo que lhe foi conferido.

Diante disso, diversos beneficiários, já usufruindo de pensões por morte concedidas anteriormente à Lei 9.32/95, buscaram o Poder Judiciário afim de majorar os valores dos seus benefícios, à luz da novel legislação (de 80% para 100%).

Portanto, os recursos aqui utilizados como exemplo recaíram justamente sobre decisões que determinaram a aplicação retroativa da Lei nº 9.032/95, na parte em que alterou a redação do art. 75 da Lei 8213/91, majorando a renda mensal do benefício pensão por morte.

Reproduza-se a ementa do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 415.454, bastante elucidativo:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSTO PELO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS), COM FUNDAMENTO NO ART. 102, III, "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, EM FACE DE ACÓRDÃO DE TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO: PENSÃO POR MORTE (LEI Nº 9.032, DE 28 DE ABRIL DE 1995). 1. No caso concreto, a recorrida é pensionista do INSS desde 04/10/1994, recebendo através do benefício nº 055.419.615-8, aproximadamente o valor de R\$ 948,68. Acórdão recorrido que determinou a revisão do benefício de pensão por morte, com efeitos financeiros correspondentes à integralidade do salário de benefícios da previdência geral, a partir da vigência da Lei no 9.032/1995. 2. Concessão do referido benefício ocorrida em momento anterior à edição da Lei nº 9.032/1995. No caso concreto, ao momento da concessão, incidia a Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991. 3. Pedido de intervenção anômala formulado pela União Federal nos termos do art. 5º, caput e parágrafo único da Lei nº 9.469/1997. Pleito deferido monocraticamente por ocorrência, na espécie, de potencial efeito econômico para a petionária (DJ 2.9.2005). 4. O recorrente (INSS) alegou: i) suposta violação ao art. 5º, XXXVI, da CF (ofensa ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido); e ii) desrespeito ao disposto no art. 195, § 5º, da CF (impossibilidade de majoração de benefício da seguridade social sem a correspondente indicação legislativa da fonte de custeio total). 5. Análise do prequestionamento do recurso: os dispositivos tidos por violados foram objeto de adequado prequestionamento. Recurso Extraordinário conhecido. 6. Referência a acórdãos e decisões monocráticas proferidos quanto ao tema perante o STF: RE (AgR) no 414.735/SC, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Eros Grau, DJ 29.4.2005; RE no 418.634/SC, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, DJ 15.4.2005; e RE no 451.244/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ 8.4.2005. 7. Evolução do tratamento legislativo do benefício da pensão por morte desde a promulgação da CF/1988: arts. 201 e 202 na redação original da Constituição, edição da Lei no 8.213/1991 (art. 75), alteração da redação do art. 75 pela Lei no 9.032/1995, alteração redacional realizada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. 8. Levantamento da jurisprudência do STF quanto à aplicação da lei previdenciária no tempo. Consagração da aplicação do princípio tempus regit actum quanto ao momento de referência para a concessão de benefícios nas relações previdenciárias. Precedentes citados: RE no 258.570/RS, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.4.2002; RE (AgR) no 269.407/RS, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 2.8.2002; RE (AgR) no 310.159/RS, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 6.8.2004; e MS no 24.958/DF, Pleno, unânime, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 10.4.2005. 9. Na espécie, ao reconhecer a configuração de direito adquirido, o acórdão recorrido violou frontalmente a Constituição, fazendo má aplicação dessa garantia (CF, art. 5º, XXXVI), conforme consolidado por esta Corte em diversos julgados: RE no 226.855/RS, Plenário, maioria, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 13.10.2000; RE no 206.048/RS, Plenário, maioria, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Min. Nelson Jobim, DJ 19.10.2001; RE no 298.695/SP, Plenário, maioria, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 24.10.2003; AI (AgR) no 450.268/MG, 1ª Turma, unânime,

Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 27.5.2005; RE (AgR) no 287.261/MG, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 26.8.2005; e RE no 141.190/SP, Plenário, unânime, Rel. Ilmar Galvão, DJ 26.5.2006. 10. De igual modo, ao estender a aplicação dos novos critérios de cálculo a todos os beneficiários sob o regime das leis anteriores, o acórdão recorrido negligenciou a imposição constitucional de que lei que majora benefício previdenciário deve, necessariamente e de modo expresso, indicar a fonte de custeio total (CF, art. 195, § 5o). Precedente citado: RE nº 92.312/SP, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 11.4.1980. 11. Na espécie, o benefício da pensão por morte configura-se como direito previdenciário de perfil institucional cuja garantia corresponde à manutenção do valor real do benefício, conforme os critérios definidos em lei (CF, art. 201, § 4º). 12. Ausência de violação ao princípio da isonomia (CF, art. 5o, caput) porque, na espécie, a exigência constitucional de prévia estipulação da fonte de custeio total consiste em exigência operacional do sistema previdenciário que, dada a realidade atuarial disponível, não pode ser simplesmente ignorada. 13. O cumprimento das políticas públicas previdenciárias, exatamente por estar calcado no princípio da solidariedade (CF, art. 3o, I), deve ter como fundamento o fato de que não é possível dissociar as bases contributivas de arrecadação da prévia indicação legislativa da dotação orçamentária exigida (CF, art. 195, § 5o). Precedente citado: julgamento conjunto das ADI's no 3.105/DF e 3.128/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Red. p/ o acórdão, Min. Cezar Peluso, Plenário, maioria, DJ 18.2.2005. 14. Considerada a atuação da autarquia recorrente, aplica-se também o princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial (CF, art. 201, caput), o qual se demonstra em consonância com os princípios norteadores da Administração Pública (CF, art. 37). 15. Salvo disposição legislativa expressa e que atenda à prévia indicação da fonte de custeio total, o benefício previdenciário deve ser calculado na forma prevista na legislação vigente à data da sua concessão. A Lei no 9.032/1995 somente pode ser aplicada às concessões ocorridas a partir de sua entrada em vigor. 16. No caso em apreço, aplica-se o teor do art 75 da Lei 8.213/1991 em sua redação ao momento da concessão do benefício à recorrida. 17. Recurso conhecido e provido para reformar o acórdão recorrido. (Recurso Extraordinário nº 415.454. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491862>. 4)

Vê-se, assim, que prosperou perante o Egrégio Supremo Tribunal Federal o entendimento já consolidado no âmbito da autarquia previdenciária, segundo o qual majorar o coeficiente da pensão por morte com base em lei posterior ao seu fato gerador representava verdadeira afronta aos princípios constitucionais de irretroatividade das leis e do ato jurídico perfeito, além de se ferir a regra da contrapartida.

Com efeito, a melhor exegese do tema sempre indicou que a lei nova teria aplicação imediata no tocante aos benefícios a serem concedidos ou pendentes de concessão. Porém, não era possível aplicá-la retroativamente, a fim de atingir pensões já concedidas, as quais se encontravam sob o manto do ato jurídico perfeito e acabado (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal).

E facilmente se percebe que, no caso em análise, o Supremo Tribunal Federal refreou uma atuação ativista dos graus inferiores de jurisdição, por entender que a decisão que determinava a revisão de um benefício de pensão por morte concedido antes da alteração

legislativa promovida pela Lei nº 9.032/95, descumpria precedentes daquela própria corte acerca do princípio do *tempus regit actum*, desconsiderando, outrossim, importantes preceitos constitucionais atinentes ao tema, já que malversava a ideia de direito adquirido e olvidava por completo da pré-existência do custeio previdenciário, mecanismo impositivo para o equilíbrio financeiro-atuarial do sistema securitário.

Logo, é forçoso reconhecer que ao assim atuar, o Supremo Tribunal Federal afastou a ideia de ativismo judicial, impedindo a consolidação de um entendimento que vigorava nas instâncias inferiores, ao arpejo do texto constitucional vigente, e que representava sério perigo para o equilíbrio atuarial do sistema previdenciário brasileiro.

4.5.1.8. União Homoafetiva para fins de concessão de benefícios previdenciários

Tema bastante relevante para a sociedade em geral, e com repercussão inevitável no seio do direito previdenciário, diz respeito ao tratamento jurídico que deve ser conferido às pessoas que vivenciam uniões homoafetivas, ou seja, relações afetivas e estáveis, comparáveis ao casamento ou à união estável, entre indivíduos do mesmo sexo.

Embora o INSS já há bastante tempo reconheça uniões desta natureza, no âmbito do regime previdenciário que lhe compete gerir, a questão ainda comportava discussões em variadas esferas.

Como efeito, o tratamento legislativo do tema em tablado sempre foi questionável. Afinal, a própria Constituição Federal pouco se ocupou dessa questão, não contemplando norma expressa acerca da liberdade de orientação sexual. Para além disso, ao versar sobre a entidade familiar, o constituinte conferiu uma redação aparentemente excludente no art. 226, § 3º da carta política, senão veja-se: “§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Outra não foi a postura do legislador ordinário, que também ao tratar da união estável no bojo do Código Civil, parece ter olvidado por completo da existência de relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo, senão veja-se o art. 1.723: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Pois bem. Diante deste cenário normativo, variados foram os casos em que o STF foi instado a atuar de maneira concreta, em situações de controle difuso de constitucionalidade, notadamente para o reconhecimento de direitos previdenciários em virtude de uniões estáveis homoafetivas. Cite-se, a título de exemplo, os Recursos Extraordinários de nº 477.554 e 607.562, que embora não versem sobre o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), e sim sobre regimes próprios, trazem como pano de fundo justamente a matéria aqui tratada.

Em ambos os casos o STF apontou para a necessidade de reconhecimento da união homoafetiva como verdadeira união estável, com todos os direitos previdenciários outorgados a esta.

Mas, sem dúvida, o grande passo dado pelo STF no tratamento desta matéria, em decisão marcadamente ativista, se deu com o julgamento conjunto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 e da ADI nº 4.277, ambas relatadas pelo Ministro Carlos Ayres Britto.

No julgamento destas ações, ambas pertencentes à sistemática de controle abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos, o STF foi levado a realizar algumas importantes reflexões, de modo a concluir se a ordem jurídica vigente, dentro de seu caráter positivado, estava conferindo um tratamento adequado às uniões afetivas aqui referidas.

Com efeito, buscou o STF vislumbrar se a Constituição Federal de 1988 consideraria legítima uma discriminação de pessoas em função de sua orientação sexual, tentando compreender se a referência feita à união estável entre “*homem e mulher*” significaria, como defendem alguns, uma proibição da extensão de tal regime jurídico às uniões homoafetivas, entre “*homem e homem*” e entre “*mulher e mulher*”.

Para além disso, era mister definir, em não existindo vedação constitucional à união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, que regime jurídico mereceria ser aplicado a tal f

enômeno. Tratar-se-iam de sociedades de fato, ou poderiam ser equiparadas a uniões estáveis de caráter heteroafetivas?

Definitivamente, o tratamento legislativo da matéria não ajudava. Se não havia – como não há – proibição para tais relacionamentos, tampouco havia regulação normativa acerca de tal possibilidade.

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal compreendeu que lhe cabia, enquanto corte constitucional brasileira, sanear o vácuo legislativo relacionado ao tema, e proferiu uma

importante decisão que muito repercutiu no seio jurídico. Reproduza-se, para melhor compreensão, a ementa do julgamento da ADPF 132 (convertida em ADIN):

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo.

Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADP 132. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>).

O ativismo judicial salta aos olhos no caso em análise, diante da omissão legislativa quanto ao tratamento das relações homoafetivas. Ao determinar, por unanimidade, a “interpretação conforme” do art. 1.723 do Código Civil, para que em sua exegese sejam também incluídas as uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo, excluindo da sua análise qualquer significado que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, o STF assumiu um papel que ordinariamente deveria ter sido exercido pelo legislador, mediante processo legislativo regular.

E é importante registrar que o fez de forma potencialmente contramajoritária, eis que há severa dúvida sobre se tal compreensão jurídica prosperaria caso submetida ao crivo do sistema democrático-representativo majoritário, ante o posicionamento mais tendente ao conservadorismo que costuma imperar na sociedade e, naturalmente, no seu corpo representativo que se faz presente no Poder Legislativo.

No entanto, ao afastar a restrição indevidamente estabelecida pela política pública, o Judiciário fez prevalecer a unidade da Constituição (ao interpretar sistematicamente os artigos 201, V e 226, § 3º) e a vedação do retrocesso social (impedindo, sem qualquer justificativa razoável, o tratamento diferenciado de efetivos dependentes).

Desta forma, manteve forte o conteúdo do direito fundamental social, pois cuidou de assegurar a proteção previdenciária devida a quem de direito quando da ocorrência da contingência constitucionalmente prevista, sendo um importante exemplo de como o Poder Judiciário pode atuar em prol da efetividade dos direitos sociais sem entrar no âmbito de atribuições dos outros Poderes, limitando-se a preservar a ordem jurídica, sua função típica.

De toda forma, resta evidente a omissão legislativa quanto ao tratamento das relações homoafetivas, que somente veio a ser resguardada a partir das decisões do Poder Judiciário, visto que o Legislativo e o Executivo sempre se mostraram omissos quanto ao tema.

Trata-se, portanto, de uma decisão inovadora e ativista, cujo claro intento é salvaguardar direitos de uma minoria que vinha sendo desprestigiada pela ordem jurídica legislada.

E como decisão adotada em controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, na forma da regulamentação vigente, possui efeitos vinculantes para a Administração Pública, de tal sorte que não é possível a nenhum órgão previdenciário – inclusive o INSS, que desde muito antes desta decisão, proferida em 2011, já reconhecia administrativamente uniões desta natureza para fins previdenciários – deixar de observar o conteúdo dela constante.

4.5.1.9. Pensão por Morte ao menor sob guarda

O benefício de pensão por morte está amparado legalmente no artigo 74 da Lei 8.213/91, sendo que o artigo 16 da mesma lei, arrola quem são os beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado, apresentando o seguinte rol: “*I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; II - os pais; e, III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido*”.

Especificamente para o que interessa ao caso em análise, é importante ressaltar que a categoria do “menor sob guarda” foi excluída do rol de dependentes para fins previdenciários pela Medida Provisória nº 1.523/96 (posteriormente convertida na Lei n. 9.528/97), restando-se mantida apenas a categoria do “enteado” e do “tutelado”, como equiparados ao filho (no art. 16, § 2º, da Lei 8.213/91), que, no entanto, devem fazer prova da dependência econômica, diferentemente dos demais dependentes relacionados no inciso I do art. 16 da Lei 8.213/91.

Entretanto, a jurisprudência das instâncias de primeiro e segundo grau, vem interpretando que, não obstante a alteração promovida pela Medida Provisória nº 1.523/96 (posteriormente convertida na Lei n. 9.528/97), o “menor sob guarda” deve ser considerado como dependente, em casos específicos, ampliando-se a proteção ao referido menor, quando comprovadamente desamparado pela família e dependente economicamente do segurado falecido.

Isto porque, o art. 33, § 2º, da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), prevê que: “*A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente para os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário*” - (grifei).

Nota-se que no caso analisado, há claro conflito aparente de normas entre o que hoje dispõe o art. 16, § 2º, da Lei 8.213/91 (como redação da Lei 9.528/97) e o art. 33, § 2º, da Lei 8.069/90, sendo que, a Lei 8.213/91 (como redação da Lei 9.528/97) é norma especial e posterior à Lei 8.069/90, razão pela qual, àquela deveria prevalecer.

No entanto, a jurisprudência, sob a ótica dos princípios constitucionais, sob a análise da moral, da justiça e dos valores da efetividade do direito, vêm entendendo que o aplicador do direito deverá fazer uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, além de analisar o caso em concreto, dando-se ênfase à proteção constitucional do menor, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Essa corrente, entende que cabe ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo em casos específicos, aplicando-se princípios constitucionais dirigidos à tutela do menor, principalmente quando o legislador pátrio, por opção a que lhe coube, excluiu do rol de dependentes os menores sob guarda. Assim, defendem que deve haver a sua equiparação para os fins previdenciários, com base no Estatuto da Criança e do Adolescente, nas situações específicas e excepcionais em que fique devidamente comprovado o desamparo econômico e familiar do menor frente aos seus direitos e garantias fundamentais básicos previstos pelo texto constitucional.

Por sua vez, o art. 16, § 2º, da Lei 8.213/91 (como redação da Lei 9.528/97) foi justamente alterado (excluindo o “menor sob guarda” do seu rol), para evitar a ocorrência de fraudes contra o Regime Geral da Previdência Social, uma vez que verificou-se a ocorrência de simulação de guarda de menores, para caracterizar dependência econômica para fins previdenciária, desvirtuando o verdadeiro sentido da extensão deferida aos menores sob guarda, isto porque, a guarda é facilmente obtida (ou simulada), na medida que não destitui o pátrio poder (por exemplo, na prática, qualquer vizinho idoso segurado da Previdência, doente e sem parentes, pode ser convencido a “simular” a guarda de uma criança qualquer, e quando falecer, esse menor terá direitos previdenciários, fraudando o Regime Geral da Previdência, e por consequência, os cofres públicos).

Portanto, no caso em concreto, a regra é a aplicação da legislação prevista no ordenamento jurídico, sendo que, somente em situações excepcionais, a jurisprudência, em especial, o Superior Tribunal de Justiça, vem admitindo a inclusão do menor sob guarda no rol dos beneficiários da pensão por morte, trazendo à luz o princípio da dignidade da pessoa humana, na proteção do menor desamparado. Vejamos jurisprudência nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS. ART. 16 DA LEI N. 8.213/90. MODIFICAÇÃO PELA MP N. 1.523/96, CONVERTIDA NA LEI N. 9.528/97. CONFRONTO COM O ART. 33, § 3º, DO ECA. ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO. INTERPRETAÇÃO CONFORME. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL E PREFERENCIAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

1. Ao menor sob guarda deve ser assegurado o direito ao benefício da pensão por morte mesmo se o falecimento se deu após a modificação legislativa promovida pela Lei n. 9.528/97 na Lei n. 8.213/90. 2. O art. 33, § 3º da Lei n. 8.069/90 deve prevalecer sobre a modificação legislativa promovida na lei geral da previdência social porquanto, nos termos do art. 227 da Constituição, é norma fundamental o princípio da proteção integral e preferência da criança e do adolescente. 3. Embargos de divergência acolhidos. (STJ - EREsp 1141788(2009/0098910-5 de 16/12/2016), Rel. Min. João Otávio de Noronha)

Por sua vez, no Supremo Tribunal Federal, o ministro Edson Fachin concedeu definitivamente o Mandado de Segurança (MS) 33022 para garantir a uma menor púbere o recebimento de pensão por morte em razão do falecimento de seu avô, ex-servidor público, até que complete 21 anos de idade. O ministro confirmou liminar concedida em junho de 2014 pelo ministro Ricardo Lewandowski, que havia restabelecido o pagamento da pensão.

Em sua decisão, o ministro Fachin afirmou que o ato do TCU questionado no mandado de segurança baseou-se em entendimento anterior daquela corte, que considerava que o artigo 5º da Lei 9.717/1998 havia retirado do regime próprio de previdência social dos servidores públicos da União o direito à pensão por morte do menor sob guarda.

Como se denota, o ministro do STF entendeu que o artigo 5º da Lei 9.717/1998 não derogou do regime próprio dos servidores públicos a pensão ao menor sob guarda, porquanto não se estaria concedendo benefício não previsto no regime geral de previdência social, mas mantendo no rol de beneficiários o menor que viva sob a dependência econômica do servidor, tal qual previsto no art. 217, II, “b”, da Lei 8.112/1990.

Em caso similar ao citado, a ministra Rosa Weber deferiu Mandado de Segurança (MS 32914) para também determinar ao TCU o registro de pensão por morte a uma menor que estava sob a guarda de servidor público federal à época de sua morte. O TCU havia considerado a concessão ilegal sob o fundamento de que, na data do óbito, a Lei Federal 9.717/1998, que trata de regras gerais para os regimes próprios de previdência dos servidores, teria revogado o dispositivo do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União (Lei 8.112/1990) que previa a concessão do benefício.

Ao decidir o mérito do mandado de segurança, a ministra Rosa Weber observou que, na redação vigente à data do falecimento do instituidor da pensão, o artigo 217, inciso II, alínea “b”, da Lei 8.112/1990 previa que o menor sob guarda ou tutela até os 21 anos de idade seria beneficiário de pensão. Citando precedentes de ambas as Turmas do STF, a ministra salientou que, ao contrário do entendimento do TCU, a jurisprudência do Supremo é vasta no sentido de que a Lei 9.717/1998 não derogou categorias de beneficiários de pensão por morte no regime próprio de previdência dos servidores públicos.

A relatora destacou ainda que, embora a Medida Provisória 664/2014 (convertida na Lei 13.135/2015) tenha excluído o menor sob guarda do rol de dos beneficiários de pensão por morte no regime próprio dos servidores civis da União, deve ser observada a legislação em vigor na época do fato.

Os casos citados acima, tratam de decisões do STF no âmbito do regime próprio dos servidores públicos e não do regime geral da previdência social, no entanto, demonstra uma tendência dos ministros do Supremo Tribunal Federal a ser seguida em ambos os regimes, privilegiando um direito fundamental social, consubstanciado no princípio da proteção integral e preferência da criança e do adolescente.

No âmbito do STJ, a controvérsia foi apresentada no Recurso Especial Repetitivo, RESP 1.411.258/RS (Tema 732 STJ – “*Concessão do benefício de pensão por morte a menor sob guarda*”), ainda pendente de julgamento.

No referido feito, a procuradora do INSS alegou que o menor sob guarda não integra o rol de dependentes segurados da Previdência Social. Citou trecho do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que menciona “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos e, apenas por via de exceção, é que deverá ser deferida a guarda do menor, ou seja, para regularizar a posse de fato ou como medida liminar ou incidental nos procedimentos de tutela ou adoção”.

De acordo com a autarquia, em inúmeros casos o pedido de concessão de guarda era feito com o objetivo de fraudar a União. A defesa alegou que as pessoas se tornavam guardiãs apenas para vincularem os menores a uma pensão previdenciária, a qual não faz jus, pois não observaram as exigências legais para sua concessão.

A Procuradoria-Geral Federal apresentou estudo do INSS com levantamento sobre os pedidos de benefício desta natureza. De acordo com o levantamento, 3.742 pedidos foram indeferidos pelo INSS entre 2009 e 2015. A defesa alega que não há fonte para o custeio dessas ações, que geram impacto mensal superior a R\$ 4 milhões.

Para representante do Ministério Público Federal, negar o benefício “contraria a dignidade da pessoa humana”. Segundo ele, não há como negar a pensão já que ela servirá para o pagamento de despesas (como assistência médica e alimentação) que já eram garantidos pelos avós do menor.

Assim, a questão controvertida encontra-se suspensa tanto do Supremo Tribunal Federal, quanto no Superior Tribunal de Justiça.

De qualquer modo, ainda que as Cortes Superiores não tenham se manifestado definitivamente sobre o tema, se acolherem a tese da extensão do menor sob guarda como beneficiário da pensão por morte, estarão agindo em claro ativismo judicial criativo, assumindo

um papel que ordinariamente deveria ter sido exercido pelo legislador, mediante processo legislativo regular, lembrando-se que foi o próprio Poder Legislativo que, recentemente, excluiu do rol dos beneficiários a pensão por morte, o menor sob guarda.

Caso contrário, as Cortes Superiores estarão agindo mediante contenção jurisdicional, impedindo a consolidação de um entendimento que está tomando força nas instâncias inferiores, ao arrepio do texto legal vigente (e recentemente alterado que excluiu o “menor sob guarda”), e que representa perigo para o equilíbrio atuarial do sistema previdenciário brasileiro, em afronta a regra da contrapartida, ao princípio da legalidade e da seletividade.

4.5.1.10. Pensão por morte a madrasta/padrasto

O benefício de pensão por morte está amparado legalmente no artigo 74 da Lei 8.213/91, sendo que o artigo 16 da mesma lei, arrola quem são os beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado, apresentando o seguinte rol: *I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; II - os pais; e, III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.*

No caso em análise, a controvérsia restringe-se à comprovação da condição de dependente da “madrasta/padrasto” do falecido segurado (enteado do autor(a)), em equiparação a figura dos “pais”, previsto no art. 16, II, da Lei 8.213/91.

Saliente-se que em se tratando dos pais, dependentes integrantes da segunda classe prevista no art. 16, II, da Lei 8.213/91, a dependência econômica deve ser comprovada.

É certo que, o art. 16 da Lei 8.213 /91, ao arrolar quem são os beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado, não previu a “madrasta ou o padrasto” neste rol, somente os "pais".

Como se sabe, o sistema previdenciário requer fonte de custeio para, em um segundo momento, ter a encampação de determinado gasto. Atribuir-se direito não constante em lei, como o acréscimo da madrasta/padrasto na qualidade de dependente do segurado, implica desrespeito ao prévio custeio que rege esse princípio específico do direito previdenciário. A questão atuarial não é secundária, ganhando patamar primordial em matéria previdenciária, elevada, inclusive, ao patamar de princípio.

Com efeito, não cabe ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo ampliando *contra legem* o rol de dependentes do regime previdenciário, principalmente quando o legislador pátrio, por opção a que lhe cabe, não incluiu no rol de dependentes a madrasta/padrasto do segurado instituidor.

No direito positivo, não há como o Judiciário tomar o lugar do Poder Legislativo, mesmo que sob o argumento de aplicação dos princípios constitucionais da igualdade ou da dignidade da pessoa humana, para trazer ao sistema normativo uma previsão legal, que nele não existe.

Nesse sentido, trago à colação precedente dos tribunais pátrios:

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE DE ENTEADA. NÃO COMPROVADA A QUALIDADE DE DEPENDENTE DA MADRASTA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. BENEFÍCIO INDEVIDO. 1. Para a obtenção do benefício de pensão por morte deve a parte interessada preencher os requisitos estabelecidos na legislação previdenciária vigente à data do óbito, consoante iterativa jurisprudência dos Tribunais Superiores e desta Corte. 2. À míngua de previsão legal, a madrasta não pode ser considerada dependente do segurado, falecendo à autora, pois, o direito ao pensionamento almejado. Precedente da Corte. (TRF-4 - AC: 1047 RS 2008.71.13.001047-1, Relator: CELSO KIPPER, Data de Julgamento: 16/02/2011, SEXTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 21/02/2011) (grifei)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO. ENTEADO. LEI 8.213/91, ART. 16. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NÃO COMPROVADA. 1. O art. 16 da Lei nº 8.213/91 não arrola a madrasta como beneficiária de segurado da previdência social e, mesmo que a autora viesse a ser enquadrada no inc. II do referido artigo, necessária a demonstração de que dependia economicamente de seu enteado, com quem ela residia até a morte de seu marido e com quem voltou a residir quando o segurado adoeceu, cuidando dele até o óbito. Registro, por oportuno, que o fato de a lei prever, no § 2º do art. 16, que o enteado equipara-se a filho, mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica, não autoriza que se aplique o entendimento inverso, ou seja, de que o padrasto ou a madrasta se equipare aos pais. 2. Apelação improvida. (TRF4, AC 2000.04.01.070384-6, Quinta Turma, Relator Sérgio Renato Tejada Garcia, DJ 11/07/2001) (grifei)

Assim, à míngua de previsão legal, a madrasta ou padrasto não podem ser considerados dependentes do segurado (enteado). Esse é o entendimento majoritário da jurisprudência pátria, pois, possui fundamento normativo, respeita a integridade do sistema e as consequências concretas da decisão não abala a moralidade ou os critérios de justiça da sociedade.

De qualquer modo, o Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou definitivamente sob o tema, no entanto, se acolher a tese da extensão do benefício à madrasta/padrasto como beneficiário da pensão por morte, estará agindo em claro ativismo judicial criativo, assumindo um papel que ordinariamente deveria ter sido exercido pelo legislador, mediante processo legislativo regular.

Caso contrário, o Supremo Tribunal Federal estará agindo mediante contenção jurisdicional, impedindo a consolidação de um entendimento que está tomando força nas instâncias inferiores, ao arrepio do texto legal vigente, e que representa perigo para o equilíbrio atuarial do sistema previdenciário brasileiro, em afronta a regra da contrapartida, ao princípio da legalidade e da seletividade.

4.5.1.11. Pensão por Morte para o marido (não inválido) entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a entrada em vigor da Lei 8.213/91

Nos termos da Súmula nº 340 do Superior Tribunal de Justiça a lei aplicável à concessão da pensão por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado.

No caso ora trazido à discussão, trata-se de hipótese em que o falecimento do instituidor do benefício ocorreu sob a vigência da Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS (Lei nº 3.807/60) e do Decreto nº 89.312/84 (Consolidação das Leis da Previdência Social), ou seja, em data anterior à entrada em vigor da Lei 8.213/91.

Nessa esteira, eram exigidos pela antiga LOPS os seguintes requisitos legais para a concessão da pensão por morte: (i) qualidade de segurado do instituidor do benefício, (ii) carência de 12 contribuições e (iii) condição de dependente do beneficiário em relação ao segurado falecido.

No que toca à qualidade de dependente, a redação do artigo 11 da LOPS assim dispunha:

Art. 11. Consideram-se dependentes dos segurados, para os efeitos desta Lei:
I - a esposa, o marido inválido, a companheira, mantida há mais de 5 (cinco) anos, os filhos de qualquer condição menores de 18 (dezoito) anos ou inválidos, e as filhas solteiras de qualquer condição, menores de 21 (vinte e um) anos ou inválidas;
(grifei)
II - a pessoa designada, que, se do sexo masculino, só poderá ser menor de 18 (dezoito) anos ou maior de 60 (sessenta) anos ou inválida;
III - o pai inválido e a mãe;
IV - os irmãos de qualquer condição menores de 18 (dezoito) anos ou inválidos, e as irmãs solteiras de qualquer condição menores de 21 (vinte e um) anos ou inválidas.

No entanto, foi promulgada a Constituição Federal de 1988, que passou a equiparar homens e mulheres, em todos os direitos e obrigações, sendo que a partir de então, as distinções entre os gêneros somente poderia ser feita pela própria Constituição, e não por lei infraconstitucional.

No caso em apreço, a Lei nº 3.807/60 (LOPS) previa que ao homem só era devido o benefício de pensão por morte na qualidade de cônjuge, caso comprovasse a sua invalidez,

enquanto à mulher era devido o benefício sem qualquer restrição.

Com efeito, prescreve o artigo 5º, inciso I da CF, que apenas é autorizada a distinção entre homens e mulheres nas hipóteses previstas na própria Constituição. Vejamos o dispositivo constitucional:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. (grifei)

Assim, qualquer norma em vigor no Ordenamento Jurídico quando da promulgação da Constituição de 1988, ou que venha existir após essa data, deverá ser interpretada à luz do texto constitucional, sob pena de não recepção, no primeiro caso, ou patente inconstitucionalidade, no segundo caso.

Nesse diapasão, passou-se a entender que a restrição disposta da legislação vigente à época do óbito não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, por realizar distinção entre homens e mulheres vedada pelo novo texto constitucional.

Observa-se, no entanto que, mesmo após a Constituição Federal de 1988, ainda se mantiveram distinções entre homens e mulheres no campo previdenciário, tanto que pela legislação vigente o homem se aposenta com 35 anos de contribuição e a mulher com 30 anos de contribuição (art. 201, § 7º, I, CF); o homem se aposenta por idade com 65 anos e a mulher com 60 anos (art. 201, § 7º, II, CF); o homem rurícola se aposenta com 60 anos e a mulher rurícola com 55 anos (art. 201, § 7º, I, CF); o professor se aposenta com 60 anos e a professora com 55 anos (art. 201, § 8º, CF); para os servidores públicos, o homem se aposenta com proventos integrais com 60 anos de idade e 35 de contribuição, enquanto a mulher com 55 anos de idade e 30 de contribuição (art. 40, III, “a”, CF); ou com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, o homem com 65 anos de idade e a mulher com 60 anos (art. 40, III, “b”, CF).

Mas as referidas distinções entre homem e mulher somente podem estar previstas no próprio texto da Constituição Federal, sendo vedado que tal distinção ocorra em leis infraconstitucionais.

Assim, judicializada à matéria, o Poder Judiciário passou a se manifestar, majoritariamente, no sentido de que a distinção entre homem e mulher prevista na Lei nº 3.807/60 de fato não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, tanto que em seguida,

foi promulgada a Lei 8.213/91 que pôs fim a controvérsia, na medida que passou a prever a igualdade entre homens e mulheres quanto ao recebimento da pensão por morte.

No Supremo Tribunal Federal, a Corte julgou o RE 385.397-AgR/MG, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, que assentou ser inconstitucional, por afrontar o princípio da isonomia, a exigência de que o marido comprove ser inválido para que perceba pensão por morte da mulher. No mesmo sentido, cita-se o RE 585.620-AgR/PE, de relatoria da Ministra Carmem Lúcia, cuja ementa transcreve-se a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CONCESSÃO AO CÔNJUGE VARÃO. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE INVALIDEZ. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. AGRAVO IMPROVIDO. I – A exigência de declaração de invalidez para que o cônjuge varão receba pensão decorrente da morte de sua esposa viola o princípio da isonomia. Precedentes. II – Agravo regimental improvido”.

Ressalte-se, ainda, que, como afirmado pela Ministra Cármen Lúcia no julgamento do RE 514.436/PE, o princípio da igualdade – fundamento principal do entendimento estabelecido no citado RE 385.397-AgR/MG – também estava presente na Constituição de 1969 (art. 153, § 1º).

Ainda, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as normas infraconstitucionais anteriores à Constituição de 1988 e com ela incompatíveis não foram recepcionadas e, dessa forma, estão revogadas.

Sendo assim, quanto ao requisito atinente à qualidade de dependente do marido não inválido da segurada, verifica-se que a jurisprudência, de forma unânime, entendeu por bem em afastar a exigência da Lei nº 3.807/60 (“*cônjuge do sexo masculino inválido*”), por afrontar o princípio da igualdade previsto no art. 5º, I, da Constituição Federal de 1988.

Assim, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, a percepção do benefício de pensão por morte pelo marido não inválido é devida, mesmo que o óbito tenha ocorrido entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a entrada em vigor da Lei 8.213/91, diante do princípio da igualdade e pelo fato de que as exigências da Lei nº 3.807/60 são incompatíveis com a Constituição de 1988 e, portanto, não foram por ela recepcionada.

Logo, não se trata o caso presente de hipótese de ativismo judicial por parte do Poder Judiciário, mas de mera aplicação das regras de interpretação, visto que lei posterior e superior (promulgação da Constituição Federal de 1988), revogam as leis anteriores (a Lei 3.807/60), quando foram incompatíveis.

4.5.1.12. Pensão por Morte a beneficiário estudante universitário maior de 21 anos

O benefício de pensão por morte está amparado legalmente no artigo 74 da Lei 8.213/91, sendo que o artigo 16 da mesma lei arrola quem são os beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado, apresentando o seguinte rol: *I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015); II - os pais; e, III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.* (grifei)

No caso em análise, a controvérsia restringe-se à comprovação da condição de dependente do “filho universitário maior de 21 anos” do falecido segurado, em extensão ao previsto no art. 16, I, da Lei 8.213/91, já que há previsão legal expressa no sentido que a pensão cessa para o filho “ao completar vinte e um anos de idade” (art. 77, § 2º, da Lei 8.213/91).

Importante salientar que o benefício de pensão por morte possui disciplina própria e que neste regramento encontram-se expressas as hipóteses de cessação do benefício, não havendo espaço para analogia se não há lacuna.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar recurso especial representativo de controvérsia, na forma prevista no art. 543-C do CPC/1973, assentou o entendimento de que descabe o restabelecimento da pensão por morte ao beneficiário, maior de 21 anos e não inválido, diante da taxatividade da lei previdenciária, a qual admite como dependentes, além do cônjuge ou companheiro (a), os filhos menores de 21 anos, os inválidos ou aqueles que tenham deficiência mental ou intelectual, porquanto não é dado ao Poder Judiciário legislar positivamente, usurpando função do Poder Legislativo.

Neste sentido é uníssona a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PENSÃO POR MORTE. EXTENSÃO DO BENEFÍCIO ATÉ OS 24 ANOS DE IDADE. DEPENDENTE UNIVERSITÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NORMATIVA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. "A Lei 8.112/90 prevê, de forma taxativa, quem são os beneficiários da pensão temporária por morte de servidor público civil, não reconhecendo o benefício a dependente maior de 21 anos, salvo no caso de invalidez. Assim, a ausência de previsão normativa, aliada à jurisprudência em sentido contrário, levam à ausência de direito líquido e certo a amparar a pretensão do impetrante, estudante universitário, de estender a concessão do benefício até 24 anos." (MS 12.982/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe 31/03/2008) 2. Agravo regimental não provido. (AGRESP 201402299771, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:30/03/2015 ..DTPB:.) (grifei)

O Supremo Tribunal Federal, foi instado a se manifestar sobre a matéria, no entanto, negou seguimento ao Agravo em Recurso Extraordinário 715.530 -RJ, de relatoria da Ministra Carmem Lúcia, sob a alegação de se tratar de reexame de legislação infraconstitucional, nos seguintes termos:

AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. EXTENSÃO A ESTUDANTE UNIVERSITÁRIO MAIOR DE 21 ANOS. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

De todo modo, tal pretensão esbarra no art. 195, § 5º, da Constituição Federal, segundo o qual nenhum benefício será criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio.

Portanto, é do próprio texto legal a determinação de que o pagamento da pensão por morte extingue-se quando o dependente completa 21 anos de idade - em se tratando de filho - salvo quando se tratar de pessoa inválida.

Ressalto, ainda, o disposto na Súmula 37 da Turma Nacional de Uniformização (TNU), no mesmo sentido: “*A pensão por morte, devida ao filho até os 21 anos de idade, não se prorroga pela pendência do curso universitário*”.

Assim, caso o Poder Judiciário concedesse o benefício, estaria atuando como legislador positivo ao criar um novo benefício não previsto em lei, qual seja, pensão por morte de filho estudante universitário com idade superior a 21 anos. Isso contrariaria frontalmente o princípio da separação dos poderes.

Compreende-se, desta feita, que no caso em tela, embora a judicialização da matéria, não se corporificou na atuação jurisdicional das Cortes Superiores de ativismo judicial, tendente a debelar a decisão política adotada pelos órgãos representativos da sociedade (Poderes Legislativo e Executivo).

Com efeito, posicionou-se a corte constitucional no sentido de manter incólume a decisão adotada pelo sistema democrático-representativo e majoritário, eis que não vislumbrou em tal decisão política nenhuma ofensa ao texto constitucional vigente, agindo em clara contenção judicial.

4.5.1.13. Pensão por Morte desdobrada entre esposa e concubina de longa duração (possibilidade de concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários)

O caso judicializado, trata-se de requerimento de pensão por morte em concomitância por esposa de segurado falecido, e por concubina de longa duração, também denominado de “concubinato impuro”.

A esposa, sustenta, em síntese, que não é possível o reconhecimento da união estável entre o falecido e sua concubina, diante da circunstância de ter ele permanecido casado e vivendo com sua esposa até a morte, de modo que não é possível se atribuir efeitos previdenciários ao concubinato impuro, ainda que tenha restado comprovado que o falecido manteve duas famílias “paralelamente” (com a esposa e com a concubina), por longos anos.

Nessa linha de raciocínio, alega-se que a união estável apenas ampara aqueles conviventes que se encontram livres de qualquer impedimento que torne inviável o casamento. Desse modo, entende-se que não é possível reconhecer direitos previdenciários à pessoa que, durante longo período e com aparência familiar, manteve união com pessoa casada.

O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, na mesma linha, entende que há ofensa ao artigo 226, § 3º, da Carta Federal. Diz da impossibilidade de conferir-se efeitos previdenciários à hipótese ante a existência de concubinato impuro entre o segurado falecido e a concubina. Sustenta que o Diploma Maior, ao equiparar a união estável ao casamento, teria o objetivo de proteger a entidade familiar, motivo pelo qual somente resguardaria os direitos dos companheiros livres de obstáculos que tornem inviável o matrimônio. Aduz ser o concubinato um relacionamento ilícito, consistente na convivência entre homem e mulher legalmente impedidos de se casarem, não havendo, assim, qualquer direito da concubina ao recebimento da pensão decorrente de morte.

O Supremo Tribunal Federal, chamado a resolver a questão presente, proferiu decisão unânime no RE 575122 AgR, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 14/12/2010, no seguinte sentido:

COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MULHER - CONCUBINA - DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina. (decisão não unânime no RE 590779, Relator(a): Min.

MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2009, DJe-059 DIVULG 26-03-2009 PUBLIC 27-03-2009 EMENT VOL-02354-05 PP-01058 RTJ VOL-00210-02 PP-00934 RB v. 21, n. 546, 2009, p. 21-23 LEXSTF v. 31, n. 363, 2009, p. 292-301 RJTJRS v. 46, n. 279, 2011, p. 33-38)

Pois bem. O benefício de pensão por morte traduz a intenção da lei de amparar aqueles que dependiam economicamente do segurado falecido (dependência que se presume em se tratando de cônjuge/companheiro).

Partindo dessa premissa, o artigo 201, inciso V, da Constituição Federal consagra a “*pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes*” (grifei).

Assim, parte da jurisprudência atual (em especial, de primeiro grau) passou a entender que a proteção constitucional tem uma amplitude incompatível com a redação do artigo 16, §3º, da Lei nº 8.213/91. Ao prever que “*considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada*” - (grifei), o legislador ordinário restringiu algo que o texto constitucional não tinha intenção de fazê-lo.

Isso porque, como já afirmado, a pensão por morte é um benefício concebido para amparar aqueles que dependiam do segurado falecido.

Assim, parte da jurisprudência moderna defende que, havendo dois núcleos familiares paralelamente dependentes de um mesmo segurado, não há como se fechar os olhos para tal situação, sob o simples argumento de que o segurado encontrava-se casado (a incidir - diriam alguns - a previsão normativa do artigo 1521, VI, combinado com o artigo 1723, §1º, do Código Civil), pois seria como enfraquecer ou mesmo tornar letra morta a proteção que a Constituição da República dispensa à união estável (artigo 226, §3º: “*Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento*”) - (grifei).

E, principalmente, isso acabaria por desamparar na seara previdenciária àquela que manteve união familiar por longos anos, equiparada ao casamento, ainda que com homem casado (sabendo ou não dessa circunstância), em violação direta aos princípios da isonomia e da vedação a quaisquer formas de discriminação (artigo 3º, inciso IV, e artigo 5º, ambos da Constituição Federal).

Segundo a doutrina, a diferença entre relação de concubinato e relação de união estável está no fato de que na relação concubinária há impedimento matrimonial, nos termos do art. 1.727 do Código Civil. No entanto, ainda que haja tal distinção no direito civil, defende-se que

esta não foi a intenção do legislador constitucional, em especial, no que toca à proteção do direito previdenciário.

Alega-se, ainda, que nos dias de hoje, onde amplamente se admite inúmeras formas de composição familiar, como as homoafetivas, as monoparentais, as de união estáveis, e até as chamadas de “poli-amor”, voltar a se falar em “concubinato impuro ou adúlterino”, parece um retrocesso que o mundo moderno não mais admite.

Assim, o Judiciário, em especial de primeiro grau, tem entendido que há proteção previdenciária também para as “famílias paralelas”, ou seja, para a pessoa que vivia em união familiar com falecido casado, que sob conhecimento ou não das mesmas, mantinha duas famílias concomitantemente. Veja-se:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. PENSÃO POR MORTE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. VALORAÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. FALECIDO CASADO. ART. 226, §3º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA.

I - O voto condutor do v. acórdão embargado apreciou o conjunto probatório em sua inteireza, sopesando as provas constantes dos autos, segundo o princípio da livre convicção motivada, tendo concluído pela existência de união estável entre a autora e o falecido e, por conseguinte, sua condição de dependente econômica, a ensejar a concessão do benefício de pensão por morte.

II - O Estado busca proteger a família, a teor do art. 226 e parágrafos, da Constituição da República, não reconhecendo efeitos jurídicos para situações que possam afrontar a formação da entidade familiar, como a bigamia. Todavia, não se pode descuidar da realidade fática, no sentido de dar amparo também àqueles que, de algum modo, tinham ligação com o concubinato impuro, mas, pela fragilidade de sua condição, merecem igualmente a proteção do Estado, como o filho havido fora do casamento ou, como no caso vertente, a companheira que manteve vínculo afetivo com homem casado por muitos anos até a data de sua morte.

(AC 00034540420074036117, DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, TRF3 - DÉCIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/06/2010 PÁGINA: 1500) – (grifei)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CONCUBINA. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVA UNIÃO. UNIÃO FAMILIAR NÃO DEMONSTRADA. REQUISITO DA QUALIDADE DE DEPENDENTE NÃO PREENCHIDO. BENEFÍCIO INDEVIDO. 1. Nos termos dos artigos 74 e 26 da Lei 8.213/91, a pensão por morte é devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, independentemente de carência. 2. Uma vez comprovada a existência de efetiva união familiar entre segurado e concubina, é possível que esta seja considerada dependente para fins previdenciários, equiparando-se à situação da companheira. 3. No caso, embora tenha sido comprovado que mantinham uma relação amorosa, não foram trazidas provas suficientes em favor da existência de efetiva união familiar entre eles, razão pela qual a autora não pode ser considerada como dependente do falecido, não preenchendo o requisito da dependência econômica. 4. Não satisfeitos todos os requisitos necessários à concessão do benefício, não faz jus a parte autora ao recebimento da pensão por morte. 5. Apelação da parte autora desprovida.

(AC 00041773320104036112, DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFIRIO, TRF3 - DÉCIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/04/2017. FONTE_REPUBLICACAO) – (grifei)

O tema encontra-se em regime de Repercussão Geral, no Recurso Extraordinário RE 883.168/SC, de relatoria do Ministro Luiz Fux, perante o Supremo Tribunal Federal (Tema 526 STF – “Possibilidade de concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários”), no qual foi inadmitido o pedido de sobrestamento, onde se discute a possibilidade de concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 526. POSSIBILIDADE DE CONCUBINATO DE LONGA DURAÇÃO GERAR EFEITOS PREVIDENCIÁRIOS. PEDIDOS DE INGRESSO COMO AMICI CURIAE. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO DE PROCESSO DIVERSO. JUNTADA DA DECISÃO QUE RECONHECEU A REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA. VISTA AO MINISTÉRIO PÚBLICO- (grifei)

Caso o Supremo Tribunal Federal venha a acolher a tese quanto ao reconhecimento do “concubinato impuro” para fins de pagamento da pensão por morte, estará agindo com ativismo judicial, assumindo um papel que ordinariamente deveria ter sido exercido pelo legislador, mediante processo legislativo regular, mas em busca da proteção de direito fundamental social, com base nos comandos constitucionais dispostos nos artigos 201, inciso V, c.c. 226, §3º, ambos da CF, e, afastando-se a inconstitucionalidade parcial do comando previsto no artigo 16, §3º, da Lei nº 8.213/91.

Caso contrário, o Supremo Tribunal Federal estará agindo mediante contenção jurisdicional, agindo nos exatos termos previsto na lei, impedindo a consolidação de um entendimento que está tomando força nas instâncias inferiores jurisdicionais.

4.5.1.14. Prorrogação do salário maternidade para além de 120 dias em caso de nascimento prematuro:

O salário-maternidade é um benefício previdenciário assegurado pelo artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal, que tem por finalidade a assistência à trabalhadora por ocasião do parto, sem prejuízo do emprego ou do salário.

Consigne-se que a intenção do legislador constitucional ao criar o salário maternidade foi preservar a relação entre mãe e filho, nos primeiros meses de vida, fortalecendo os primeiros vínculos familiares e os laços entre mãe e filho.

Assim sendo, o salário-maternidade trata-se de benefício previdenciário alçado à condição de direito fundamental com o intuito de assegurar a dignidade da pessoa humana tanto

da mãe quanto do gestado/adotado, em período tão delicado da vida da mulher e do filho, diante dos inúmeros cuidados exigidos para a proteção da saúde do novo ser-humano, a partir da data do parto.

O art. 71 da Lei nº 8.213/91 estabelece os requisitos necessários e as condições para a concessão do benefício, sendo o referido benefício devido a todas as seguradas da Previdência Social durante 120 (cento e vinte) dias, com possibilidade de início até 28 (vinte e oito) dias antes do parto.

É importante ressaltar que quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, há mais de 20 anos, a medicina não disponibilizava recursos técnicos para a manutenção da sobrevivência do bebê que nascia de forma prematura, com por exemplo cinco ou seis meses de gestação apenas.

Mas com o avanço da medicina nas últimas décadas, hoje há grandes chances de sobrevivência para os bebês nascidos de forma prematura, ainda que tenham que se desenvolver e se fortalecer fora do útero materno, permanecendo em UTI neonatal por dois, três ou até quatro meses.

Ocorre que, nesse período em que o bebê permanecer em UTI neonatal, a mãe acaba por ter pouco contato com o bebê prematuro, visto que durante a internação em UTI há restrição de visitação (a mãe só pode visitar seu bebê por algumas horas), não ocorre o aleitamento materno (o bebê prematuro não tem força para sugar, tendo que ser alimentado artificialmente), além do prematuro em algumas situações, estar ligado a aparelho de respiração artificial (o bebê prematuro não se encontra com seu pulmão totalmente desenvolvido).

Desse modo, no referido período, o comando constitucional (de concretização do direito fundamental à maternidade) não está sendo devidamente cumprido, visto que a mãe encontra-se privada do seu direito de fortalecer o vínculo mãe-filho, garantido pelo período que, em tese, encontra-se em gozo do benefício de seguro maternidade.

Isso porque, quando o recém-nascido prematuro tem alta médica da UTI, na maioria das vezes, já se passaram dois, três ou até quatro meses, sem que a mãe e filho pudessem fortalecer os seus vínculos familiares. Assim, muitas vezes a segurada sequer tem a possibilidade de permanecer um período com o filho no seu lar, e já se esgota o período legal do salário maternidade, tendo que voltar ao trabalho sem sequer ter permanecido tempo suficiente com sua prole.

Assim, em vista de tal situação, nos últimos anos, vem sendo trazido ao Judiciário,

pedidos de prorrogação do benefício de salário maternidade, embasado no fato de que o filho(a) da segurada nasceu de forma prematura, necessitando, assim, dos cuidados da mãe por período acima da licença materna regular, sob pena de se colocar em risco a saúde e a vida da bebê.

As seguradas requerem a prorrogação da licença maternidade pelo período equivalente ao que o bebê ficou internado no hospital (normalmente em UTI neonatal) em razão do parto prematuro e das consequências dele advinda, restou privada de fortalecer os laços entre mãe e filho(a).

Pois bem. O Decreto nº 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social), em seu artigo 93, § 3º, prevê:

Art. 93. O salário-maternidade é devido à segurada da previdência social, durante cento e vinte dias, com início vinte e oito dias antes e término noventa e um dias depois do parto, podendo ser prorrogado na forma prevista no § 3º. (Redação dada pelo Decreto nº 4.862, de 2003) – (grifei)

§ 3º. Em casos excepcionais, os períodos de repouso anterior e posterior ao parto podem ser aumentados de mais duas semanas, mediante atestado médico específico. (Redação dada pelo Decreto nº 3.668, de 2000) – (grifei)

Depreende-se que a empregada gestante/parturiente tem direito à licença-maternidade pelo prazo de 120 dias, de modo que o início de seu afastamento será determinado com base em atestado médico ou certidão de nascimento do filho. Em casos excepcionais, os períodos de fruição, anterior e posterior ao parto, podem ser aumentados por mais duas semanas, mediante atestado médico específico.

Nota-se que o Decreto n. 3.048/99 não esclarece quais são os casos (excepcionais) que permitem o aumento do período de fruição antes e depois do parto.

No entanto, a Instrução Normativa INSS/PRES 45, de 06 de agosto de 2010, regula casos que autorizam prorrogação da licença por duas semanas quando houver situações em que exista algum risco para a vida do feto ou criança ou da mãe. Vejamos:

Art. 294. O salário-maternidade é devido para as seguradas de que trata o art. 371 durante cento e vinte dias, com início até vinte e oito dias antes do parto e término noventa e um dias depois dele, considerando, inclusive, o dia do parto, podendo, em casos excepcionais, os períodos de repouso anterior e posterior ao parto serem aumentados de mais duas semanas, mediante atestado médico específico, observado o § 7º deste artigo. – (grifei)

(...)

§ 6º A prorrogação dos períodos de repouso anteriores e posteriores ao parto consiste em excepcionalidade, compreendendo as situações em que exista algum risco para a vida do feto ou criança ou da mãe, devendo o atestado médico ser apreciado pela Perícia Médica do INSS, exceto nos casos de segurada empregada, que é pago diretamente pela empresa. – (grifei)

Assim, o Judiciário de primeiro grau, tem entendido na maioria das vezes que, considerando-se que o objetivo das normas em apreço é preservar a sobrevivência e saúde, e, tendo em vista que a Lei n. 11.770/08 prevê a prorrogação no interesse da empresa empregadora, sem qualquer relação com o estado emergencial de saúde da mãe ou da criança, a situação precária da saúde do bebê está a depender de uma atenção integral da genitora, pelo prazo que esteve privada do convívio com o recém-nascido, em virtude de sua internação advinda da prematuridade, de modo que vem sendo deferido, em muitos casos, o pedido de prorrogação do benefício de salário maternidade.

Vejamos jurisprudência nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSO CIVIL - AGRAVO INTERNO – SALÁRIO-MATERNIDADE – PRORROGAÇÃO – CASOS EXCEPCIONAIS - DECRETO Nº 3.048/99– ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - INÉPCIA DA INICIAL – PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. I - O Decreto nº 3.048/99 (art. 93, § 3º) prevê que “em casos excepcionais, os períodos de repouso anterior e posterior ao parto podem ser aumentados de mais duas semanas, mediante atestado médico específico”, o que torna o pedido inicial juridicamente possível, afastando, assim, a inépcia da inicial. II – Não obstante a redação do § 3º do art. 93 do Decreto nº 3.048/99 sugira que a prorrogação em 4 semanas do salário-maternidade seja por períodos contíguos, inexistente óbice à concessão dessa prorrogação neste momento, ante a presença da verossimilhança da alegação, além da existência nos autos de documentos suficientes à caracterização da prova inequívoca, a que se refere o art. 273 do CPC, a qual demonstra que a autora/apelante seria beneficiária da prorrogação do benefício em tela tanto antes quanto depois do período em que ela o usufruiu. III – A Lei 11.770, de 09 de setembro de 2008, ao criar o Programa Empresa Cidadã, prorrogando o prazo da licença maternidade para os empregados assalariados, vem demonstrar a preocupação do Estado com o bem estar e segurança dos recém-nascidos, admitindo-se a aplicação analógica desta norma à situação sub judice. IV - Agravo interno conhecido e não provido. (AC 201051018083277, Desembargador Federal MARCELLO FERREIRA DE SOUZA GRANADO, TRF2 - PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data: 03/03/2011 - Página.:199/200.) – (grifei)

INTEIROTEOR: TERMO Nr: 9301051612/2016PROCESSO Nr: 0007257-38.2015.4.03.6303 AUTUADO EM 08/07/2015ASSUNTO: 040107 - SALÁRIO-MATERNIDADE (ART. 71/73) - BENEF. EM ESPÉCIE - CONCESSÃO/CONVERSÃO/ RESTABELECIMENTO/ COMPLEMENTAÇÃO CLASSE: 16 - RECURSO INOMINADO RECTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - I.N.S.S. (PREVID)ADVOGADO(A)/DEFENSOR(A) PÚBLICO(A): SP999999 - SEM ADVOGADO RECDO: CRISTIANE CLARA DO NASCIMENTOADVOGADO(A): SP319197 - BRUNO BASSO CALIXTODISTRIBUIÇÃO POR PREVENÇÃO EM 11/02/2016 15:25:33JUIZ(A) FEDERAL: UILTON REINA CECATOVOTO-1. Ação condenatória proposta em face do INSS objetivando a prorrogação de benefício previdenciário de salário maternidade, pelo Regime Geral (RGPS); 2. Sentença de procedência impugnada por recurso do INSS alegando ilegitimidade passiva e postulando a reforma do julgado; 3. Rejeito a preliminar suscitada pela autarquia. Conforme disposto no § 1º do artigo 72 da Lei n. 8.213/91, cabe à empresa pagar o salário-maternidade

devido à sua empregada gestante. A compensação desse pagamento efetiva-se quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço. Contudo, cabe à autarquia previdenciária examinar os requisitos para a concessão do benefício e, em última instância, arcar com o custo de seu pagamento. Disso resulta ser nítida sua legitimidade para figurar no polo passivo da presente demanda. Nesse sentido a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE TRABALHADORA RURAL EM REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. INÉPCIA DA INICIAL. INOCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS. SEGURADA ESPECIAL. INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL. CONTRIBUIÇÕES. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA Nº 111 DO C. STJ. INAPLICABILIDADE. PRÉ-QUESTIONAMENTO.(...)3. Não merece subsistir a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam suscitada pelo INSS, porquanto embora a prestação relativa ao benefício seja paga pelo empregador, este tem o direito à compensação quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários da empregada (art. 72, § 1º, da Lei nº 8.213/91). Logo, tem-se que o encargo proveniente do salário-maternidade é suportado pela Autarquia.(...)10. Matéria preliminar rejeitada e apelação, no mérito, não provida.(AC - 1166528/SP, Des. Antonio Cedenho, Sétima Turma, julgado em 14.05.2007, DJU 19.07.2007, p. 294);4. Quanto ao mérito, conforme assertiva da percuciente sentença recorrida: (...) Depreende-se que a empregada gestante/parturiente tem direito à licença-maternidade pelo prazo de 120 dias, sem prejuízo do emprego e do salário, de modo que o início de seu afastamento será determinado com base em atestado médico ou certidão de nascimento do filho. Em casos excepcionais, os períodos de fruição, anterior e posterior ao parto, podem ser aumentados por mais duas semanas, mediante atestado médico específico. O referido atestado médico acompanha a petição inicial. Nota-se não haver previsão de suspensão para posterior retomada do gozo do benefício e o Decreto n. 3.048/99 também não esclarece quais são os casos (excepcionais) que permitem o aumento do período de fruição antes e depois do parto. Mas a Instrução Normativa INSS/PRES 45, de 06 de agosto de 2010, que dispõe sobre a administração de informação aos segurados, o reconhecimento, a manutenção e a revisão de direitos dos beneficiários da Previdência Social e disciplina o processo administrativo previdenciário no âmbito do INSS regula casos que autorizam prorrogação da licença por duas semanas quando houver situações em que exista algum risco para a vida do feto ou criança ou da mãe. (Grifou-se.) Considerando-se, por outro lado, que o objetivo das normas em apreço é preservar a sobrevivência e saúde e tendo em vista que a Lei n. 11.770/08 prevê a prorrogação no interesse da empresa empregadora, sem qualquer relação com o estado emergencial de saúde da mãe ou da criança, a situação precária da saúde das gêmeas está a depender de uma atenção integral da genitora pelo prazo previsto na referida norma, ou seja, por mais sessenta dias.; 5. Recurso desprovido.6. Condeno a Autarquia Previdenciária ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo, por equidade, no percentual de 10% (INSS) sobre o valor da condenação até a data da sentença, limitada no valor de até 60 salários mínimos. ACÓRDÃO Segunda Turma Recursal do Juizado Especial Federal da Terceira Região Seção Judiciária de São Paulo, decidiu por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto-ementa do Juiz Federal Relator Uilton Reina Cecato. Participaram do julgamento os Juizes Federais Fernando Moreira Gonçalves e Alexandre Cassettari.São Paulo, 12 de abril de 2016 (data de julgamento). (16 00072573820154036303, JUIZ(A) FEDERAL UILTON REINA CECATO - 2ª TURMA RECURSAL DE SÃO PAULO, e-DJF3 Judicial DATA: 25/04/2016.) – (grifei)

ACÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO. SALÁRIO-MATERNIDADE. LICENÇA. PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1-Nada impede a prorrogação do benefício (licença-maternidade) se comprovada a necessidade de maior tempo para a recuperação da gestante, desde que, evidentemente, tal fato seja comprovado por atestado médico oficial. 2-Embora os atestados médicos não façam menção expressa ao § 2º do art. 392 da CLT, constata-se que foram emitidos por médicos credenciados pelo INAMPS, em razão do estado ou como consequência da gestação das empregadas submetidas a exame médico. Não se pode recusar validade ao atestado médico, se não comprovada falsidade na sua elaboração ou imperícia técnica do profissional que o emitiu. 3- A prorrogação da licença-maternidade fundou-se em questões que não se referem especificamente à concessão de tempo destinado à amamentação, considerado descanso especial pela legislação trabalhista, mas em razão da imperiosa necessidade de proteção à saúde da gestante e do recém-nascido. 4- Apelação não provida. (AC 9302005674, Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES, TRF2 - QUARTA TURMA ESPECIALIZADA, DJU - Data::02/10/2009 - Página::63.) – (grifei)

Como já dito, a Constituição Federal de 1988 somente previu a concessão do salário maternidade a partir da data do parto, sem prever a situação da prematuridade, uma vez que na época da sua promulgação os avanços da medicina não possibilitavam, em regra, a sobrevivência de bebês prematuros como atualmente, de modo que o Judiciário vem adequando o direito à realidade social moderna, visto que há clara omissão legislativa quanto ao tratamento da situação dos partos prematuros.

É importante salientar que a Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, atenta a atual realidade social, aprovou a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 58/2011, que estabelece a ampliação da licença-maternidade em caso de parto prematuro. A proposta é que ela seja ampliada de acordo com o número de dias que o bebê prematuro precisou ficar internado, ou seja, começando a contar quando ele tiver alta médica. O texto ainda será analisado por uma comissão especial e, em seguida, voltará ao plenário.

Caso aprovado, o texto do art. 7º da Constituição Federal passará a ter a seguinte redação:

Art. 1º O inciso XVIII do art. 7º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 7º

XVIII –licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias, estendendo-se a licença-maternidade, em caso de nascimento prematuro, à quantidade de dias de internação do recém nascido, não podendo a licença exceder a duzentos e quarenta dias.” (NR) – (grifei)

A referida PEC 99/2015 chama a atenção para a situação excepcional do parto prematuro, situação em que a mãe se mantém privada do convívio com o bebê enquanto o mesmo encontra-se internado, de modo a se concretizar o direito fundamental social.

Verifica-se assim, que no caso em análise, há omissão legislativa quanto ao tratamento

da situação do “parto prematuro”, de modo que o Judiciário pode ser chamado a sanar tal omissão, por se tratar de uma omissão a um direito fundamental à vida, à saúde e a integridade física de um menor.

Portanto, os preceitos constitucionais que protegem a saúde e à vida do recém-nascido e a maternidade caminham na mesma via, e não podem ser afastados ante a ausência de regramento legal.

O Supremo Tribunal Federal ainda não foi chamado a se manifestar sobre o tema, no entanto, em última análise, se acolher a tese de prorrogação do período de licença maternidade em caso de parto prematuro, estará agindo em claro ativismo judicial criativo (visto que o art. 71 da Lei 8.213/91 e art. 7º, XVIII, da Constituição Federal prevêm expressamente o período de 120 dias), assumindo um papel que ordinariamente deveria ter sido exercido pelo legislador, mediante processo legislativo regular, no entanto, assim agindo, estará tutelando um direito fundamental social, face a omissão legislativa quanto ao tratamento do parto prematuro.

Caso contrário, o Supremo Tribunal Federal estará agindo mediante contenção jurisdicional, em atenção a textualidade da norma, impedindo a consolidação de um entendimento que está tomando força cada dia mais nas instâncias inferiores. No entanto, deve-se levar em conta a existência da PEC n. 58/2011, que demonstra a intenção do legislador em promover a alteração legislativa no sentido de prorrogar o período de licença maternidade em caso de parto prematuro e o fato da autarquia previdenciária já ter entendimento no sentido de conceder a prorrogação do benefício, em casos excepcionais.

4.5.1.15. Aposentadoria por Idade Híbrida ou Mista

Na tentativa de evitar distorções desarrazoadas, permitindo ao segurado mesclar período urbano ao período rural e vice-versa, o legislador pátrio editou a Lei nº. 11.718/2008, que modificou o §3º do art. 48 da Lei 8.213/1991, permitindo ao segurado o preenchimento do período de carência faltante com períodos de contribuição de outra categoria de segurado.

Dessa forma, após 23/06/2008, data da vigência da lei mencionada acima, é possível a concessão de aposentadoria por idade ao trabalhador que um dia foi rural, desde que se enquadre em outra categoria de segurado (empregado, contribuinte individual ou trabalhador avulso), observando-se a idade mínima de 65 anos para o homem e 60 anos para a mulher. A essa espécie de aposentadoria foi atribuído o nome de aposentadoria por idade híbrida ou mista, porquanto permitiu a mescla dos requisitos das aposentadorias por idade urbana e rural.

Assim, quando não atendido o disposto no § 2º do art. 48 para concessão da aposentadoria por idade rural (aposentadoria especial), é reconhecido ao segurado o direito à aposentadoria por idade híbrida, computando ao tempo rural períodos de tempo urbano, inclusive para efeitos de carência, apenas não aproveitando a redução de cinco anos na idade e aplicando-se a regra do § 4º, também do art. 48, para o cálculo da renda mensal do benefício.

Questão objeto de controvérsia atine aos destinatários da aposentadoria híbrida, se a mesma estaria restrita apenas aos trabalhadores rurais, como estatui o art. 48, § 3º, ou qualquer outra espécie de segurado.

Em sede administrativa e judicial, a autarquia previdenciária (INSS) vem defendendo a aplicabilidade da aposentadoria unicamente aos trabalhadores rurais, tendo-se em vista a literalidade do dispositivo legal, que faz menção unicamente ao trabalhador rural, bem como diante da ausência de fonte de custeio.

Assim, judicializada a questão, primeiramente a jurisprudência firmou entendimento no sentido da impossibilidade da extensão da aposentadoria híbrida ao segurado urbano.

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo pela aplicabilidade da aposentadoria híbrida também ao trabalhador urbano aduzindo que além de prestigiar o princípio da dignidade da pessoa humana, essa nova possibilidade não representa desequilíbrio atuarial, pois além de exigir idade mínima equivalente à aposentadoria por idade urbana, e, assim, maior tempo de trabalho, conta com lapsos de contribuição direta do segurado, o que não ocorre com a aposentadoria rural.

Nesse sentido, elucidativos os julgados abaixo colacionados:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR IDADE HÍBRIDA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. NÃO CARACTERIZAÇÃO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. ARTIGO 48, §§ 3º E 4º DA LEI 8.213/1991, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.718/2008. OBSERVÂNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. A Lei 11.718/2008 introduziu no sistema previdenciário brasileiro uma nova modalidade de aposentadoria por idade denominada aposentadoria por idade híbrida.

2. Neste caso, permite-se ao segurado mesclar o período urbano ao período rural e vice-versa, para implementar a carência mínima necessária e obter o benefício etário híbrido.

3. Não atendendo o segurado rural à regra básica para aposentadoria rural por idade com comprovação de atividade rural, segundo a regra de transição prevista no artigo 142 da Lei 8.213/1991, o § 3º do artigo 48 da Lei 8.213/1991, introduzido pela Lei 11.718/2008, permite que aos 65 anos, se homem e 60 anos, mulher, o segurado preencha o período de carência faltante com períodos de contribuição de

outra qualidade de segurado, calculando-se o benefício de acordo com o § 4º do artigo 48.

4. Considerando que a intenção do legislador foi a de permitir aos trabalhadores rurais, que se enquadrem nas categorias de segurado empregado, contribuinte individual, trabalhador avulso e segurado especial, o aproveitamento do tempo rural mesclado ao tempo urbano, preenchendo inclusive carência, o direito à aposentadoria por idade híbrida deve ser reconhecido.

5. Recurso especial conhecido e não provido. (RESP 201300429921, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:10/09/2014 ..DTPB:.) (grifei)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR IDADE HÍBRIDA. ARTIGO 48, §§ 3º E 4º DA LEI 8.213 /1991, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.718 /2008. OBSERVÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A questão a ser revisitada em agravo regimental cinge-se ao reconhecimento do direito à aposentadoria por idade híbrida. 2. O segurado especial que comprove a condição de rurícola, mas não consiga cumprir o tempo rural de carência exigido na tabela de transição prevista no artigo 142 da Lei 8.213 /1991 e que tenha contribuído sob outras categorias de segurado, poderá ter reconhecido o direito ao benefício aposentadoria por idade híbrida, desde que a soma do tempo rural com o de outra categoria implemente a carência necessária contida na Tabela, não ocorrendo, por certo, a diminuição da idade. 3. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp 1476456 RS 2014/0209225-3, T2 - SEGUNDA TURMA, Publicação:DJe 18/11/2014, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES) (grifei)

A Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU), assim, recentemente modificou o seu entendimento, passando a reconhecer o direito a aposentadoria híbrida a segurado que havia contribuído ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), em períodos distintos, nas condições de trabalhador rural e trabalhador urbano. A decisão foi tomada pelo Colegiado na sessão do dia 18 de fevereiro de 2016.

É de se ressaltar, por oportuno, que a despeito da ausência de contribuições previdenciárias no período como trabalhador rural, tal fato não deve inviabilizar a contagem do trabalho rural como período de carência no caso da aposentadoria híbrida, pois a intenção do legislador ao criar tal espécie de aposentadoria foi facilitar a sua concessão para aqueles trabalhadores que um dia trabalharam no campo, sem, contudo, terem contribuído, visto que na época não lhes era exigido contribuição.

Nesse sentido, trago excerto do voto proferido pelo Min. Mauro Campbell Marques, nos autos do Recurso Especial nº 1.367.479/RS. Vejamos: “Assim, sob o enfoque da atuária, não se mostra razoável exigir do segurado especial contribuição para obtenção da aposentadoria por idade híbrida, relativamente ao tempo rural. Por isso, não se deve inviabilizar a contagem do trabalho rural como período de carência. No período como trabalhador rural, diante da ausência de contribuições previdenciárias, deve ser considerado para fins de cálculo atuarial

o valor do salário mínimo.”

Registro que também não constitui óbice à concessão da citada aposentadoria o fato da última atividade exercida pelo segurado, no período anterior ao requerimento administrativo do benefício ou ao implemento da idade mínima, não tenha sido de natureza rural.

Desse modo, em que pese a inicial dissonância jurisprudencial, prevalece hodiernamente, tanto na Turma Nacional de Uniformização (TNU), quanto no Superior Tribunal de Justiça (STJ), o entendimento de que a aposentadoria híbrida é um direito de qualquer segurado e não apenas do trabalhador rural.

De qualquer modo, o Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou definitivamente sob o tema, no entanto, se acolher a tese quanto ao reconhecimento da aposentadoria por idade híbrida ou mista, inobstante a má redação do art. 48, § 3º, da Lei 8.213/91, não estará agindo com ativismo judicial, visto que o Poder Legislativo já se manifestou sobre o tema, mediante processo legislativo regular, com a elaboração da Lei 11.718/2008, sendo o caso de subsunção da norma ao caso concreto.

4.5.1.16. Utilização de Equipamento de Proteção Individual (EPI) eficaz e agente nocivo ruído

O sistema constitucional brasileiro impede a adoção, como regra, de requisitos diferenciados para a aposentadoria, ressalvando, porém, as atividades especiais prejudiciais à saúde ou integridade física dos segurados, além do trabalho prestado pelos portadores de deficiência física. Ambas as exceções possuem como alicerce de validade o postulado da isonomia. Vejamos:

Art. 201, § 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.- (grifei)

A aposentadoria especial, referente às atividades que envolvem exposição do segurado a agentes nocivos à saúde, encontra-se regulamentada nos seguintes artigos da Lei Geral de Benefícios (Lei 8.213/91):

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25

(vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995) (...).

Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo.

Entende-se que, para que o segurado faça jus ao benefício da aposentadoria especial, a atividade deverá ser enquadrada também como “especial”, considerando-se o tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições que prejudiquem de maneira particular a saúde ou integridade física do trabalhador.

A questão que se põe e é tormentosa para a doutrina e jurisprudência se dá quanto à utilização de equipamentos de proteção individual (EPI's) e a manutenção ou não do direito à aposentadoria especial nessas situações.

Na seara previdenciária, prevaleceu durante muito tempo que o uso de Equipamento de Proteção Individual não teria o condão de afastar o direito à aposentadoria especial. Nesse sentido, havia posição oficial do Conselho de Recursos da Previdência Social e do próprio STJ. Vejamos: *Súmula 21 do CRPS – O simples fornecimento de equipamento de proteção individual de trabalho pelo empregador não exclui a hipótese de exposição do trabalhador aos agentes nocivos à saúde, devendo ser considerado todo o ambiente de trabalho.*

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO. EXERCÍCIO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. COMPROVAÇÃO POR MEIO DE FORMULÁRIO PRÓPRIO. POSSIBILIDADE ATÉ O DECRETO 2.172/97 – RUÍDOS ACIMA DE 80 DECIBÉIS CONSIDERADOS ATÉ A VIGÊNCIA DO REFERIDO DECRETO. EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL. SIMPLES FORNECIMENTO. MANUTENÇÃO DA INSALUBRIDADE. APLICAÇÃO DO VERBETE SUMULAR Nº 7/STJ. RECURSO IMPROVIDO. 1. (...). 3. O fato de a empresa fornecer ao empregado o Equipamento de Proteção Individual – EPI, ainda que tal equipamento seja devidamente utilizado, não afasta, de per se, o direito ao benefício da aposentadoria com a contagem de tempo especial, devendo cada caso ser apreciado em suas particularidades. 4. Incabível, pela via do recurso especial, o exame acerca da eficácia do EPI para fins de eliminação ou neutralização da insalubridade, ante o óbice do enunciado sumular nº 7/STJ. 5. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 720.082/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2005, DJ 10/04/2006, p. 279) – (grifei).

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, em 04 de dezembro de 2014, em julgamento na sistemática de Repercussão Geral (ARE 664335, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, em regime de Repercussão Geral, publicado em 12-02-2015, consolidou entendimento distinto, ao asseverar que aposentadoria especial (CF/88, art. 201, §1º) pressupõe a efetiva exposição do

trabalhador a agente nocivo. Se o EPI é eficaz para neutralizar, eliminar ou reduzir a nocividade para níveis inferiores aos limites de tolerância, tal como comprovado por Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), o tempo de atividade não se caracteriza como especial. A regra, pois, passa a ser: se o uso dos EPI's for efetivo para eliminar os malefícios do ambiente e agentes laborais a que é submetido o trabalhador, ele não terá direito à contagem da atividade com o tempo de especial.

Todavia, é preciso cuidado muito especial a uma exceção que foi trazida pelo julgado da Suprema Corte: a exposição do trabalhador segurado ao agente nocivo de ruído acima dos limites.

É que, em se tratando de exposição do trabalhador ao agente nocivo ruído acima dos limites legais de tolerância, a eficácia do EPI não descaracteriza a natureza especial do trabalho para fins de aposentadoria. De acordo com o STF:

“(...) 13. Ainda que se pudesse aceitar que o problema causado pela exposição ao ruído relacionasse apenas à perda das funções auditivas, o que indubitavelmente não é o caso, é certo que não se pode garantir uma eficácia real na eliminação dos efeitos do agente nocivo ruído com a simples utilização de EPI, pois são inúmeros os fatores que influenciam na sua efetividade, dentro dos quais muitos são impassíveis de um controle efetivo, tanto pelas empresas, quanto pelos trabalhadores. (...) Tratando-se especificamente do agente nocivo ruído, desde que em limites acima do limite legal, constata-se que, apesar do uso de Equipamento de Proteção Individual (protetor auricular) reduzir a agressividade do ruído a um nível tolerável, até no mesmo patamar da normalidade, a potência do som em tais ambientes causa danos ao organismo que vão muito além daqueles relacionados à perda das funções auditivas. 14. Desse modo, a segunda tese fixada neste Recurso Extraordinário é a seguinte: na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual – EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria.”

Assim, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do citado Agravo em RE 664.335/SC acabou por fixar duas (02) teses distintas, que servirão para o reconhecimento de tempo de serviço sob condições prejudiciais à saúde ou a integridade física, para fins de concessão de aposentadoria especial (aos 25 anos de atividade) ou para a conversão do tempo especial para tempo comum, a ser utilizada na concessão de aposentadoria por tempo de contribuição.

A primeira tese faz referência ao uso de EPI (equipamento de proteção individual) sugerindo que se comprovadamente houve o uso eficaz do EPI não poderá ser reconhecido o direito ao reconhecimento do tempo de atividade especial.

Diz o STF: “O direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à sua saúde, de modo que, se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial.”

A segunda tese, também relativa ao uso do EPI, é mais específica, uma vez que se relaciona a exposição ao agente físico ruído.

Entendeu a Egrégia Corte que a despeito do uso de EPI de forma eficaz, caso o nível de exposição ao agente físico ruído esteja acima do nível de tolerância previsto na legislação pertinente (atualmente é a NR-15, que prevê como nociva a exposição ao ruído acima de 85 decibéis), não descaracteriza o tempo de serviço especial.

Com bastante clareza, o acórdão afirma que:

"tratando-se especificamente do agente nocivo ruído, desde que em limites acima do limite legal, constata-se que, apesar do uso de Equipamento de Proteção Individual (protetor auricular) reduzir a agressividade do ruído a um nível tolerável, até no mesmo patamar da normalidade, a potência do som em tais ambientes causa danos ao organismo que vão muito além daqueles relacionados à perda das funções auditivas".

(...)

"ainda que se pudesse aceitar que o problema causado pela exposição de ruídos relacionasse apenas à perda das funções auditivas, o que indubitavelmente não é o caso, é certo que não se pode garantir uma eficácia real da eliminação dos efeitos do agente nocivo ruído com a simples utilização do EPI, pois são inúmeros os fatores que influenciam na sua efetividade, dentro dos quais muitos são impassíveis de um controle efetivo, tanto pela empresas, quanto pelos trabalhadores".

(...)

Na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria" – (grifei)

Por unanimidade de votos, o Plenário do STF negou provimento ao recurso do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), que questionava decisão da Primeira Turma Recursal da Seção Judiciária de Santa Catarina, segundo a qual, mesmo que o uso de EPI elimine ou reduza a insalubridade, a circunstância não afasta a contagem do tempo de serviço especial se houve exposição ao agente nocivo.

Assim, no caso de exposição ao agente físico ruído, o efeito prático é manifesto, uma vez que caso o nível de exposição supere os níveis de tolerância, independente de existir ou não prova de que o uso do equipamento de proteção individual tenha sido eficaz, o INSS não poderá negar o reconhecimento da atividade especial.

No Supremo, o INSS alegou que a decisão violaria os artigos 201, parágrafo 1º e 195, parágrafo 5º da Constituição Federal, que tratam da aposentadoria especial e da necessidade de haver fonte de custeio para a criação, majoração ou extensão de benefício ou serviço da seguridade social.

Segundo o INSS, se a nocividade dos agentes presentes no ambiente de trabalho é eliminada ou reduzida a níveis toleráveis pela utilização de EPI eficaz, com a correspondente desoneração da contribuição previdenciária destinada ao custeio do Seguro de Acidente do Trabalho (SAT) – que é paga pelo empregador –, não há direito à aposentadoria especial.

Muito embora a decisão do Supremo Tribunal Federal por si só não afirme que a simples declaração do empregador no Perfil Profissiográfico Previdenciário de que o uso de EPI é eficaz não seja suficiente para descaracterizar a atividade especial, já existem decisões judiciais negando o reconhecimento da atividade especial com base tão somente na informação constante do Perfil Profissiográfico Previdenciário de que o uso de EPI se deu de forma eficaz (campo padrão do PPP), o passu a gerar mais judicialização sobre o tema.

Como se observa, o STF, ao pacificar a questão acerca do uso do EPI com relação ao ruído criou outra problemática com relação aos outros agentes nocivos.

De todo modo, observa-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal deu margem a alegação de que estaria agindo em ativismo judicial, uma vez que se tratando de concessão de aposentadoria especial, há a necessidade de prévia fonte de custeio para a sua criação, majoração ou extensão. Por outro lado, o próprio artigo 201, § 3º, da Constituição Federal, ao prever que é vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão da referida aposentadoria, ressalva a hipótese de atividades exercidas sob condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física, como é a situação do caso presente.

4.5.1.17. Cumulação de auxílio-acidente e aposentadoria

Com as modificações introduzidas pela Lei nº 9.528/97, houve significativa alteração no §3º do artigo 86 da Lei nº 8.213/91, que passou a apresentar a seguinte redação: “*O recebimento de salário ou concessão de outro benefício, exceto de aposentadoria, observado o disposto no §5º, não prejudicará a continuidade do recebimento do auxílio-acidente*” (grifei).

Segundo o INSS, a partir da vigência da Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997, o benefício de auxílio-acidente não mais pode ser percebido em conjunto com o benefício

previdenciário de aposentadoria, perdendo a sua característica da vitaliciedade.

Assim, deve-se resguardar apenas o direito adquirido à manutenção do benefício daqueles que já tivessem se aposentado quando da redação original do art. 86, § 3º da Lei 8.213/91, pois os efeitos decorrentes da referida modificação não podem incidir sobre as situações jurídicas perfeitas e acabadas.

Nesse sentido, a Súmula 507 do Superior Tribunal de Justiça assim esclarece: “*A acumulação de auxílio-acidente com aposentadoria pressupõe que a lesão incapacitante e a aposentadoria sejam anteriores a 11-11-1997, observado o critério do art. 23 da Lei nº 8.213/1991 para definição do momento da lesão nos casos de doença profissional ou do trabalho.*”

Vejamos jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, reforçando o entendimento sumulado:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO - AUXÍLIO-SUPLEMENTAR - APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO - CONCESSÃO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.528/97 - CUMULAÇÃO INDEVIDA - MAJORAÇÃO DO AUXÍLIO-ACIDENTE - 50% SOBRE O SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO - RE 613.033/SP - REPERCUSSÃO GERAL - APLICAÇÃO RETROATIVA - IMPOSSIBILIDADE. 1. Somente é legítima a cumulação do auxílio-suplementar previsto na Lei 6.367/76, incorporado pelo auxílio-acidente após o advento da Lei 8.213/91, com aposentadoria, quando esta tenha sido concedida em data anterior à vigência da Lei 9.528/97. Hipótese em que foi concedida a aposentadoria por tempo de contribuição ao segurado no ano de 2006, não sendo devida a cumulação pugnada. 2. Não se aplica retroativamente a majoração prevista na Lei 9.032/95 aos benefícios de auxílio-acidente concedidos anteriormente à vigência deste diploma. Entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal, reconhecida a repercussão geral da matéria constitucional, no julgamento do RE 613.033/SP. 3. Recurso especial não provido. (RESP 201300262818, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:10/05/2013 .DTPB.) – (grifei)

No mesmo sentido, é o Enunciado nº 44 da Procuradoria Federal do INSS, in verbis: *SÚMULA Nº 44, DE 14 DE SETEMBRO DE 2009. "É permitida a cumulação do benefício de auxílio-acidente com benefício de aposentadoria quando a consolidação das lesões decorrentes de acidentes de qualquer natureza, que resulte em seqüelas definitivas, nos termos do art. 86 da Lei nº 8.213/91, tiver ocorrido até 10 de novembro de 1997, inclusive, dia imediatamente anterior à entrada em vigor da Medida Provisória nº 1.596-14, convertida na Lei nº 9.528/97, que passou a vedar tal acumulação."*

Por sua vez, o tema será analisado pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário (RE 687813), em regime de Repercussão Geral (Tema 599 STF), reconhecida por meio de votação no Plenário Virtual da Corte, que irá decidir se pode ser acumulado o recebimento da aposentadoria por invalidez com o benefício de auxílio suplementar, previsto no artigo 9º da Lei 6.367, de 1976, incorporado pela normatização do atual auxílio acidente.

No processo, o INSS (Instituto Nacional do Seguro Social) contesta decisão da Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Rio Grande do Sul que garantiu a um segurado o recebimento cumulativo da aposentadoria por invalidez com o auxílio suplementar.

O aposentado alga o caráter vitalício e irrevogável do auxílio porque este lhe estaria sendo concedido desde 1982, antes da edição de norma que vedou a acumulação. Somente em 2005 o segurado obteve sua aposentadoria por invalidez.

A sentença de primeira instância julgou o pedido improcedente. Entretanto, o segurado conseguiu acumular o recebimento dos benefícios por decisão da Primeira Turma Recursal. O colegiado entendeu que o segurado passou a receber o auxílio suplementar antes do advento da norma que impediu a acumulação desse benefício com a aposentadoria, a Medida Provisória 1.596/97, convertida na Lei 9.528/97.

O INSS, por outro lado, argumenta que o marco para a acumulação dos benefícios é a data da concessão da aposentadoria. Como o segurado passou a receber sua aposentadoria por invalidez em 2005, quando já estava em vigor a proibição de acumulação de benefícios criada em 1997, ele não poderia continuar a receber o auxílio suplementar.

Em 1991, a Lei 8.213 estabeleceu um novo regime de benefícios previdenciários que, segundo a decisão da Primeira Turma Recursal, resultou na extinção do auxílio suplementar, que teria sido incorporado pelo auxílio-acidente. Em 1997, a Lei 9.528 alterou o artigo 86 da Lei 8.213, passando a impedir a acumulação do auxílio-acidente com a aposentadoria por invalidez.

O Ministro Luiz Fux assim alegou: *“Há que se definir, pois, se o auxílio suplementar concedido antes da Lei 8.213/91 torna-se parcela vitalícia, incorporável ao provento que venha o trabalhador a perceber ou, por outro lado, se o referido benefício, regrado, pode ou não ser acumulável com a aposentadoria por invalidez”*. Segundo ele, *“sem dúvida há repercussão geral sobre a aplicação do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal no caso, cujo debate transcende a seara subjetiva”*.

De todo modo, destaco a importante lição extraída do voto do Ministro Celso de Mello nos Embargos de declaração no Recurso Extraordinário nº 567.360/MG que, apesar de tratar especificamente do benefício de pensão por morte, traz orientação que se aplica aos demais benefícios previdenciários. Assim discorreu Sua Excelência:

“Cumpre assinalar, ainda, por necessário, que não se revela constitucionalmente possível, ao Poder Judiciário, sob fundamento de isonomia, estender, em sede jurisdicional, majoração de benefício previdenciário, quando inexistente, na lei (como sucede na espécie), a indicação da correspondente fonte de custeio total, sob pena de o Tribunal, se assim proceder, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 143/57 RTJ 153/765 RTJ 161/739-740 RTJ 175/1137, v.g.), transgredindo, desse modo, o princípio da separação de poderes. É que a majoração de benefícios previdenciários, além de submetida ao postulado da contrapartida (CF, art. 195, § 5º), também depende, para efeito de sua veiculação, da observância do princípio da reserva de lei.

Essa orientação que consagra a advertência de que o princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício da atividade jurisdicional do Estado (RTJ 184/1170-1172) - acha-se consubstanciada em inúmeros julgamentos proferidos no âmbito do Supremo Tribunal Federal (RTJ 189/747 RTJ 190/685-686 RTJ 195/635, v.g.).

Em suma: nenhum benefício previdenciário poderá ser estendido (tanto quanto instituído ou majorado) sem a correspondente indicação, na legislação pertinente, da fonte de custeio total (CF, art. 195, § 5º), a significar, portanto, que a nova legislação previdenciária somente deverá ser aplicada aos benefícios cujos requisitos hajam sido preenchidos, pelo interessado, sob a égide de mencionado diploma legislativo.

Por outro lado, não compartilho do entendimento adotado pelo Tribunal de origem de que o fato do trabalhador continuar contribuindo para a previdência social após o início do pagamento do benefício de auxílio-acidente seja suficiente para suprir a indicação de prévia fonte de custeio fixada no artigo 195, § 5º, da Constituição Federal.

Conforme já assentado nos julgamentos desta Corte, a Lei nº 9.032/95 não trouxe qualquer previsão de fonte de custeio para atender, especificamente, a aplicação da lei aos benefícios anteriormente concedidos.

O fato do trabalhador continuar contribuindo para a previdência social não supre, em meu sentir, a ausência de indicação de fonte de custeio na norma examinada. Isso porque a continuidade da contribuição não implica aumento de receita, mas, no máximo, na permanência do recolhimento dos valores anteriormente recolhidos. Ademais, é importante ressaltar que, conforme expresso na Lei nº 8.213/91, o benefício de auxílio-acidente é concedido com o objetivo de indenizar o segurado que, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, tenha seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia. Essa redução da capacidade laboral conduz, na maioria dos casos, no desempenho de novas atividades cujos rendimentos serão inferiores àqueles percebidos em sua ocupação originária. Desse modo, haverá, igualmente, uma redução do valor das contribuições vertidas pelo segurado em favor da previdência social, haja vista que o benefício de auxílio-acidente não integra o salário-de-contribuição, nos termos do artigo 28, § 9º, alínea a, da Lei nº 8.213/91.

Assim, como regra geral, haverá uma redução dos valores das contribuições recolhidas pelos trabalhadores que passam a perceber o benefício de auxílio-acidente.

Desse modo, não participo da tese de que o fato do trabalhador continuar a contribuir para a previdência social após o início da percepção do auxílio-acidente, o que, na maioria dos casos, reitero, ocorre com um valor inferior aqueles anteriormente recolhidos, seja suficiente para suprir o requisito estampado no artigo 195, § 5º, da Constituição acerca da indicação da correspondente fonte de custeio para majoração do benefício.

Ante o exposto, manifesto-me pela confirmação do reconhecimento da repercussão geral do tema constitucional examinado no presente recurso extraordinário e pela ratificação da jurisprudência desta Corte quanto à impossibilidade da aplicação retroativa da majoração prevista na Lei nº 9.032/95 aos benefícios de auxílio-acidente concedidos em data anterior à vigência da respectiva norma legal e, nos termos do artigo 323-A do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, dou provimento ao recurso extraordinário para restabelecer, inclusive quanto aos ônus da sucumbência, o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que julgou improcedente o pedido formulado na petição inicial.” – (grifei)

Assim, se o Supremo Tribunal Federal, em última análise, acolher a tese quanto a possibilidade de cumulação do auxílio-acidente e de aposentadoria concedidos após a vigência da Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997, estará agindo em claro ativismo judicial criativo (Poder Judiciário criando novos direitos não previsto em lei), assumindo um papel que ordinariamente deveria ter sido exercido pelo legislador, mediante processo legislativo regular.

Caso contrário, o Supremo Tribunal Federal estará agindo mediante contenção jurisdicional, impedindo a consolidação de um entendimento que está tomando força nas instâncias inferiores, ao arrepio do texto legal vigente, e que representa sério perigo para o equilíbrio atuarial do sistema previdenciário brasileiro, em afronta a regra da contrapartida, ao princípio da legalidade, da seletividade e da segurança jurídica.

4.5.2. Análise de casos: Assistência Social

4.5.2.1. Critério legal da renda *per capita* para concessão do benefício assistencial – LOAS

Os casos até aqui referidos são emblemáticos, e demonstram hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal optou por um caminho ativista ou, alternativamente, buscou a autocontenção no exercício de seu mister jurisdicional.

Esta hipótese ora tratada, todavia, carrega consigo a peculiaridade de corporificar verdadeira transmutação na compreensão da corte constitucional brasileira, como bem se verá a seguir.

A assistência social, que ao lado da saúde e da previdência social compõe o conceito amplo de seguridade social, representando um conjunto de ações do Poder Público voltadas para a proteção e amparo de pessoas efetivamente necessitadas, em especial da criança e adolescentes carentes, da família, da maternidade, da velhice e dos portadores de necessidades especiais ou deficientes.

Dentre os objetivos da assistência social, vê-se no art. 203, V da Constituição da República, a obrigatoriedade de Poder Público assegurar a percepção de benefício de um salário mínimo aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Pois bem. Para cumprir o mandamento constitucional em questão, o constituinte remeteu ao legislador ordinário o encargo de disciplinar a concessão do benefício assistencial aqui referido, estabelecendo a forma, os critérios, os requisitos e condições para sua percepção.

O legislador cumpriu este intento, por intermédio da edição da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, intitulada Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), cujo art. 20 cuidou da matéria.

Com efeito, dispõe o art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, em sua redação atual:

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.

(...)

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. (grifei)

Note-se, portanto, que o legislador determinou, em dispositivo inalterado desde o advento da lei em questão, que é o § 3º do dispositivo supra transcrito, uma clara definição de critério de miserabilidade, com caráter objetivo e quantitativo, a fim de permitir a concessão do benefício assistencial ali previsto.

Com efeito, segundo o dispositivo em questão, considera-se hipossuficiente para prover o próprio sustento aquele que, beneficiário potencial da prestação em análise (portador de deficiência ou idoso), pertença a família cuja renda *per capita* seja inferior a ¼ de salário mínimo.

Este critério, todavia, foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, recebida no STF sob o nº 1232 e julgada em 1998. Com efeito, alegou-se àquela época que seria inconstitucional

a restrição estabelecida pelo legislador ordinário, porquanto excludente de outras hipóteses de miserabilidade ou hipossuficiência não contempladas na regra objetiva estabelecida.

Tal tese, todavia, não restou acolhida pela corte constitucional. Transcreva-se a ementa do julgamento proferido pelo STF, no já longínquo ano de 1998:

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 1.232. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451>)

Vê-se, portanto, que o STF, ao julgar a ação em questão, compreendeu que a Constituição outorgou justamente ao legislador ordinário a fixação dos critérios para a concessão do benefício assistencial. Logo, se o legislador o fez de forma hígida, observando o processo legislativo regular, não poderia o STF se imiscuir em seara que não lhe compete, invalidando um critério legitimamente estabelecido pelo Poder Legislativo.

Ressalte-se, por fim, que o julgamento em referência se deu por maioria, e que o ministro relator, Ilmar Galvão, até buscou em seu voto construir uma alternativa de “interpretação conforme”, que mantivesse inalterado o dispositivo em questão (Art. 20, § 3º da Lei nº 8.742/93), mas, ao mesmo tempo, permitisse outras formas de aferição de hipossuficiência ou miserabilidade.

Poder-se-ia cogitar, destarte, que o exemplo trazido à colação consistiria em hipótese pronta e acabada de autocontenção judicial. Afinal, instando a declarar a inconstitucionalidade de uma norma, o STF compreendeu pela sua regularidade democrática, a despeito do claro posicionamento de alguns ministros, no sentido de que o critério legal não atenderia, nem de longe, a todas as situações de efetiva miserabilidade aparentemente pretendidas pelo espírito do instituto em questão (benefício assistencial).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento de 1988, simplesmente asseverou: o constituinte determinou que o legislador definiria o critério. O legislador o fez. Ao tribunal constitucional não cabe desconsiderar o critério do legislador, substituindo-o por outro. Maior autocontenção judicial, impossível.

Não obstante, o que se viu tempos depois do referido julgamento, a despeito do caráter *erga omnes, ex tunc* e vinculante que acompanhava a decisão prolatada pela corte constitucional – efeitos próprios de qualquer decisão adotada pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade – foi a permanente desconsideração do critério legislativo de concessão do benefício assistencial, por variados juízos e tribunais brasileiros, mesmo diante do reconhecimento de sua constitucionalidade, nos termos acima deduzidos.

Com efeito, sempre diante de circunstâncias concretas a demonstrar a condição de hipossuficiência, não raramente os órgãos jurisdicionais condenaram o INSS à concessão do benefício assistencial em questão, mesmo diante de claro descumprimento do requisito legal acima referido (renda familiar *per capita* até ¼ do salário mínimo).

Via-se, em tal postura, um ativismo judicial ainda mais severo, porquanto atentatório contra decisão proferida pelo tribunal constitucional brasileiro, a qual, repise-se, carrega consigo efeitos vinculantes.

Anos mais tarde, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar *per capita* estabelecido pela LOAS.

Como a Lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes.

Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituam programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas.

Mas é certo que a ordem jurídica contempla um claro instrumento para a salvaguarda da autoridade da decisão do STF, e naturalmente dos efeitos vinculantes que lhe são próprios. Com efeito, é conhecimento comecinho o de que, em não sendo observada, no 1º ou 2º grau de jurisdição, decisão do STF proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, contra a decisão que assim fizer poderá ser ajuizada a competente Reclamação Constitucional, prevista no art. 102, I da Carta Magna.

Ocorre que, especificamente no que concerne a ADI 1.232, tais reclamações vinham se mostrando infrutíferas. Outra não é a conclusão que se extrai dos debates levados a efeito no plenário do STF quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 580.963, que tratou especificamente da interpretação extensiva que vários juízes vêm conferindo ao Estatuto do Idoso, no dispositivo que repercute sobre o critério aqui referido (Art. 34).

Ao julgar diversas reclamações sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal permitiu a manutenção de decisões que concederam interpretação extensiva ao art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso, ao fundamento de ausência de similitude entre o conteúdo das decisões impugnadas e a decisão proferida no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232.

Nesse sentido, a Reclamação 4.154, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 31.3.2006; a Reclamação 4.270, Rel. Min. Eros Grau, DJ 25.4.2006; a Reclamação 4.016, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 10.5.2006; e a Reclamação 4.195, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 14.9.2011.

Ocorre que a Corte também já teve a oportunidade de enfrentar a questão em sede de Recurso Extraordinário e sempre assentou que a interpretação extensiva dada ao art. 34 do Estatuto do Idoso não contraria o art. 203, V, da Constituição nem viola a autoridade da decisão proferida no julgamento da ADI 1.232.

Esses precedentes revelam, no mínimo, uma condescendência da Corte com a postura adotada pelo diversos Juízos brasileiros que dão interpretação extensiva ao art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso, por entenderem ser inconstitucional, por omissão parcial, o critério adotado pelo legislador para excluir do cálculo da renda familiar unicamente o benefício assistencial recebido pelo idoso.

Depreende-se, ao longo do tempo, uma tendência clara de mudança de interpretação por parte do STF em relação à constitucionalidade declarada em 1998, quando do julgamento da ADI 1.232.

O próprio Ministro Gilmar Mendes, também nos debates do Recurso Extraordinário nº 580.963, é muito claro ao defender tal possibilidade, como a seguir se vê:

“Chamo a atenção para a possibilidade de uma inconstitucionalização. Nós já tivemos até aqui o caso da progressão de regime, em que nós declaramos a constitucionalidade da lei e, depois, nós viemos a declarar a sua inconstitucionalidade, seja por mudança nas circunstâncias fáticas, seja por mudanças nas circunstâncias jurídicas, seja por mudança no plexo de relação entre circunstâncias fáticas e jurídicas. Portanto, eu digo que isso é possível e acontece

no sistema. E aí, então, repasso todas essas questões, e chamo a atenção que o debate sobre a omissão já ficara presente lá quando do julgamento da ADI n. 1.232, o ministro Sepúlveda Pertence já apontava déficit no modelo adotado.

Eu ressalto, então, todos esses aspectos e digo mesmo: o fato é que hoje o Supremo, muito provavelmente, não tomaria a mesma decisão que foi proferida em 1998 na ADI n. 1.232, a partir desses robustos indícios que estão aí. A jurisprudência atual supera, em diversos aspectos, os entendimentos naquela época adotados pelo Tribunal quanto ao tratamento da omissão inconstitucional, inclusive quanto à possibilidade de, por exemplo, em caso de omissão parcial, nos valermos da modulação de efeitos, por exemplo, de aplicarmos o artigo 27, deixarmos a lei em vigor, mas não declararmos sua nulidade, que é um ponto importante para o qual chama a atenção o ministro Marco Aurélio, declarar a nulidade aqui é agravar o estado de inconstitucionalidade, distanciar-se ainda mais. Mas, hoje, já dispomos, então, dessa alternativa.

Depois, eu repasso todas as decisões legislativas, normativas que foram tomadas, adotando critérios outros que não o de um quarto do salário mínimo, para essas bolsas que já foram citadas.”

Por isso, fazendo um rápido resumo, chega-se à conclusão que houve um processo de inconstitucionalização que se deflagrou, um processo de inconstitucionalização do parágrafo 3º, do art. 20, da Lei nº 8.742/93, tendo em vista a criação do Bolsa Família e outros programas de ações de transferência da renda do Governo que foram unificados, Programa Nacional de Renda Mínima vinculado à educação, Bolsa Escola, Programa Nacional de Acesso à Alimentação, Programa Nacional de Renda Mínima, todos esses agora com o critério de meio salário mínimo.

E eis que tal tendência se corporificou no julgamento da Reclamação nº 4.374, que representou completa modificação do entendimento outrora mantido pelo STF acerca do tema, conforme se extrai da sua ementa:

A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo fosse concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovassem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Art. 20, § 3º da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. ispoê o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. Reclamação como instrumento de (re)interpretação da decisão proferida em controle de constitucionalidade abstrato. Preliminarmente, arguido o prejuízo da reclamação, em virtude do prévio julgamento dos recursos extraordinários 580.963 e 567.985, o Tribunal, por maioria de votos, conheceu da reclamação. O STF, no exercício da competência geral de fiscalizar a compatibilidade formal e material de qualquer ato normativo com a Constituição, pode declarar a inconstitucionalidade,

incidentalmente, de normas tidas como fundamento da decisão ou do ato que é impugnado na reclamação. Isso decorre da própria competência atribuída ao STF para exercer o denominado controle difuso da constitucionalidade das leis e dos atos normativos. A oportunidade de reapreciação das decisões tomadas em sede de controle abstrato de normas tende a surgir com mais naturalidade e de forma mais recorrente no âmbito das reclamações. É no juízo hermenêutico típico da reclamação – no “balançar de olhos” entre objeto e parâmetro da reclamação – que surgirá com maior nitidez a oportunidade para evolução interpretativa no controle de constitucionalidade. Com base na alegação de afronta a determinada decisão do STF, o Tribunal poderá reapreciar e redefinir o conteúdo e o alcance de sua própria decisão. E, inclusive, poderá ir além, superando total ou parcialmente a decisão-parâmetro da reclamação, se entender que, em virtude de evolução hermenêutica, tal decisão não se coaduna mais com a interpretação atual da Constituição. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. Reclamação constitucional julgada improcedente. (Reclamação nº 4.374. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>).

Assim, a partir de então, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar como limite o patamar fixado em normas que posteriormente ingressaram no sistema, que disciplinam as políticas de amparo e assistência social promovidas pelo Governo Federal, a quais fixam em ½ (meio) salário mínimo por pessoa a base para verificação do nível de miserabilidade no Brasil, constante das Leis nº 10.836/01 (Bolsa-família), nº 10.689/03 (Programa Nacional de Acesso à Alimentação) e nº 10.219/01 (Bolsa-escola).

Os Ministros do Supremo ressaltaram que essas leis posteriores abriram portas para a concessão do benefício assistencial fora dos parâmetros objetivos fixados pelo artigo 20, § 3º, da LOAS (Lei nº 8.742/93) e assim os juízes e tribunais pátrios, segundo a orientação da Corte Suprema, passaram a estabelecer o valor de meio salário mínimo como referência para aferição

de renda familiar *per capita*, mesmo que em desacordo com a previsão da Lei Especial da LOAS, isto porque, no conflito aparente de normas, entendeu-se que as leis posteriores que tratam da mesma matéria (no caso, que tratam dos critérios para se definir quem são os “miseráveis”) revogam as leis anteriores.

Assim, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, a percepção do benefício em espécie é devida desde que a vulnerabilidade econômica do grupo familiar possa ser constatada, independentemente do percentual apurado a título de renda *per capita*, se de 1/4, 1/3 ou 1/2 do salário mínimo por indivíduo, isso porque deve ser considerada a condição pessoal de cada um e não apenas o *quantum* percebido pelo grupo.

Desse modo, considera-se que no caso, houve conflito aparente de normas, sendo que as leis posteriores que surgiram e trataram da mesma pessoa (o “miserável”), como as Leis nº 10.836/01 (Bolsa-família), nº 10.689/03 (Programa Nacional de Acesso à Alimentação) e nº 10.219/01 (Bolsa-escola), revogaram tacitamente o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93.

Logo, tem-se no tema em exame um exemplo bastante peculiar, de inicial autocontenção judicial (quando do julgamento da ADI 1.232), ao qual se seguiu ampla formação de ativismo judicial nos demais graus de jurisdição e que culminou, ao fim e ao cabo, quando do julgamento da Reclamação nº 4.374, na mudança absoluta de entendimento por parte daquela corte, conferindo nova interpretação jurídica à hipótese (pela regra metodológica de interpretação de que a “lei posterior revoga a lei anterior, naquilo que forem incompetíveis”), cerca de quinze anos depois do primeiro julgamento.

4.5.2.2. Concessão de benefício assistencial a estrangeiros residentes no Brasil

O tema aqui tratado versa acerca da possibilidade de concessão de benefício assistencial previsto no artigo 203, V, da Constituição Federal à pessoa estrangeira domiciliada no Brasil.

O presente tema está bastante em voga, em especial, pela grande leva de refugiados que o Brasil vem recebendo nos últimos tempos, de países como a Síria, Haiti, Angola, Cuba, além do grande número de estrangeiros dos países que fazem fronteira com o Brasil, como Bolívia, Venezuela e Paraguai, que tem deixado seus países de origem, fugindo de conflitos, ou mesmo, buscando simplesmente uma melhor condição de vida.

Por tal razão, houve grande judicialização nos últimos anos, no Judiciário brasileiro, quanto a pedidos de benefício assistencial a estrangeiros, o que levou o Supremo Tribunal

Federal a decidir a questão, recentemente, em sede de Repercussão Geral.

A União ingressou na qualidade de *amicus curiae* no Recurso Extraordinário n. 587.970/SP em trâmite no STF, alegando que a obrigatoriedade de prestação de assistência social a quem dela necessitar abrange unicamente o povo brasileiro, elemento constitutivo da noção de Estado e destinatário natural da norma constitucional.

Aponta ser a nacionalidade, nata ou adquirida, requisito para a proteção de determinado Estado. Alega que o aludido benefício pode até ser estender ao nacido no estrangeiro, desde que haja o requerimento da nacionalidade brasileira.

A garantia indistinta do benefício assistencial da Lei n. 8.742/93 a todos os estrangeiros que residem no país, segundo a União, consubstanciaria afronta ao princípio da isonomia, pois implica conferir tratamento igual a pessoas que ostentam situações jurídicas diversas, facilmente reveladas no cotejo entre nacionais e estrangeiros, na aferição da legalidade da entrada e permanência (residência) do estrangeiro ou até mesmo pela admissão de diversos *status* legalmente possíveis ao estrangeiro legalmente residindo no Brasil, em razão do tipo de visto que lho foi deferido.

Acrescenta, por fim, como condicionante à concessão do benefício assistencial a garantia de reciprocidade de tratamento em favor do cidadão brasileiro pelo Estado da nacionalidade do requerente.

No entanto, em sede de Repercussão Geral, por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a condição de estrangeiro residente no Brasil não impede o recebimento do Benefício de Prestação Continuada (BPC), pago pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) às pessoas com deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou ter o sustento provido por sua família, desde que atendidos os requisitos necessários para a concessão.

O Plenário da Suprema Corte, negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 587970, no qual o INSS questionava decisão da Primeira Turma Recursal do Juizado Especial Federal da 3ª Região que o condenou a conceder a uma italiana residente no Brasil há 57 anos o benefício assistencial de um salário mínimo, previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal.

O recurso extraordinário teve repercussão geral reconhecida, o que significa que o entendimento firmado (em abril de 2017) pelo STF deve ser aplicado pelas demais instâncias

do Poder Judiciário a processos semelhantes. A tese de repercussão geral aprovada é a seguinte: *“Os estrangeiros residentes no país são beneficiários da assistência social prevista no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, uma vez atendidos os requisitos constitucionais e legais”*.

Em seu voto, o relator do recurso, ministro Marco Aurélio, destacou a contribuição dos estrangeiros na formação da nação brasileira, afirmando que a Constituição Federal não fez distinção entre brasileiro nato ou naturalizado e estrangeiro residente no país quando assegurou assistencial social aos desamparados. *“Ao lado dos povos indígenas, o país foi formado por imigrantes, em sua maioria europeus, os quais fomentaram o desenvolvimento da nação e contribuíram sobremaneira para a criação e consolidação da cultura brasileira”*, afirmou.

Desde a criação da nação brasileira, a presença do estrangeiro no país foi incentivada e tolerada, não sendo coerente com a história estabelecer diferenciação tão somente pela nacionalidade, especialmente quando a dignidade está em xeque, em momento de fragilidade do ser humano, idade avançada ou algum tipo de deficiência.

O relator citou o artigo 5º (caput) da Constituição Federal, que trata do princípio da igualdade e da necessidade de tratamento isonômico entre brasileiros e estrangeiros residentes no país.

Para o ministro Marco Aurélio, o fato de a Lei Orgânica da Assistência Social (Lei 8.742/1993) silenciar quanto à concessão de benefícios aos estrangeiros residentes no país não se sobrepõe ao espírito da Constituição. *“O texto fundamental estabelece que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, sem restringir os beneficiários somente aos brasileiros natos ou naturalizados”*, asseverou. *“Quando a vontade do constituinte foi de limitar eventual direito ou prerrogativa a brasileiro ou cidadão, não deixou margem para questionamentos”*.

Segundo o relator, ao delegar ao legislador ordinário a regulamentação do benefício, o texto constitucional o fez tão somente quanto à forma de comprovação da renda e das condições específicas de idoso ou portador de necessidades especiais.

Não houve delegação relativamente à definição dos beneficiários, pois esta definição já está contida no inciso V do artigo 203 da Constituição Federal. No confronto de visões, deve prevalecer aquela que melhor concretiza o princípio constitucional da dignidade humana, de observância prioritária no ordenamento jurídico.

Ao acompanhar o voto do relator, o ministro Alexandre de Moraes observou que o critério

adotado pela Constituição para assegurar direitos aos estrangeiros foi o da territorialidade (estar residindo no Brasil), e não de nacionalidade, não havendo qualquer exigência de reciprocidade por parte de outros países aos brasileiros residentes no exterior, como alegou o INSS. O ministro também rejeitou a alegação de que a decisão teria impacto migratório, pois, dentre os estrangeiros oficialmente residentes no país, são poucos aqueles que pedem tal benefício.

Para o ministro Edson Fachin, o desate jurídico da questão não pode reduzir o conceito de pessoa previsto na Constituição. A ministra Rosa Weber concordou que a nacionalidade brasileira não pode ser requisito para a concessão do benefício, e que a interpretação da legislação infraconstitucional precisa ser feita “*sempre à luz do norte constitucional*”.

O ministro Luiz Fux ressaltou que o caput do artigo 5º da Constituição é claro ao dispor que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza entre os brasileiros e os estrangeiros residentes no país. O ministro Ricardo Lewandowski classificou de “retrógrada e ofensiva ao princípio da dignidade da pessoa humana” a tese do INSS, que lhe causou estranheza. A presidente do STF, ministra Cármen Lúcia, afirmou que a decisão dá concretude ao princípio da dignidade humana.

Assim, diante da decisão do Supremo Tribunal Federal, pode-se observar que, ainda que não expressamente previsto no texto da Constituição Federal nem na lei de regência, a possibilidade de concessão de benefício assistencial a estrangeiros residentes no Brasil, é possível se estender tal benefício a estrangeiros, diante da aplicação dos princípios constitucionais (da igualdade e da dignidade da pessoa humana), concretizando-se, em último instância, um direito fundamental social, ainda que tal decisão tenha sido tomada em ativismo judicial revelador.

4.5.3. Análise de casos: Saúde Pública

4.5.3.1. Fornecimento de Medicamento: a pílula do câncer (fosfoetanolamina)

A Constituição Federal, no seu artigo 1º, inciso III, estabelece o princípio da dignidade da pessoa humana, que constitui um dos fundamentos do artigo 5º, *caput*, da referida Carta Constitucional que estabelece a garantia tanto aos brasileiros quanto aos estrangeiros aqui residentes, “*a inviolabilidade do direito à vida*”.

Com vistas a dar vida à referida garantia constitucional, o artigo 196 da Carta Magna

estabelece que *“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”*.

Recentemente, tem aumentado vertiginosamente o número de demandas judiciais, de portadores de câncer (neoplasia maligna), pleiteando que os órgãos públicos de saúde forneçam a droga denominada de “fosfoetanolamina”.

No entanto, o SUS tem se negado a fornecer a referida droga, sob a alegação de se tratar de medicamento experimental, sem qualquer comprovação científica quanto a sua eficácia, além de não ter sido aprovado pela ANVISA.

Assim, os portadores de neoplasia maligna apresentam como fundamentação ao seu pedido, o argumento de que a Universidade de São Paulo – USP desenvolveu uma droga denominada “fosfoetanolamina” que tem apresentado resultados positivos ao combate ao câncer.

A fosfoetanolamina sintética começou a ser estudada no Instituto de Química da USP em São Carlos, pelo pesquisador Gilberto Orivaldo Chierice, no final da década de 80. Apesar de não ter sido testada cientificamente em seres humanos, as cápsulas foram entregues de graça a pacientes com câncer por mais de 20 anos.

Em 2014, no entanto, a USP interrompeu a distribuição e os pacientes começaram a recorrer da decisão na Justiça. Na época a Universidade afirmou que não possuía meios para a realização de testes nem para a produção em larga escala.

Em 2015, a briga foi parar no Supremo Tribunal Federal (STF), que autorizou a produção e distribuição do produto.

Mas, no final de 2015, por causa de uma nova decisão judicial do STF, a distribuição da substância passou a ser proibida. Inclusive, há notícias de que a USP havia fechado o laboratório de São Carlos, que produzia a fosfoetanolamina sintética.

É importante salientar que o “Fosfoetanolamina” é uma droga experimental e não aprovada pela ANVISA, e seus efeitos ainda não são comprovados cientificamente.

Os primeiros estudos, feitos em laboratório, coordenados por um grupo interministerial convocado pelo Ministério da Ciência, Tecnologia & Inovação no fim do ano de 2016, sugerem não existir ação anticâncer em células tumorais cultivadas em laboratório. As análises mostram que, dentro das cápsulas, não havia apenas fosfoetanolamina sintética, como descrito no rótulo

das embalagens, mas um composto que contém várias substâncias.

As cápsulas têm uma concentração de fosfoetanolamina menor do que era esperado e que somente um dos componentes da cápsula – a monoetanolamina – apresentou atividade citotóxica e antiproliferativa, ou seja, capacidade de destruir células tumorais e inibir seu crescimento.

Não é demais salientar que a ANVISA é o órgão responsável pela aprovação e introdução de novas drogas no sistema público de saúde. Os registros de medicamentos pela ANVISA, enquanto atos administrativos revestem-se de presunção relativa, e em se tratando de saúde pública é inadmissível cancelar de legalidade o registro de medicamento que não se submeteu a um teste de eficácia, segurança e qualidade, impondo-se de rigor a precaução.

A Lei n. 9.782/1999 prescreve como dever da ANVISA a normatização, o controle e a fiscalização de substâncias e serviços, com o objetivo de promover e proteger a saúde pública, que certamente seria abalada se fosse permitido o uso indistinto de qualquer produto experimental, sem forte certeza da comprovação de seus benefícios e da segurança e efeitos colaterais do seu uso.

Contudo, na data de 14/04/2016 foi sancionada pela Presidente da República a Lei nº 13.269, de 13/04/2016, a qual “*Autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes com neoplasia maligna*”, prevendo:

“Art. 1º. Esta Lei autoriza o uso da substância fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna.

Art. 2º Poderão fazer uso da fosfoetanolamina sintética, por livre escolha, pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, desde que observados os seguintes condicionantes:

I - laudo médico que comprove o diagnóstico;

II - assinatura de termo de consentimento e responsabilidade pelo paciente ou seu representante legal.

Parágrafo único. A opção pelo uso voluntário da fosfoetanolamina sintética não exclui o direito de acesso a outras modalidades terapêuticas.

Art. 3º Fica definido como de relevância pública o uso da fosfoetanolamina sintética nos termos desta Lei.

Art. 4º Ficam permitidos a produção, manufatura, importação, distribuição, prescrição, dispensação, posse ou uso da fosfoetanolamina sintética, direcionados aos usos de que trata esta Lei, independentemente de registro sanitário, em caráter excepcional, enquanto estiverem em curso estudos clínicos acerca dessa substância.

Parágrafo único. A produção, manufatura, importação, distribuição, prescrição e dispensação da fosfoetanolamina sintética somente são permitidas para agentes regularmente autorizados e licenciados pela autoridade sanitária competente.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Não é demais alertar que a classe médica vê com preocupação as consequências da citada lei, diante da falta de dados básicos sobre a ação da substância e dos seus possíveis efeitos colaterais, declarando que não há embasamento científico para a aprovação da substância nesse momento.

Por sua vez, nos autos da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.501, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia da Lei 13.269/16 e, por consequência, o uso da fosfoetanolamina sintética.

Não fosse só isso, entendo que a mera vigência de uma lei que autoriza o consumo dessa substância não possui o condão de autorizar o seu fornecimento pelo Estado, por meio do Sistema Único de Saúde – SUS, tampouco afasta a inexistência de pesquisas que atestem a sua eficácia no organismo humano.

Não é custoso lembrar, ainda, que a lei supramencionada foi sancionada com os pareceres contrários de inúmeros órgãos técnicos, tais como ANVISA, Ministério da Saúde, Advocacia Geral da União – AGU e Conselho Federal de Medicina, o que corrobora com necessidade de se vedar o seu fornecimento pelo Estado.

Ademais, cabe aqui transcrever excerto da decisão proferida pela Desembargadora Federal Cecília Marcondes, Presidente do Tribunal Regional Federal desta 3ª Região, nos autos da Suspensão Liminar de Tutela nº 0008751-92.2016.4.03.0000, em 09/05/2016, na qual foi absolutamente clara no sentido de que a autorização legal de uso por si só não obriga o fornecimento de substância pelo Poder Público, sobre cujos efeitos não há comprovação científica:

“É imperioso destacar que não se ignora a relevância das ações e as esperanças depositadas na cura de uma doença que afeta milhões de cidadãos ao redor do mundo, cuja busca por tratamento muitas vezes foge da racionalidade e são depositadas na fé, na espiritualidade e em tratamentos experimentais. É certo que a saúde é direito de todos e dever do Estado, assegurado constitucionalmente, mas do preceito constitucional não se extrai a obrigatoriedade de o Poder Público assegurar tratamentos não convencionais e sem base científica. Também não desconheço que a Lei nº 13.269, de 13 de abril de 2016, autorizou o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. Porém, o texto legal, ao mencionar que seu uso será por livre escolha do paciente, desautoriza a obrigação legal de fornecimento por parte da Administração Pública.

Assim, compete ao paciente buscar o laboratório que produza, manufacture, importe e distribua a substância, em relação tipicamente comercial e entre entes particulares, sem a presença estatal.”

Assim, diante do alinhamento da decisão do Supremo Tribunal Federal, ao que tudo

indica, a suspensão da eficácia da Lei 13.269/16 será mantida, e, por consequência, o uso da fosfoetanolamina sintética. Tal decisão pode ser taxada de ativista, visto que o Judiciário afastou a eficácia de uma lei recentemente aprovada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo, mediante processo legislativo regular.

No entanto, o direito à saúde é um direito fundamental, tutelado constitucionalmente, de modo que, havendo afronta à sua regular concretização, poderá o Poder Judiciário intervir, subsidiariamente e de forma excepcional, a fim de implementar a realização de política pública de proteção à saúde.

4.5.3.2. Acesso a medicamentos de alto custo não disponíveis na lista do SUS ou não registrado na ANVISA

O último tema aqui trazido para análise trata-se da possibilidade de fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) e de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) pela União, Estados ou Municípios.

Os Recursos Extraordinários (REs) 566471 e 657718, analisados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), que tiveram repercussão geral reconhecida, tratam desse tema (Tema 06 STF: “*Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para compra-lo*”).

O relator, ministro Marco Aurélio, já se manifestou no sentido de negar provimento aos dois recursos, por entender que nos casos de remédios de alto custo não disponíveis no sistema, o Estado pode ser obrigado a fornecê-los, desde que comprovadas a imprescindibilidade do medicamento e a incapacidade financeira do paciente e sua família para aquisição, e que o Estado não pode ser obrigado a fornecer fármacos não registrados na agência reguladora.

No caso do RE 566471, o Estado do Rio Grande do Norte se recusou a fornecer medicamento – citrato de sildenafil – para uma senhora idosa e carente, alegando que o alto custo e a ausência de previsão no programa estatal de dispensação de medicamentos seriam motivos suficientes para recusa. A idosa acionou a Justiça para pleitear que o estado fosse obrigado a fornecer o fármaco. A sentença de primeiro grau determinou a obrigação do fornecimento, decisão que foi confirmada pelo Tribunal de Justiça estadual.

Autor do recurso contra a decisão do TJ-RN, o procurador do Rio Grande do Norte se manifestou no sentido de que é preciso dar a máxima efetividade ao princípio da eficiência. Explicou que os medicamentos de alto custo têm uma política pública definida pelo Ministério da Saúde, que estabelece a relação de medicamentos a serem disponibilizados aos usuários. Essa relação contempla vários fármacos, dividindo-os por competências da União, de Estados e de Municípios. É essa divisão, segundo o procurador, que não vem sendo respeitada. Assim, o cidadão que precisa de um remédio que é de competência da União pode demandar o Município, que pode ser obrigado a fornecer o medicamento, desorganizando as finanças do ente federado.

Falando como terceiro interessado no RE 566471, o procurador do Rio Grande do Sul também se manifestou pelo provimento do recurso. Ele sustentou que uma decisão do STF no sentido do desprovimento do recurso pode inviabilizar o SUS. O mesmo posicionamento foi defendido pelo representante do Colégio Nacional de Procuradores Gerais dos Estados e do DF, para quem a preocupação no caso não se limita à esfera financeira, envolvendo também questões como segurança e saúde pública. Ambos defenderam a tese de que a atuação jurisdicional envolva apenas medicamentos registrados na Anvisa.

A advogada-geral da União falou da importância do trabalho da Anvisa, e salientou que decisões judiciais obrigando União e entes federados a fornecerem medicamentos de alto custo ou fora da lista do SUS desorganizam o sistema, uma vez que a distribuição de remédios deve ser feita de forma responsável. Segundo ela, é preciso que o planejamento e a organização do sistema sejam preservados, para que seja possível atender a toda a coletividade.

A advogada que defende a autora da ação inicial, pediu ao STF que seja definido que a Justiça deve apreciar cada caso individualmente, não fechando as portas para pessoas que nasceram com problemas de saúde e querem viver e carecem do auxílio farmacológico. Ela fez críticas à Anvisa, alegando que a agência reguladora não faz o registro de certos medicamentos para ter o alibi para negar pedidos, dizendo que o fármaco é experimental, que faz mal ou tem efeitos colaterais.

A Ordem dos Advogados do Brasil, a Defensoria Pública Geral da União e a Defensoria Pública do Rio de Janeiro também se manifestaram em Plenário, posicionando-se pelo desprovimento do RE 566471. De acordo com o defensor fluminense, não há doença que possa ser excluída da atividade do SUS, tampouco qualquer tratamento que possa ser recusado ao cidadão carente.

O ministro Marco Aurélio mencionou, em seu voto, que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantido por políticas sociais e econômicas. Frisou que o acesso à saúde é um bem vinculado à dignidade do homem, e que o direito ao mínimo existencial é um direito fundamental do cidadão, estando ligado a condições mínimas de dignidade.

Ainda, alegou que objeções de cunho administrativo não podem subsistir ante a existência de violação ao mínimo existencial. Argumentos genéricos não possuem sentido prático em face de inequívoca transgressão a direitos fundamentais. Não se trata de defender interferência judicial em políticas públicas, mas de assentar a validade da atuação judicial subsidiária em situações não alcançadas por essas políticas públicas.

Para o ministro, a judicialização, nos casos em que verificada transgressão ao mínimo existencial, é plenamente justificada, independentemente da existência de reserva orçamentária. O relator verificou que o STF, há muitos anos, vem assegurando acesso a medicamentos para os mais necessitados.

O ministro apontou dois critérios para que o Judiciário possa concretizar o direito à saúde: a imprescindibilidade do medicamento para o paciente e a incapacidade financeira para sua aquisição, do beneficiário do fármaco e de sua família, responsável solidária.

A tese apresentada pelo ministro Marco Aurélio diz que *“o reconhecimento do direito individual ao fornecimento pelo Estado de medicamento de alto custo não incluído em política nacional de medicamentos ou em programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade, adequação e necessidade, e da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil.”*

No caso do RE 657718, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais negou o pedido da autora da ação, que precisava do medicamento cloridrato de cinacalcete, sem registro na Anvisa à época do ajuizamento da ação. O tribunal estadual entendeu que, apesar de o direito à saúde estar previsto nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal, não se pode obrigar o Estado a fornecer medicamento sem registro na Anvisa, sob pena de vir a praticar autêntico descaminho. O TJ ressaltou a inexistência de direito absoluto e, tendo em vista a prevalência do interesse coletivo, bem como dos princípios do artigo 37 da CF, *“a competência do administrador público para gerir de maneira proba e razoável os recursos disponíveis”*.

O defensor público-geral federal falou sobre a demora da Anvisa para concluir o registro de remédios novos (mais de 600 dias) e genéricos (mais de mil dias). Salientou que a saúde do doente não pode esperar, não pode se curvar aos trâmites da administração pública. Ainda, pediu que o STF defina tese no sentido de que a análise quanto à prescrição e custeio de remédios pelo Estado sejam feitos caso a caso, sem que possa ser negado o pedido apenas por falta de registro da agência reguladora.

Já o procurador de Minas Gerais salientou a importância do registro de medicamentos na Anvisa. Esse registro, segundo ele, não trata de mero capricho burocrático, e a demora se dá porque é preciso comprovar a segurança, a eficácia e a qualidade do fármaco. Disse entender que não se deve fornecer medicamento sem registro, e lembrou que sem essa chancela o gestor poderia até ser responsabilizado criminalmente. Ele revelou, ainda, que o código de ética dos médicos prevê que nenhum profissional pode oferecer medicamento não registrado nos órgãos competentes.

Nesse caso, o ministro Marco Aurélio lembrou que o artigo 12 da Lei 6.360/1976 diz que nenhum medicamento pode ser industrializado, comercializado ou entregue ao consumo sem registro no Ministério da Saúde. Para o relator, juízes e tribunais não podem colocar cidadãos em risco determinando o fornecimento de medicamentos quando não haja consenso científico, revelado mediante registro no órgão competente, conforme exigido no diploma legal.

O relator salientou que, nos dois recursos em julgamento, os casos concretos não estavam mais em análise, uma vez que no primeiro processo o medicamento foi incluído na lista de remédios disponíveis pelo SUS e, no outro caso, o fármaco já foi registrado pela Anvisa. Mas como os processos tiveram repercussão geral reconhecida, o ministro frisou que o interesse coletivo se sobrepunha ao individual no sentido de ver a controvérsia analisada pelo Supremo.

Por fim, o pedido de vista do ministro Luís Roberto Barroso suspendeu o julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários (REs) 566471 e 657718.

Assim, o presente tema encontra-se pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, em última análise, e caso venha a ser acolhida a tese aqui apresentada, estará agindo em claro ativismo judicial criativo (Poder Judiciário criando novos direitos não previsto em lei).

Caso contrário, o Supremo Tribunal Federal estará agindo mediante contenção jurisdicional, impedindo a consolidação de um entendimento que está tomando força nas

instâncias inferiores, e que representa perigo para o equilíbrio do sistema de saúde brasileiro como um todo.

CONCLUSÃO

Este trabalho procurou demonstrar que o positivismo clássico é a ideologia jurídica mais influente e que sempre se buscou no direito brasileiro, no entanto, nos dias atuais, a tarefa de pensar, interpretar e aplicar o direito não pode prescindir da consideração dos princípios, como vem demonstrando a teoria do pós-positivismo. Ainda que não haja unanimidade na sua conceituação, os princípios, dotados de normatividade, condensam valores, representam o alicerce, o ponto de partida, os postulados básicos de qualquer ordenamento jurídico, servindo para dar unidade e harmonia ao sistema e orientar a interpretação jurídica.

Assim, restou evidente que, na atualidade, há uma clara tendência de superação do formalismo jurídico (do positivismo), visto que em grande parte das situações, a solução para os problemas jurídicos não se encontram pré-pronta no ordenamento jurídico. Ela terá que ser construída argumentativamente pelo intérprete, com recursos e elementos externos ao sistema normativo, em especial, no que diz respeito aos direitos sociais (previdência, assistência e saúde), que lida, na maioria das vezes, com pessoas carentes e hipossuficientes, que merecem a máxima efetividade na proteção dos direitos fundamentais, que se completará com a busca da moral, dos fins sociais e da justiça das decisões.

Procurou-se demonstrar que foi partir da Constituição Federal de 1988 que se teve impulso o que veio a ser chamado de neoconstitucionalismo, que surgiu dos seguintes aspectos: *a)* falência do padrão normativo que fora desenvolvido no século XVIII, baseado na supremacia do parlamento; *b)* influência da globalização; *c)* pós-modernidade; *d)* superação do positivismo clássico; *e)* centralidade dos direitos fundamentais; *f)* diferenciação qualitativa entre princípios e regras; *g)* revalorização do direito.

Esclareceu-se que a partir da Constituição Federal de 1988 o Poder Judiciário passou a assumir posição de destaque na estrutura dos poderes estatais, propiciando o ativismo marcado pela maior participação dos juízes na criação do Direito, em oposição ao passivismo judicial (caracterizado pelo juiz “boca da lei” e pela aplicação mecanicista do ordenamento).

A partir de então, o Poder Judiciário elevou o padrão de interação com os Poderes Executivo e Legislativo, passando a não ser mais um simples coadjuvante, mas sim, participante ativo na formulação de políticas públicas e na condução do processo democrático brasileiro.

Como muito se ressaltou neste texto, o ativismo judicial tem sido uma tendência verificada em várias partes do mundo, não somente no universo norte-americano. Em todos

esses países, como ocorre nos Estados Unidos da América, as cortes constitucionais têm cumprido papel relevante e o ativismo tem se manifestado por diferentes dimensões e sofrido influência de múltiplos fatores de natureza política, social, jurídica e cultural. Por tudo isso, essas outras realidades políticas têm muito a oferecer ao estudo do ativismo judicial, tendo, inclusive, influenciado em muito, o ativismo praticado no Brasil. Destacou-se a influência que países como os Estados Unidos, Alemanha, Itália, Espanha e Colômbia, tiveram para o Brasil.

Com a Constituição de 1988, houve a grande virada institucional do Poder Judiciário no Brasil, em especial do Supremo Tribunal Federal. A Constituição outorgou à Corte Suprema um número impressionante de competências e instrumentos decisórios, fortalecendo sobremaneira o sistema de controle concentrado e abstrato e dando início a amplo e contínuo processo de concentração de poderes de decisão em sua jurisdição.

À medida que o novo milênio se aproximava, teve início a *era do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. Não há como precisar o momento exato dessa mudança, pois o processo se deu de forma gradual. Mas o fato é que a Corte abandonou a postura de autorestrição judicial e passivista, passando a atuar de forma ativista, em questões cruciais, fundadas principalmente na defesa de direitos fundamentais sociais, na ideia de democracia inclusiva e suplantando omissões na concretização de políticas públicas, diante da inação dos outros poderes.

Desse modo, foi dito que toda vez que a Constituição exigir a defesa das minorias contra discriminação, a proteção de liberdade de manifestação e de opinião, a proteção do mínimo existencial e a proteção de direitos fundamentais sociais (exemplo a proteção da saúde, previdência e assistência), como verdadeiras condições para o exercício da democracia, exigir-se-á um controle forte do Judiciário, justificando-se o uso do ativismo judicial.

No direito brasileiro, a aproximação dos sistemas do *civil law* e do *common law* se tornou mais evidente após a Emenda Constitucional nº 45, onde se passou a atuar com dois modelos de controle de constitucionalidade (difuso e concentrado), além da previsão constitucional do processo coletivo, que muito se aproxima da *class action* do direito norte-americano, das súmulas vinculantes e do regime de repercussão geral.

Ainda, o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015) trouxe a possibilidade de aplicação dos precedentes, permitindo uma maior celeridade de julgamento,

especialmente das demandas de massa (consumeristas e previdenciárias, por exemplo), sendo possível assim, visualizar uma clara aproximação com o sistema do *common law*.

Assim, resta compreensível porque nos sistemas do *common law* se adota uma conceituação ampla de ativismo judicial, que abarca desde o uso da interpretação teleológica ou a integração das lacunas, em que o Poder Judiciário atua de forma juridicamente irrepreensível, até as situações em que os limites impostos pelo legislador ou pelos precedentes vinculantes são claramente ultrapassados, configurando-se, pois, desvio de função por parte do órgão jurisdicional. Não há, via de regra, um sentido negativo na expressão “ativismo”. Ao contrário, o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao passivismo.

No Brasil, demonstrou-se que a postura ativista vem se manifestando por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público; (iv) a concretização de direitos fundamentais não efetivados pelos demais poderes.

O principal parâmetro fornecido pelo próprio ordenamento jurídico para a identificação do ativismo judicial diz respeito à exigência de que toda e qualquer interpretação constitucional seja compatível com a amplitude de sentidos projetada pelo texto da norma (limite da textualidade). Tal limitação se configura por meio da plena utilização da metodologia exegética, compreendendo os seus elementos, de cuja ponderação, à luz das circunstâncias do caso concreto, resulta a delimitação do espaço de interpretação disponível ao aplicador, percebendo o direito como um sistema.

Consigna-se que embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas sociais, de cunho prestacional, definidas na própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão, mostra-se apta a comprometer a eficácia e integridade de direitos fundamentais sociais impregnados de estatura constitucional.

Apesar da ênfase na diferença entre casos ordinários e excepcionais, a Suprema Corte brasileira vem, nos últimos tempos, implementando ativamente direitos econômicos, sociais (incluindo-se os direitos da saúde, previdência e assistência) e culturais, de forma que o excepcional acaba tornando-se, em alguns momentos, ordinário na atuação do tribunal, em especial, quando se trata de proteção de direitos fundamentais.

Conforme se procurou demonstrar brevemente, a ideologia neoconstitucional, que coloca o Poder Judiciário no centro das mais relevantes atividades políticas e institucionais do país, ao mesmo tempo em que põem em xeque muitas das limitações de competências funcionais dos três poderes, busca uma reconfiguração do princípio da separação dos poderes em favor do Judiciário.

Desse modo, para o fim que se pretendeu este trabalho, e com escopo de auxiliar a delimitação das discussões tanto contrárias quanto favoráveis à atuação do ativismo judicial, formulou-se o conceito multidimensional, ao qual adoto, como o seguinte: *Ativismo judicial é uma atitude expansiva por parte do Poder Judiciário que vai além da sua função típica, com perfil aditivo ao ordenamento jurídico, que se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias, que se caracteriza por criar, modificar, completar ou corrigir normas jurídicas, por sanar omissões dos outros poderes, por determinando a efetivação de políticas públicas ou por impor o cumprimento de comandos constitucionais na busca da concretização de direitos fundamentais.*

Dessa definição multidimensional pode se extrair as seguintes assertivas sobre as práticas decisórias ativistas: (i) é uma atitude expansiva do Poder Judiciário, que vai além das suas competências ordinárias e fora de sua função típica, com perfil aditivo ao ordenamento jurídico; (ii) as decisões judiciais que criam, modificam, corrigem, ampliam ou restringem o sentido da norma jurídica editada por poderes democraticamente eleitos; (iii) as decisões judiciais se caracterizam-se por impôr obrigações aos outros poderes, sem previsão legal expressa, em face de omissões destes ou para controlar o cumprimento de medidas impostas ou para efetivar políticas públicas; (iv) as decisões judiciais caracterizam-se por tentar extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, a fim de preservar os direitos políticos, direitos fundamentais, direitos das minorias, proteção das liberdades de expressão e opinião, direito a informação, proteção do mínimo existencial e na proteção dos direitos sociais de prestação estatal.

Do contexto extraiu-se que a prática decisória ativista que não somente é aceita, como também estimulada pela sociedade, é a prevista no item (iii) e (iv) acima descritas, ou seja, o ativismo judicial com o fim de concretizar direitos fundamentais, efetivar políticas públicas e sanar omissões dos outros poderes.

Por outro lado, a prática decisória ativista prevista no item (i) e (ii), quando desvinculada da concretização dos direitos fundamentais, políticas públicas e das omissões dos outros poderes, via de regra, tem sido objeto de críticas, por parte tanto dos operadores do direito, como da sociedade como um todo.

Assim, o propósito principal deste trabalho foi trazer a conclusão de que o ativismo judicial apresenta-se de forma complexa e com diferentes dimensões, e não apenas com uma forma única de manifestação, o que significa dizer que o ativismo judicial consiste em práticas decisórias multidimensional.

Destacou-se, também, no presente trabalho, que judicialização e ativismo judicial são fenômenos distintos: *judicialização* é o movimento pelo qual o Poder Judiciário decide questões de natureza política que, dentro da divisão de competência normais dos Poderes, estariam afetas originalmente aos Poderes Legislativo e Executivo; por sua vez, o *ativismo* é a própria atuação proativa do Poder Judiciário na interpretação da Constituição para melhor potencializar e efetivar os valores e fins constitucionais, devendo, para isso, ir além do próprio legislador originário.

O estudo que aqui se finaliza utiliza, em diversas oportunidades, lições e posicionamentos do constitucionalista Luís Roberto Barroso, hoje ministro do STF, instituição que constitui objeto direto da pesquisa realizada. E dentre os variados ensinamentos do referido estudioso, trazidos à lume no decorrer do presente estudo, chama a atenção a passagem que assevera a verdadeira convivência entre o ativismo judicial e a *autocontenção judicial*, à luz do grau de prestígio usufruído pelos demais poderes estatais.

Com efeito, para Barroso, quanto mais deficiente for a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, maior será a possibilidade de um Poder Judiciário ativista, que avance sobre questões que, originariamente, deveriam ser objeto de atuação daquelas outras instâncias. De outra banda, em atuando regularmente os poderes constituídos pelo voto popular, se esmaece a possibilidade de intervenção judicial, que ficará resguardada para as hipóteses de equívoco normativo, inconstitucionalidade ou, ainda, de necessária atuação contramajoritária.

Haveria, portanto, um movimento pendular. Em alguns momentos, a depender do contexto, o Judiciário seria ativista. Em outros, se conteria, fazendo valer o que se convencionou chamar de autocontenção judicial, já que não se trata de uma medida (ou postura) heterônoma.

Seguindo a nova interpretação constitucional, o ativismo judicial teria a função de dar maior eficácia às normas constitucionais. Diferentemente do pensamento inicial, crítico, que visualizava a postura ativista como afronta ao Estado Democrático de Direito, o ativismo pautado nos princípios constitucionais e com o objetivo de dar efetividade aos direitos fundamentais não afrontaria o Estado Democrático de Direito.

Assim, a postura ativista por parte do Judiciário nem sempre significa que haja afronta à separação dos poderes, mas que este resolva a lide a ele submetida, pois, pior seria se o Judiciário, ainda que acionado, se mantivesse inerte (em postura passivista), em postura similar ao Legislativo ou Executivo, dependendo do caso em análise.

Portanto, este trabalho pretende deixar claro que a postura ativista do Poder Judiciário não deve ter conotação negativa, em especial, quando é adotada de forma excepcional e em virtude das omissões dos demais Poderes ou da falta de concretização dos direitos fundamentais sociais.

O legislador, o administrador e o juiz possuem uma responsabilidade no que concerne à efetivação dos direitos fundamentais e na concretização de políticas públicas. A essa eficácia dá-se o nome de *vertical*, pois constitui aos três, representando o Estado, a obrigação de tutelar os direitos fundamentais dos cidadãos, com uma ação daqueles em prol destes. Assim é que o juiz, na omissão dos dois primeiros, pode abrigar dentro do contexto da necessidade um direito fundamental que restou violado. Note-se, ao juiz não resta inovar, mas somente prestar o mínimo garantido pelo direito fundamental e esse talvez seja o maior desafio do direito constitucional na atualidade.

No que diz respeito ao ativismo judicial em matéria de seguridade social, viemos aqui para demonstrar que a sua importância se dá não apenas pela natureza tipicamente social de tal instrumento, mas também pela extensão de cidadãos regidos sob o seu manto, que se trata de parcela da sociedade considerada mais frágil (ex: idosos, doentes, menores, portadores de necessidades especiais, carentes, miseráveis, etc.), sendo que o estudo de como esse instituto vem se revelando nesta seara é essencial, seja para demonstrar a real eficácia desse fenômeno seja para demonstrar a própria efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário.

Salientou-se que a seguridade social vem dando azo ao aumento da judicialização de tais direitos ante as sucessivas reformas constitucionais e legais, sendo certo que novamente estamos à beira de nova reforma, através da Emenda Constitucional PEC n. 287 de 2016 (o que a mídia vem chamando de “Reforma da Previdência”), a pretexto de compatibilizar o contexto econômico e social da atualidade, na qual apresenta inúmeras restrições de direitos (fim da aposentadoria por tempo de contribuição, por exemplo) ou adequação desses direitos (igualdade entre regime geral e próprio, aumento da idade para aposentadoria, etc.), reforçando a necessidade de constante vigilância sobre a preservação da estrutura jurídica do nosso modelo de seguro social, criada sobre bem definidos contornos pela Constituição Federal de 1988, mas que tem sofrido modificações casuísticas, muitas vezes orientadas pela necessidade de equilíbrio orçamentário e fiscal do Governo Federal.

Assim, o presente estudo procurou salientar que as normas de seguridade social têm que ser interpretadas a partir da proteção do todo, e não do singular. Os direitos sociais demandam uma interpretação específica que garanta a efetividade da igualdade material. Certamente não é por meio de uma interpretação individual/patrimonialista, própria dos direitos de primeira geração, que os de segunda geração deverão ser interpretados. Eles exigem uma visão coletiva para sua implementação.

No seio das questões de seguridade social, todavia, aventa-se a existência de um outro fator. Quando diante de direitos fundamentais sociais, como os são os direitos previdenciários e assistenciais em geral, não raramente há uma tendência do órgão jurisdicional de conferir à norma a interpretação que empreste maior proveito ao seu beneficiário. Trata-se, inclusive, de uma diretriz interpretativa por muitos defendida como técnica hermenêutica válida e regular.

Tal postura, normalmente evidenciada nas primeiras instâncias de julgamento, por vezes se perpetua por longos períodos, se espraiando no âmbito do vasto organograma do Judiciário brasileiro, até que chegue a uma solução definitiva, no âmbito dos órgãos recursais competentes para a natural e esperada uniformização da jurisprudência.

Daí a relevância da postura adotada pela Suprema Corte, órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, em questões afetas à matéria de seguridade social. Afinal, além de ter a autoridade para adotar decisões vinculantes no âmbito do controle de constitucionalidade concentrado, a corte constitucional é inevitável fonte de norteamento para a atuação dos juízos e tribunais de todo país, por intermédio da jurisprudência que ali se realiza, colocando limites às atuações ativistas das instâncias inferiores.

Como dito, a escolha dos precedentes (casos práticos) aqui analisados não observou nenhum critério temporal ou mesmo de natureza das demandas. A escolha se deu pela eleição de temas de grande repercussão no contencioso cotidiano do Judiciário, com ênfase no direito previdenciário, ou seja, de questões que costumam ou costumavam ensejar uma judicialização em massa em face do INSS.

E dos casos eleitos, vê-se claramente que o Supremo Tribunal Federal optou por uma postura mais contida (contenção judicial) em algumas situações relevantes, sob o manto da regra da contrapartida (prévia fonte de custeio), a saber: quando declarou regular a regra que instituiu o fator previdenciário; quando afatou a tese da desaposentação no ordenamento jurídico atual, ao declarar que a matéria necessita ser regulamentada previamente pelo poder legislativo; quando ressaltou a importância do princípio do *tempus regit actum* para o cálculo do benefício de pensão por morte, deixando de permitir a retroatividade da novel legislação; ou quando declarou a impossibilidade de extensão da pensão por morte aos filhos universitários maiores de 21 anos.

Ressalte-se, também, que o Superior Tribunal de Justiça, em razão de realinhamento jurisprudencial, passou a entender que é devida a devolução das verbas previdenciárias recebidas por decisão judicial revogada, também optando por uma postura mais contida (contenção judicial), afastando-se posição ativista, visto que passou a aplicar estritamente o art. 115, II, da Lei 8.213/91, cumprindo o comando normativo previsto em processo legislativo regular, porém, deixando de lado o princípio da irrepetibilidade dos benefícios recebidos de boa-fé e do caráter alimentar dos benefícios previdenciários.

De outra banda, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal atuou de forma marcadamente ativista em outros casos: quando chancelou o posicionamento das instâncias inferiores acerca do reconhecimento, para fins previdenciários, do trabalho rurícola entre os 12 e os 14 anos (a despeito da literalidade normativa em sentido contrário); quando equiparou à união estável, constitucionalmente prevista, as uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo, quando possibilitou a concessão do benefício assistencial a estrangeiros residentes no Brasil, bem como, quando suspendeu a eficácia da Lei 13.269/16 que permitia o uso da fosfoetanolamina no tratamento do câncer (neoplasia maligna), sem qualquer comprovação científica quanto a sua eficácia e sem aprovação pela ANVISA.

Ainda, visualizou-se um caso emblemático, no qual o Supremo Tribunal Federal logrou atuar, e de início, com inegável autocontenção, para quinze anos depois mudar radicalmente seu entendimento, à luz de uma nova realidade sócio-econômica e de uma nova composição da própria corte, que é o caso do critério de renda *per capita* para a concessão de benefício assistencial.

Por fim, importante lembrar que há casos importantes que estão pendentes de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, alguns em regime de Repercussão Geral, como a extensão do adicional de 25%, previsto no artigo 45 da Lei 8.213/91 a outras aposentadoria além da aposentadoria por invalidez; o desdobramento da pensão por morte entre a esposa e a concubina de longa duração; a prorrogação do pagamento do salário maternidade para além de 120 dias, quando se tratar de parto prematuro, a inclusão do menor sob guarda como beneficiário da pensão por morte, e ainda, a possibilidade de fornecimento de medicamento de alto custo não disponíveis na lista do SUS ou não registrados na ANVISA.

Esses casos citados parecem demonstrar claramente a conclusão que pode ser alcançada a partir do estudo aqui realizado. A corte constitucional brasileira, em suas últimas composições, não tem receio de atuar de forma ativista quando é instada a fazê-lo. Tanto que o fez em algumas oportunidades, e chegou mesmo a mudar um posicionamento já consolidado, em matéria que envolvia diretamente o INSS, reconhecendo a superveniência de um processo de inconstitucionalização de norma jurídica tida por hígida em momento anterior, em especial, quando se trata de defesa de direito fundamental social e omissão do Poder Legislativo na concretização de políticas públicas, de cunho prestacional.

De outro lado, e aqui o raciocínio volta a recair mais especificamente sobre o direito previdenciário, o Supremo Tribunal Federal também se mostrou muito atento ao princípio constitucional do equilíbrio econômico-financeiro do sistema da seguridade social, aliado à necessária pré-existência da fonte de custeio dos benefícios pagos pelo ente estatal, ao princípio da seletividade e ao da legalidade, que muitas vezes deixam de ser aplicados pelo Poder Judiciário de primeiro grau.

A postura do Supremo Tribunal Federal no âmbito das questões previdenciárias, tem se revestido de maior cautela estrutural, mostrando-se ciente e atenta aos efeitos que uma decisão de sua titularidade pode trazer para o funcionamento do sistema de seguridade social brasileiro, e ao equilíbrio econômico financeiro de todo o país, em prol da coletividade.

Isso ficou bastante nítido no julgamento da constitucionalidade do “fator previdenciário” e, em grande monta, também se fez presente na análise do tema “desaposentação”, visto que o hipotético acolhimento das referidas teses, claramente trariam um impacto orçamentário e atuarial de grande monta para o Governo Federal, causando desequilíbrio nas contas públicas de todo país.

Logo, é possível asseverar que a postura ativista do Supremo Tribunal Federal alcança inevitavelmente a matéria previdenciária, pelas mesmas razões que se espraiam na ordem jurídica como um todo, em tempos de neoconstitucionalismo, em especial, como dito, na proteção dos direitos fundamentais sociais e as omissões quanto a concretização de políticas públicas.

Registre-se, por fim, que, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, têm desempenhado um papel importante na realização de direitos fundamentais, especialmente, dos direitos sociais, que acabaram nos últimos tempos abandonados pelo Parlamento e pela Administração Pública (frente à crise política e econômica vivenciada). Esse é o papel do Judiciário que tem crescido cada vez mais em países de modernidade tardia, que ainda não alcançaram na plenitude a realização de um Estado social mínimo, evitando, assim, que comandos constitucionais se tornem promessas inconsistentes e vazias.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso “*o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes*”¹⁵⁴.

O propósito central deste trabalho foi descrever o ativismo judicial, demonstrando claramente que ele existe, tem volume, atua em áreas políticas e sociais de mais alta relevância, possui múltiplas faces e é uma realidade inegável.

Em suma, o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais sociais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face

¹⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Cadernos [Syn]thesis. Rio de Janeiro: 2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>.

dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema.

Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça, mas sempre, na defesa dos direitos fundamentais e da democracia.

Se o ativismo judicial vai retroceder ou avançar, é um exercício de futurologia que não cabe a este trabalho adentrar, mas a conclusão é que a política brasileira vem alimentando o ativismo e o ativismo vem se aproveitando desse arranjo institucional dos poderes democráticos para avançar na história.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Edição. São Paulo. Malheiros Editora, 2012.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMADO, Frederico. *Curso de Direito e Processo Previdenciário*. 5ª Edição, Editora JusPodium, Bahia, 2014.

ANDRÉS IBANEZ, Perfecto. *Veinticinco años de administración de justicia y Constitución*. In: CAPELLA, Juan-Ramón. *Las sombras del sistema constitucional español*. Madrid: Trotta, 2003.

ANDRESSA Junior, Gilberto. *Ativismo Judicial & teoria dos precedentes: integração dos poderes e coerência nas decisões do judiciário*. Editora Juruá, Curitiba, 2015.

ASSIS, Armando de Oliveira. *Compêndio de Seguro Social*. Rio de Janeiro. Fundação Getúlio Vargas, 1963.

_____. *A involução da prestação social*. Revista dos Industriários, Rio de Janeiro: Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários (IAPI), n. 70, p. 3-6, jul-ago. 1959.

ATIENZA. Manuel. *El derecho como argumentacion. Concepciones de la argumentacion*. Barcelona: Ariel, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª Edição. São Paulo. Editora: Malheiros, 2011.

_____. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>.

BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 7ª Edição, São Paulo, Ed. LTr, 2014.

_____. *A seguridade social na Constituição de 1988*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989.

_____. Introdução à seguridade social. In: *Introdução ao Direito Previdenciário*, São Paulo: LTr, 1998.

_____. Thiago D Avila Fernandes. *Fundamentos da Seguridade Social*. São Paulo, Ed. LTr, 2015.

_____. Cristiane Miziara Mussi. *Direito Previdenciário*. Série Concursos Públicos, 10ª Edição, São Paulo. Ed. Método, 2014.

_____ e PULINO, Daniel. *Da irreduzibilidade do valor dos benefícios*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, v. 5, nº 19, São Paulo: RT, abril/junho/1997.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª edição. Rio de Janeiro. Editora: Renovar, 2008.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 6ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2006.

_____. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*, 5ª edição, Editora Saraiva, 2015.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, [2005]. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. (acessado em 02/08/2017)

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Cadernos [Syn]thesys. Rio de Janeiro: 2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388> e <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235-66670174218181901.pdf>. (acessado em 02/08/2017)

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Editora: Ícone, 2006.

BONAVIDES. Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 33 edição. Ed. Malheiros, São Paulo, 2014.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Constituição e Estado Social, os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CALVO GARCIA, Manuel. *Los fundamentos del método jurídico: una revision crítica*, Madrid: Tecnos, 1994.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Ed., Coimbra: Almedina, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988.

_____. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, Editora: Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992.

_____. *Juízes Legisladores?*. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre. Editora: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico* – 4ª Edição, Editora Noeses, São Paulo, 2014.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; **LAZZARI**, João Batista. Manual de direito previdenciário. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2005.

CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. *Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court*. Washington Univ. Global Studies Law Review. Vol. 3, 2004.

CERRI, Augusto. *Corso di Giustizia Costituzionale*. 4.ed. Milano: Giuffré, 2004.

CLEVE, Clemerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte, Editora: Fórum, 2012.

CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos Fundamentais Sociais – Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial. O Papel do Poder Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CROCETTI, Priscila Soares; **DRUMMOND**, Paulo Henrique Dias. *Formação Histórica, Aspectos do Desenvolvimento e Perspectivas de Convergência das Tradições de Common Law e de Civil Law*. In: **MARINONI**, Luiz Guilherme (Coord.). *A Força dos Precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Salvador: Juspodium, 2010.

CRUZ, Luis M. *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*. México: Porrúa, 2006.

DALEY, John. *Defining Judicial Restraint*. In: **CAMPELL**, Tom; **GOLDSWORTHY**, Jeffrey (Ed) *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*. Aldershot: Ashgate, 2000.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. Coletânea Justiça e Direito, 5ª Edição. São Paulo: Editora: Martins Fontes, 2014.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Volume 01, Editora Juspodivm, 2009.

DIMOULIS, Dimitri. *O positivismo diante da principiologia., in Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico político*. São Paulo, Editora: Método, 2006.

_____. **MARTINS**, Leonardo. *Teoria geral dos Direitos Fundamentais*. 3ª Edição. São Paulo, Editora: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ. Maria Helena. *Compêndio de introdução ao estudo do direito*. 8ª edição. São Paulo. Saraiva, 1995.

DOMINGUES, Maria de Fátima. *Ativismo Judicial e Direitos Fundamentais*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a62567b46de3c8ef>. (acessado em 02/08/2017)

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo, 2ª ed., 2ª tir. São Paulo: Editora: Martins Fontes, 2010.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo. Editora: Martins Fontes, 2001.

FACHIN, Tiago. *Ativismo Judicial Processual*. 1ª Edição. Florianópolis, Editora: Empório do Direito, 2016.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Ativismos Judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira*. Confluências, vol. 12, n. 2, Niterói: PPGSD-UFF, outubro 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo – um debate com Luigi Ferrajoli*. Alexandre Morais da Rosa...(organizadores) Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.

FISS, O. *Um novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade*. Coordenação da tradução de Carlos Alberto de Salles. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004.

FRANCISCO, José Carlos (coordenador e coautor). *Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional. Do passivismo ao ativismo judicial*. Editora Delrey, Belo Horizonte, 2012.

GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. *O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12921>>. (acessado em 02/08/2017)

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 8ª Edição, Malheiros Editora, São Paulo, 2017.

GROSSI, Paolo. *Società, Diritto, Stato. Um recupero per il diritto*. Milano: Giuffrè, 2006.

GUASTINI, Riccardo. *La constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

HABERMAS, Jurgen. *Morale, diritto e politica*. Torino: Einaudi, 1992.

HART, H.L.A. *O conceito de direito*. Trad. de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, traduzida por Gilmar Ferreira Mendes, Editora Fabris, Porto Alegre, 1991.

HIRSCHL, Ran. *The judicialization of politics*. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. The Oxford handbook of Law and Politics. Oxford: Oxford University Press, 2008.

HORVATH Júnior, Miguel. *Direito Previdenciário*, 10ª Edição, São Paulo. Quartier Latin, 2014.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, tradução João Baptista Machado – 8ª edição, Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009.

KRAMER, Larry D. *Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint*. *Califórnia Law Review*, vol. 100 (3), 2012.

KRELL, Andréas J.. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – Os (Des)Caminhos de um Direito Constitucional Comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LEAL, Pedro Henrique Peixoto. *STF e casos de ativismo judicial em matéria previdenciária*. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3938, 13 abr. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27305>>. (acessado em 02/08/2017)

LENZA, Pedro (Coordenação). Marisa Ferreira dos Santos. *Direito Previdenciário Esquemático*. 3ª Edição, São Paulo. Editora Saraiva, 2013.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito privado*. São Paulo: Editora: RT, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. V.1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUNARDI, Soraya (Coordenadora). *Direitos Fundamentais Sociais*. Coleção Fórum de Direitos Fundamentais. Coordenador André Ramos Tavares. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2012.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito?* São Paulo, Editora Brasiliense. Coleção Primeiros Passos, 1982.

MALISKA, Marcos Augusto. *A criação jurisprudencial do Direito e a questão da legitimidade democrática. O juiz entre a legalidade e a constitucionalidade*. In: MALISKA, Marcos Augusto; COMPLAK, Krystian (Coord.). *Entre Brasil e Polônia*. Rio de Janeiro. Editora: Lumen Juris, 2012.

MARSHALL, William P. *Conservation and the Seven Signs of Judicial Activism*. *University of Colorado Law Review*, Chapel Hill, n. 73, p. 101-140, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil*. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano 57, n. 380, junho 2009.

_____. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. 6ª Edição, Editora LTr, São Paulo, 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 20ª Edição, São Paulo, Editora Atlas, 2004.

NOJIRI, Sérgio. *A Interpretação Judicial do Direito*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.

_____. *Neoconstitucionalismo versus Democracia: um olhar positivista*. Ed. Juruá, Curitiba, 2012.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. *Ativismo Judicial e controle de constitucionalidade: impactos e efeitos na evolução da democracia*. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

PASTOR, José Manuel Almansa. *Derecho de la seguridad social*. Madrid: Tecnos, 1977.

PERSIANI, Mattia. *Lezioni di diritto dela previdenza sciale*. Padova: Cedam, 1981.

POGREBINSCHI, Thamy. *Ativismo Judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro, n. 17, 2000.

PONTES DE MIRANDA. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2ª Ed., Campinas, Bookseller, 2005.

POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo giuridico*, Torino: G. Giappichelli, 2001.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2015.

RADBRUCH, Gustav, *Filosofia do Direito*, Coimbra: Antonio Amado, Tradução de L. Cabral de Moncada, 1979.

RE, Edward D. *Stare Decisis*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 31, n. 122, abr./jun. 1994.

REALE, Miguel. *Direito Natural/Direito Positivo*, Editora: Saraiva, São Paulo, 1984.

ROTHENBURG, Walter C., *A existência de uma concepção jurídica baseada em princípios*. In: Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional. Do passivismo ao ativismo judicial., Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2012.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Previdência Social*, 2ª Edição. Rio de Janeiro. Forense, 1983.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coords.). Neoconstitucionalismo, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SAVARIS, José Antônio. *O Judiciário e a Política de Retração Sistemática da Previdência Social no Brasil*. In: FAGNANI, Eduardo; HENRIQUE, Wilnês; LÚCIO, Clemente Ganz, *Previdência Social: Como incluir os excluídos? Uma agenda voltada para o desenvolvimento econômico com distribuição de renda*. Campinas: UNICAMP – Instituto de Economia: Campinas: CESIT; São Paulo: LTr, 2008.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *La Vocazione del nostro Secolo per la Legislazione e la Giurisprudenza*. Bologna: Forni, 1968.

SCHLESINGER, JR, Arthur M., *The Supreme Court: 1947*, FORTUNE, Jan. 1947.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio, *DESAPOSENTAÇÃO, Novas Perspectivas Teóricas e Práticas*, 3ª Edição, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, n. 1, jan./jun. 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; **SERMENTO**, Daniel. *Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho*, Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STERN, Klaus. *Jurisdicción Constitucional y Legislador*. Tradução de Alberto Oehling de los Reyes. Madrid: Dykinson, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência*. 5ª Edição, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2015.

_____. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. 2ª Edição, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2016.

_____. *Ontem os códigos; hoje, as constituições: o papel da hermenêutica na superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo*, MORAES, Filomeno; ROCHA, Fernando Luiz Ximenes (Coords). *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Belo Horizonte. Editora: Del Rey, 2005.

TARELLO, Giovanni. *La crisi del diritti comune nel settecento europeo: un problema storiografico. Cultura giuridica e politica del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1988.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial. Limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre. Editora: Livraria do Advogado, 2013.

TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário Brasileiro*. 1ª Edição. São Paulo. Editora: Saraiva. 2012.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*, 4ª edição, Rio de Janeiro, Luen Juris, 2002.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. *Ativismo Juicial e políticas públicas: direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed. 2011.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *Cotrole judicial de políticas públicas*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, n. 3, 2003. Anais do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional

VALLE, Vanice Regina Lírio do, *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. São Paulo. Editora: Juruá, Curitiba, 2009.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de direito previdenciário*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VIANNA, Luiz Werneck; **CARVALHO**, Maria Alice Rezende de; **MELO**, Manuel Palacius Cunha; **BURGOS**, Marcelo Baumann. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Revan, 1999.

_____. *Poder Judiciário: posituação do direito natural e política*. Estudos Históricos, Rio de Janeiro, Vol. 09, n. 18, 1996.

_____. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 1997.

VILANOVA, Lourival. *A Teoria do Direito em Pontes de Miranda*. In: Escritos jurídicos e filosóficos. São Paulo: Axis Mundi: Ibet, 2003, p. 405.

WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review. From constitutional interpretation to judge-made law*. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

_____. *From Constitutional Interpretation to Judicial Activism: the transformation of Judicial Review in America*. First Principles Series, n. 02, The Heritage Foundation, Washington D.C., março de 2006.

YEPES, Rodrigo Uprimny. *A Judicialização da Política na Colômbia: Casos, Potencialidades e Riscos*. SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos, Vol. 6, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La Giustizia Costituzionale*. 2ª ed. Bologna: Il Mulino, 1988.

_____. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2005.