

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

LORENA DE MELO FREITAS

MARIA ODERLÂNIA TORQUATO LEITE

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias do direito e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/ UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Lorena de Melo Freitas, Maria Oderlânia Torquato Leite – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-206-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teorias do Direito. 3. Realismo Jurídico.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

O XXV ENCONTRO DE BRASÍLIA reuniu pela quarta vez o Grupo de Trabalho (GT) "Teorias do Direito e Realismo Jurídico", proposto inicialmente no CONPEDI UFPB. O núcleo da discussão no GT toca em vários temas como se pode perceber pela exposição dos artigos que compõem este livro.

Basicamente o leitor encontrará aqui os seguintes âmbitos de desenvolvimento do debate, inicialmente os artigos de cunho mais puramente teórico, e nestes também incluídos aqueles que concentram a análise a partir de um marco teórico, no caso são destaques Hart, Dworkin, Gadamer e Alexy. Ainda no plano da teoria do direito temos alguns artigos com foco no debate entre linguagem e direito, estes porém já transitam do âmbito mais abstrato para o concreto e preparam o terreno para o diálogo de viés constitucional, aí destacando-se o protagonismo do Judiciário, o ativismo judicial etc como temas afins.

Assim, o debate sobre o realismo jurídico, expressando na sua versão norte-americana o foco no protagonismo do poder judiciário e na sua versão escandinava o cerne linguístico para percepção do jurídico, ambas vertentes encontram guarida nos dezenove capítulos que compõem este livro resultado do GT ocorrido no XXV Encontro Nacional do CONPEDI entre os dias 6 e 9 de julho de 2016, na Capital Federal, numa parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, com a Universidade Católica de Brasília – UCB, com o Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP.

Em apertada síntese, compõe o primeiro momento do livro os artigos com as seguintes abordagens teóricas do direito: "TEORIA DA NORMA: UMA FORMA ESTRUTURADA DE ANÁLISE DO DIREITO", que propõe a conciliação de dois postulados para o modelo teórico de norma jurídica que permite uma compreensão ampla e estruturada do Direito. De um lado, a semiologia permite compreender o processo de interpretação e a formação de sentido para o jurista, e, de outro, a ideia de norma como mandamento condicional hipotético possibilita sua análise estrutural; "A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO E A CONSTRUÇÃO DO PÓS-POSITIVISMO" no presente trabalho o objetivo é explorar as mudanças ocorridas no direito contemporâneo, sobretudo, no pós-guerra, destacando o papel ocupado pela teoria crítica da sociedade, nos moldes da Escola de Frankfurt, quanto à leitura da estrutura jurídica no contexto das sociedades plurais e complexas que marcam os tempos hodiernos; "AS

BASES E OS DESAFIOS DA CIÊNCIA DO DIREITO : UMA ANÁLISE DA NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS" cuja análise proposta visa compreender a maneira pela qual os princípios adquiriram tal característica e, especialmente, o papel cumprido por eles quanto à sua eficácia jurídica; "A DISTINÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS POSITIVOS E NEGATIVOS, E O CONFLITO ENTRE O SIGNIFICADO CLÁSSICO E O SIGNIFICADO CONTEMPORÂNEO DE SEUS CONTEÚDOS" neste o estudo resulta do intento de estabelecer um conceito que harmonize fundamentos jurídicos reconhecidamente opostos, demonstrando a separação essencial do conteúdo jurídico dos direitos positivos e negativos.

Ainda num âmbito teórico mas focado no aspecto linguístico-argumentativo, três artigos vêm em sequência: "FONTES DO DIREITO NO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO E NA TEORIA COMUNICACIONAL DO DIREITO: DADO OU CONSTRUÍDO?" analisando a teoria das fontes do direito a partir da dogmática tradicionalista, da escola do Constructivismo Lógico- semântico e da Teoria Comunicacional do Direito, respondendo, para cada um desses paradigmas, se o direito é "dado" ou "construído"; "SIGNIFICADO, PROCESSO E LINGUAGEM" defendendo a tese que não há compreensão fora de seu contexto, e o contexto significa na medida em que uma comunidade determina e atua quando com ele defrontada. Dessas considerações busca-se analisar como a filosofia do direito reagiu a essas mudanças, e as saídas propostas na filosofia do direito contemporânea; e "O PAPEL DO ARGUMENTO SILOGÍSTICO NA JUSTIFICATIVA DA DECISÃO" que busca demonstrar o papel central e contemporâneo do silogismo na argumentação jurídica como importante instrumento para justificar uma decisão judicial.

Passando para o foco autoral e assim sendo o critério de agrupar temas, seguem os artigos: "DISCRICIONARIEDADE E DECISÃO JUDICIAL: ENTRE HART E DWORKIN" cujo trabalho se destina a analisar a teoria de Hart e de Dworkin no que diz respeito, principalmente, aos seguintes quesitos: regras, regras de reconhecimento, princípios e discricionariedade judicial; Ainda explorando a discricionariedade o artigo "CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA X NEOCONSTITUCIONALISMO: LIMITE À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL" objetiva traçar as semelhanças e distinções entre o garantismo e o (neo)constitucionalismo, aqui avaliado como um constitucionalismo principialista; e concentrado no debate entre aqueles autores, "O DEBATE JURÍDICO ENTRE DWORKIN E HART: UMA ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E A MORAL EM “LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO” E “O CONCEITO DO DIREITO” tem como objeto de estudo a exposição do debate travado entre Ronald Dworkin, e de H. L. A Hart em especial, as três teses sobre o que seria o Positivismo Jurídico e contrastá-las com as ideais de Hart; Já cotejando Dworkin com Gadamer, o artigo intitulado "OS PRINCÍPIOS

NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: DIRETRIZES DE REGULAÇÃO A PARTIR DOS TRABALHOS DE RONALD DWORKIN E HANS-GEORG GADAMER" traz a questão da hermenêutica constitucional, na qual se possa ancorar a legitimidade jurídico-normativa dos Princípios e nesse caminho teórico, apresentam-se diretrizes para a delimitação de um núcleo objetivo de legitimação do Poder Jurisdicional, com base na "resposta correta" em Dworkin e na "correção da interpretação", proposta por Hans-Georg Gadamer; Passando para o referencial em Alexy, temos os artigos: "A TESE DO CASO ESPECIAL NA FORMA DA TEORIA DO DISCURSO: UM ESTUDO EM ROBERT ALEXY" cuja tese do caso especial desenvolvida na forma da teoria do discurso pode ser considerada o elemento de destaque da teoria do direito de Robert Alexy, uma vez em que nela já se encontram as bases de todo seu pensamento, inclusive a teoria dos princípios e o conceito de direito; e "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.856/RJ – UM ENSAIO CRÍTICO A PARTIR DO PENSAMENTO DE ROBERT ALEXY" ao abordar a "lei do sopesamento" de Robert Alexy que se propõe a determinar qual "deve ser" o princípio a ser utilizado em caso de colisão entre princípios e tenta demonstrá-lo na decisão dada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2011 na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ, quando a Suprema Corte decidiu sobre o angustiante problema das "rinhas ou brigas de galo"; sobre a proporcionalidade, o artigo "MODELO CONSTITUCIONAL E A RACIONALIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS A PARTIR DA TÉCNICA DA PROPORCIONALIDADE" estuda a ponderação dos princípios através da técnica da proporcionalidade, que visa atribuir racionalidade as decisões, mas não elimina o subjetivismo, pois não há uma aplicação objetiva com valores pré-definidos, ainda que propicie obrigatoriedade de uma forte argumentação jurídica na fundamentação da decisão.

Com cerne constitucional, o bloco final de artigos encerram o livro, são eles: "O NEOCONSTITUCIONALISMO E O MODERNO MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS ATRAVÉS DA CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO, UMA OBRIGAÇÃO POSITIVA DOS JUÍZES DIANTE DAS LACUNAS LEGISLATIVAS" no qual se observa que um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito é a separação dos Poderes, mas atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, pois uma corrente neoconstitucionalista ou pós-positivista vem impondo uma nova visão sobre as formas de relacionamento entre os Poderes; "CIRCUNSTÂNCIAS FAVORECEDORAS DO PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NO DEBATE E SOLUÇÃO DE QUESTÕES POLÍTICO-SOCIAIS" com um análise pontual sobre as circunstâncias que favorecem o importante papel atualmente desenvolvido pelo Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais, na proteção dos interesses das minorias e no debate político; "NORMAS DECLARATÓRIAS DE PRINCÍPIOS PROGRAMÁTICOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA" o

presente propõe uma análise dos impactos da classificação das normas constitucionais declaratórias de princípios programáticos, na visão da teoria tripartite do ilustre jurista José Afonso da Silva, no atual panorama de constitucionalização simbólica; "O CONSTITUCIONALISMO PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL E O CRESCENTE ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO PARA A EFETIVAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES SUBSTANCIALISTAS" tratando da evolução do constitucionalismo até o neoconstitucionalismo, com foco nas Constituições Brasileiras de 1946 e 1988 e a atuação do Supremo Tribunal Federal para a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, tem por objetivo principal compreender por que a Corte Constitucional pátria vem dominando o cenário político não obstante a atipicidade desse movimento; e continuando o debate sobre o protagonismo judicial "ATIVISMO JUDICIAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UMA REALIDADE BRASILEIRA SOB O VIÉS CONSTITUCIONAL" parte da investigação da expressão "ativismo judicial" para analisar a interpretação judicial do tipo construtiva ou autorrestritiva tendo como objeto de estudo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre desaposentação.

Eis, pois, uma breve apresentação dos artigos com o fito de estimular o leitor a diretamente ir para os artigos. Boa leitura!

Profa. Dra. Lorena Freitas

Adjunta IV UFPB/PPGCJ - líder do Grupo de Pesquisa/CNPq "Realismo Jurídico"

Profa. Dra. Maria Oderlânia Torquato Leite

Adjunta I - URCA

**ATIVISMO JUDICIAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UMA
REALIDADE BRASILEIRA SOB O VIÉS CONSTITUCIONAL**
**JUDICIAL ACTIVISM IN THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE: A BRAZILIAN
REALITY UNDER THE CONSTITUTIONAL BIAS**

Viviane Freitas Perdigao Lima ¹

Resumo

O estudo partindo da investigação da “emergência” da expressão “ativismo judicial” analisa interpretação judicial construtiva ou autorrestritiva. Como exemplo, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre desaposentação, pois é dada pela interferência daquele Tribunal. O referencial teórico pauta-se em ativismo judicial substituto de políticas públicas do Poder Legislativo ou Executivo pelo Judiciário (BAUM, 1987) no conjunto de valores éticos que compõe a melhor prática jurídica possível na comunidade (DWORKIN, 2011). Metodologicamente foca-se na análise do ativismo judicial e REsp nº. 1334488/SC. Verifica-se um ativismo judicial sob os aportes teóricos do Constitucionalismo Contemporâneo na tese confirmada pelo STJ sobre a desaposentação.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Superior tribunal de justiça, Desaposentação

Abstract/Resumen/Résumé

The study based on the research of "emergency" the expression "judicial activism" constructive analyzes judicial interpretation or restricted. An example, the law of the Superior Court of Justice on desaposentação as it is given by the interference of that Court. The reference in judicial activism substitute for public policy of the Legislature or Judiciary Executive (BAUM, 1987) on the set ethical values that compose the best possible legal practice in the community (Dworkin, 2011). Methodologically the analysis of judicial activism and REsp nº. 1334488 /SC. There is a judicial activism the contributions of Constitutionalism Contemporary desaposentação on the STJ.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial activism, Superior court of justice, Desaposentação

¹ Advogada. Mestre em Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil tem atravessado um momento de crescimento do Judiciário. As resoluções de inúmeros conflitos sociais e econômicos, que antes cabiam estritamente à esfera política estão sendo entregues aos juízes. Tendo em vista a inação do Poder Público em garantir a efetividade de inúmeros direitos é que ganha destaque a garantia de direitos não previstos legalmente por meio do Poder Judiciário.

Embora a profissão ou carreira dos juízes possa ter um ar de isolamento da sociedade da vida social, a sua função constrange, dia após dia, a se inclinar sobre essa realidade, pois são chamados a decidir casos envolvendo pessoas reais, problemas atuais da vida, enfim, fatos concretos.

O chamado “mito do distanciamento”, ou seja, o juiz sob a ótica de uma ostra, voltada para si mesmo, parcamente submetendo-se às questões que atormentam o cidadão comum já não é visto mais.

Com a evolução da complexidade e tecnicidade social se mostrou a necessidade de reavaliar os métodos e aplicação do direito ao caso concreto demonstrado em litígio. Assim, a função jurisdicional, por muito tempo esteve atrelada tão somente a ideia de simples reprodução do contido na lei a partir das doutrinas hermenêuticas do pensamento normativo ou sistemático.

A magistratura tem compreendido que a Constituição Federal de 1988 a tornou uma das principais administradoras da crise social brasileira e a colocou, rotineiramente, diante da população carente de direitos e proteção social.

Presentemente, raramente se encontrara um tema ou um embate sobre o qual não se solicite a palavra ou não se pronuncie um magistrado. Juízes, desembargadores e ministros de Tribunais são protagonistas centrais que ocupam espaço na arena pública, marcado posições e desempenhando papéis que extrapolam a clássica imagem de descrição ou de extrema impessoalidade.

O presente estudo tem por objetivo analisar o ativismo judicial no Brasil. Como hipótese de ativismo judicial se traz a baila a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no que tange a desaposentação. Isto porque o instituto não tem previsão legal expressa, obrigando os segurados que pretendem a sua aplicação a propor ações judiciais.

Em tal construção ativista pede que o Poder Judiciário, por meio de uma ação judicial, obrigue o Poder Público a efetivar o direito social de um aposentado que volta a laborar e continua vertendo

contribuições ao sistema, poder renunciar a primeira aposentadoria e unificar com as novas contribuições obtendo um benefício maior.

O trabalho inova ao demonstrar que embora a doutrina brasileira tenha concebido as transformações ocorridas com o advento da Constituição Cidadã através da demonstração de uma ampliação do papel político institucional do Supremo Tribunal Federal, o ativismo judicial não se restringe a este Tribunal. O fenômeno também é notado no Superior Tribunal de Justiça.

O estudo demonstrará a decisão do Superior Tribunal de Justiça no recurso repetitivo de controvérsia no REsp nº. 1334488/SC, o qual será entendido segundo os ditames constitucionais. Assim, o problema enfrentado no estudo é que a decisão do órgão de cúpula federal está em acordo com o ativismo judicial sendo uma postura útil a realizar mudanças significativas em políticas públicas não estabelecidas por outras instituições.

O referencial teórico pauta-se em um ativismo judicial em substituição de políticas públicas do Poder legislativo ou Executivo pelo Judiciário (BAUM, 1987) a ser buscado com pertinência no conjunto de valores éticos que compõe a melhor prática jurídica possível na comunidade (DWORKIN, 2011).

Adota-se a linha metodológica weberiana, afastando-se das categorias sociológicas macroestruturais e utilizando-se o recurso do tipo ideal, para o compromisso explícito com a análise empírica do real. É de relevância ímpar que a realidade não possui um sentido intrínseco ou único, visto que são os indivíduos que lhe conferem significados. Será analisada a emergência da expressão ativismo judicial e a jurisprudência que pacificou a desaposentação no Superior Tribunal de Justiça.

O texto está dividido em duas seções: a primeira traz reflexões sobre a construção, os debates em torno do ativismo judicial e os fatores de impulsão no Brasil. Na segunda, focará na desaposentação como hipótese de ativismo judicial no Superior Tribunal de Justiça. Por fim, verifica-se que a tese confirmada pelo STJ é uma atuação proativa da Corte sob os aportes teóricos do Constitucionalismo Contemporâneo.

2 EMERGÊNCIA DA EXPRESSÃO ATIVISMO JUDICIAL

Na esteira de Keenan D. Kmiec (2004), autor que comentou artigo do criador da expressão “ativismo Judicial” (*judicial activism*), de início, afirma que há uma imprecisão terminológica não deixando claro quanto a ser algo positivo ou negativo. De antemão se nota que

não há consenso sobre o que seja ativismo judicial¹. Sabe-se que ativismo judicial é uma expressão que foi usada pela primeira vez nos Estados Unidos com extensão lexical não apenas no contexto jurídico, mas também popular e político.

Segundo Keenam D. Kmiec (2004) a expressão foi usada pela primeira vez pelo historiador Arthur Schlesinger Jr., no ano de 1947, em matéria sua publicada na revista estadunidense *Fortune*. Trata-se de uma revista não jurídica (leiga), de atualidades norte-americanas, ressaltada por Paulo Gustavo Gonet Branco (2011, p. 369) “[...] entre propaganda de Whisky e Aqua Velva”.

O próprio criador da expressão *judicial activism*, o já mencionado historiador Arthur Schlesinger Jr., no seu texto famoso, divulgou o enunciado ativismo separando os juízes da Corte Americana em dois grupos. Uns comprometidos com a promoção do bem-estar social (Hugo Black, William O. Douglas, Frank Murphy e Wiley Rutledge), outros (Felix Frankfurter, Harold Burton e Robert H. Jackson) defendiam que objetivos sociais deveriam ser alcançados por outros Poderes são os chamados campeões de “autocontenção” (*self-restraint*). Problema lançado, pois se criou imprecisão tanto terminológica do termo quanto a ser positivo ou negativo. Não menos conflitos interiores que o ativismo judicial acaba criando. (KMIEC, 2004).

Outro aspecto importante do ativismo judicial notado por Schlesinger foi que o raciocínio jurídico era dotado de rasa cientificidade. Os juízes campeões de promoção de bem estar social (*judicial activists*) anotavam como indissociáveis Direito e Política. Portanto, não haveria uma resposta correta de pronto, pois decisão judicial implicaria numa escolha política do julgador. Com está visão, os tidos como “campeões de autocomedimento” teriam uma ilusória pretensão de objetividade no ato decisório, postura desmedida para o senso de justiça e a necessidade por criar melhoras sociais que devem nortear o julgador. (KMIEC, 2004, p. 1446).

O que se observa é que o famoso texto de Schlesinger não deixa nítido qual a melhor postura da expressão: se em âmbito político ou jurídico. Ressalva Kmiec (2004, p. 1463-1476) que o artigo de cinco páginas dividindo ideologicamente os membros da Suprema Corte Americana naquela época produziu fôlego em solo estadunidense e passou a representar a defesa em juízo de ações que politicamente não se mostravam suficiente.

¹ Diversos autores discorrem sobre o tema (BAUM, 1987; CAPELLETTI, 1999; RAMOS, 2010; STRECK, 2012). Anota-se que o ativismo judicial norte-americano desenhou como objeto a contenção da atividade legislativa (WOLFE, 1991); já no Brasil, constrói-se não em conter excessos de outros Poderes, mas compensar a inação deles na implementação de direitos. Assim, traz-se a baila o momento da “desaposentação”.

Para aquecer tal debate Kiemic (2004) afirmava que as dúvidas existentes quanto ao fim positivo ou negativo da expressão ensejou, por exemplo, reflexões sobre: i) Juízes eleitos vs. Leis democraticamente aprovadas; ii) Política vs. Direito; iii) direitos humanos vs. Supremacia popular; iv) uso criativo de precedentes vs. uso estrito de precedentes; v) decisões orientadas politicamente vs. decisões orientadas juridicamente.

Enfim, debates que foram criados por um artigo no ambiente estadunidense, durante a década de 1950, que desencadeou a postura ativista sendo incorporada por diversos juízes da Suprema Corte. A ideia era desempenhar papel significativo na defesa de direitos civis para as minorias raciais. E assim o foi. Durante o período do *New Deal* houve um expressivo crescimento de programas federais, o fim era propor ações específicas que mudassem as realidades locais. Para isto, coube ao Judiciário o espaço derradeiro como ferramenta garantidora dos direitos das minorias.

Mesmo com postura ativista já no século XX, em suas origens terminológicas, o próprio criador não foi correto em tentar qualificar e separar os ministros da Suprema Corte. Para Ely (2010, p.5) o juiz Hugo Black, visto como ativista, na realidade era um “interpretacionista típico”. Assim, quando suas filosofias (política e constitucional) conflitavam, decidia pelo interpretacionismo (constitucional).

Conflitos a parte, o fato é que a expressão cunhada por Arthur Schlesinger acabou por ser simpática aos estudiosos do tema. O que importa é utilizá-la, seja com o viés positivo ou negativo nos momentos em que existe substituição de políticas públicas do Poder Executivo ou Legislativo comparado pelo Poder Judiciário. Sendo assim, não há uniformidade quanto ao conceito de ativismo judicial o que será debatido em tópico específico.

2.1 O ativismo judicial

Corroborando as formas de circulação dos sentidos de ativismo, Dworkin (2011), na sua percepção de ativismo judicial, tenta colocar a solução de problemas difíceis nos princípios, nas leis, no Direito, mas nunca na discricionariedade, ou seja, livre arbítrio do julgador. Mesmo sendo adepto do *judicial review* norte-americano, o autor, apresenta uma restrição ao ativismo judicial.

Dworkin (2011, p. 272) critica veemente o que ele intitula de “pragmatismo consequencialista utilitarista”. Ao contrário do pragmatismo, que adota critério prático de dotar este ou aquele princípio para ajudar a melhorar as coisas, Dworkin entende não estar dando

ensejo ao ativismo judicial, “[...] porque o seu protótipo de juiz não decide livremente, guiado pela própria consciência, e sim vinculado à prática constitucional de um País que adote a visão da direito como integridade”. (DWORKIN, 2011, p. 272). Para o autor, um juiz ativista ignora toda uma cadeia de situações que não se ajustam à prática constitucional.

Para Mauro Cappelletti (1999, p. 131-132), o problema não está em prevenir que os juízes sejam criadores do direito. As vantagens de tal ficção são intensamente superadas pelas desvantagens, principalmente nas sociedades democráticas “[...] nas quais o processo legislativo torna-se particularmente lento, obstruído e pesado, forçando por consequência o aumento do grau de criatividade da função judiciária”.

Bork (2003, p. 9) indica que “[...] é mais fácil saber um voto ou uma decisão pelo nome do juiz do que pela tese jurídica aplicável ao caso concreto”. A referida visão, tida por alguns como cética (FRIEDMAN, 2005), pode acarretar duas consequências negativas: acaba por deslegitimar a função judicial e libera os juízes para fazerem o que quiserem (DORF, 2006).

Na visão de Posner (2009, p. 423-424), o ativismo judicial não é visto como revolucionário, “[...] mas um elemento para a concretização de direitos fundamentais enraizados na ideia de que ao decidir, o juiz tem o seu processo e, assim, pode fazer decisões discricionárias”. Trata-se de um ativismo comprometido conscientemente ou não com as consequências da decisão.

Na tese de Wolfe (1991), baseando-se nos feitos do *judicial review* norte-americano, o ativismo judicial é um problema de decisão. Sua visão sobre o que seja ativismo judicial vai além da intensidade da atividade jurisdicional em comparação com os demais Poderes ou a supremacia de um em relação ao outro. Afirma que a abordagem do fenômeno está em compreender a distinção entre julgamentos e vontades na hora de fundamentar uma decisão judicial.

Antoine Garapon (1998) via o Judiciário como “o guardador de promessas”. Para o autor, nada mais escapa ao controle do juiz. A atuação jurisdicional é acentuada de tal maneira que juízes passam a ser considerado como os últimos ocupantes de uma função de autoridade paternal e até mesmo clerical abandonada por seus antigos titulares. Enfim, constrói uma visão de ativismo judicial e governo de juízes como uma tentativa de redenção pelo qual o juiz torna-se árbitro dos bons costumes.

Continua caracterizando o ativismo judicial a uma decisão judicial que comunga critério de desejo, vontade e escolha. Vê-se que para o autor, escolha, desejo e poder são elementos que se convergem para um único fenômeno, o ativismo judicial. (GARAPON, 1998)

O cientista político Laurence Baum (1987, p. 17, 18, 260) utiliza o termo “ativismo judicial” de modo amplo englobando tanto os casos de declaração de inconstitucionalidade de leis, assim como, interpretação de lei sem declarar a inconstitucionalidade. Segundo Baum (1987, p. 17) “[...] ativismo judicial indica a disposição da Suprema Corte de realizar mudanças significativas em políticas públicas, particularmente em políticas estabelecidas por outras instituições”.

Baum (1987) acredita que existirá ativismo judicial quando a Corte toma decisões conflitantes com as políticas do Congresso, Poder Executivo e Governos estaduais e municipais. Sua visão é de ativismo não somente como poder de revisão, mas também, marcado pela simples interpretação de determinada lei, mesmo que não tenha sido declarada sua inconstitucionalidade.

No contexto brasileiro, Valle (2009, p. 19), refletindo sobre o termo ativismo, afirma que ele possui dois sentidos: finalístico e comportamental. Aquele indica o compromisso com a expansão dos direitos individuais, este, indica a visão pessoal de cada magistrado na interpretação da norma constitucional.

A concepção de ativismo judicial para Tassinari (2013, p. 36) é sintetizada como a “[...] configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competência que não lhe são reconhecidas constitucionalmente”.

De outro lado, para Nery Junior e Abboud (2013, p. 528), “[...] o ativismo é pernicioso para o Estado Democrático de Direito não podendo, portanto, diferenciar-se entre bom ou mau ativismo”. Para os autores, a decisão ativista se pauta em convicções pessoais, senso de justiça do intérprete em desfavor da legalidade vigente. Ainda, para eles, o ativismo não possui ideologia ou orientação política pré-definida.

Ainda na construção sobre o assunto no Brasil, Elival Ramos (2010) e Lenio Streck (2012) acolhem o ativismo judicial como um problema que pode ser remediado em vertentes diversas. Para Streck (2012) no enfrentamento da discricionariedade judicial, pois um ativismo judicial *à brasileira* gera uma série de problemas ao constitucionalismo nacional levando, dentre outros, a perda de autonomia do direito pelos “predadores externos” do Direito que significa decisões judiciais pautadas em critérios não jurídicos.

Elival Ramos (2010, p.25), por sua vez, falar em ativismo judicial é tocar no campo da legitimidade do controle de constitucionalidade, em suma “[...] o que caberia discutir é se o modelo de Estado Constitucional de Direito escolhido pelo Constituinte seria mais adequado para implantar uma democracia”.

Para o realismo jurídico, teoria criada no século XX e que abre espaço ao ativismo judicial, o formalismo jurídico já não atendia mais aos anseios sociais. Findou-se a ideia de que a atividade judicial seria mecânica, acrítica e unívoca (GARCIA NETO, [200-]).

Enfatizando que o direito tem ambiguidades e contradições, o realismo jurídico sustentava que a lei não é o único – e, em muitos casos, sequer o mais importante – fator a influenciar uma decisão judicial. Em grandes possibilidades, é o juiz que faz a escolha do resultado, à luz de suas intuições, personalidade, preferências e preconceitos.

No Brasil, o Poder Judiciário tem sido conduzido a decidir sobre questões no campo da genética, da cibernética, ambientais, evolução científica e técnica e efetivação de direitos sociais. Para Streck e Saldanha (2013, p. 403), essa atuação do judiciário deve ser entendida a partir do modelo de Estado brasileiro, ou seja, “[...] de regime presidencialista, conformado pelos poderes executivo, legislativo e judiciário em que o tribunal máximo faz parte deste último e não se encontra como entidade separada e autônoma, como ocorre em alguns sistemas europeus”.

De Paula (2011, p. 294), anota que “[...] parece haver certo consenso no sentido de que o ativismo judicial é uma prática dos Tribunais que ocorre à revelia ou com a inércia dos outros poderes constituídos”. Portanto, em caso de retração do Poder Legislativo é onde normalmente se instala o ativismo.

2.2 Fatores de impulsão do ativismo judicial no Brasil

Para Sarmento (2011, p. 73), “[...] o direito brasileiro vem sofrendo mudanças profundas nos últimos tempos, relacionados à emergência de um novo paradigma tanto na teoria jurídica quanto na prática dos Tribunais, que tem sido designado como ‘neoconstitucionalismo’.

Continuando, Sarmento (2011, p. 73-74) conduz os elementos resultantes do neoconstitucionalismo no Brasil, relacionados, sobretudo, com as mudanças ocorridas após a Constituição de 1988: i) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; ii) rejeição ao formalismo e recurso mais frequentes a métodos ou estilos mais abertos de raciocínio jurídico, tais como, ponderação, tópica, teorias de argumentação etc.; iii) constitucionalização do direito, com

irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, em todos os ramos do ordenamento; iv) reaproximação entre o direito e a moral, com maior participação da filosofia nos debates jurídicos; v) judicialização da política e das relações sociais, com um forte deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

No Brasil, cria-se um contexto que permite compreender a transposição de um Estado Legislativo de Direito, com grande formalismo do positivismo, para um com aspectos pós-positivistas e neoconstitucionalista. É o chamado Estado Constitucional de Direito.

Barroso (2007) aponta três marcos para o novo direito constitucional: um histórico, um filosófico e outro teórico. Quanto a este, três grandes transformações o constituem: o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. No marco filosófico, estão pós-positivismo e, por fim, no teórico, está o constitucionalismo pós-guerra, na Europa Continental, e no Brasil, por sua vez, o papel da Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que a mesma ajudou a protagonizar.

Essa transformação de nível constitucional acaba por carregar, em sua essencialidade, a efetivação dos direitos fundamentais. É neste momento, que se pode compreender certo protagonismo do Poder Judiciário ao exercer uma jurisdição constitucional voltada, sobretudo, para a concretude da Lei Fundamental do Estado, necessariamente pelo controle de constitucionalidade.

Outro fator de impulsão do ativismo judicial, no Brasil, dá-se em face do modelo de Estado interventor. Para Ramos (2010, p. 268-271) trata-se de um Estado que o constitucionalismo pátrio vem dando prestígio desde a Constituição de 1934: “[...] o do Estado democrático-social, de perfil intervencionista”.

Em várias passagens, a Constituição de 1988 indica a República Federativa do Brasil como um Estado democrático de Direito. O propósito é conciliar a tradição liberal-democrática com a democratização de oportunidades e a participação cidadã. Os princípios do Estado de Direito, no ordenamento brasileiro, hão de estar conectados à dimensão substantiva da legalidade, a qual “[...] aponta para a construção de uma ordem social e econômica inspirada por critérios de justiça, impositivos de certa igualdade de condições materiais, a qual, não deve, entretanto, se converter em igualitarismo que sufoque a liberdade [...]” (RAMOS, 2010, p. 268-271).

Ramos (2010, p. 269) afirma que não há dúvidas de que o sistema político democrático estruturado pela Constituição não é de padrão liberal clássico e sim do *welfare state*. Isto porque contem um generoso rol de direitos sociais, ampla gama de atividades econômicas de responsabilidade estatal, na forma de serviços públicos. Além de os poderosos e mais variados instrumentos de intervenção no domínio econômico que seriam a princípio reservados “[...] à iniciativa privada, até o planejamento e direção da economia, aparelhado por medidas monetárias, cambiais, creditícias e de incentivo ao investimento e à produção (...), além dos poderes regulatórios em relação ao mercado”. (RAMOS, 2010, p. 269).

Outro fator de impulsão do ativismo judicial, no Brasil, segundo Ramos (2010, p. 278) advém da expansão do controle abstrato de normas. Contudo, elenca que o manejo do controle de constitucionalidade em sede concentrada ou técnica do controle abstrato tende a refluir na medida em que o tempo passa. A descoberta desse instrumental, relativamente recente no constitucionalismo brasileiro, tende a provocar certo “deslumbramento” em Cortes constitucionais jovens ou em tribunais consagrados, que passam a exercer mais intensamente o controle de constitucionalidade. (RAMOS, 2010, p. 278).

Pode ainda pertencer aos fatores de impulsão à ênfase do papel político desenvolvido pelo Poder Judiciário. Agora, o Judiciário passa a assumir atividades antes restritas ao Poder Legislativo e Poder Executivo. É o fenômeno de politização em que tal Poder recebe atribuições das normas constitucionais para influir na concretização e determinação da política governamental.

Eduardo Appio (2008, p. 70) é um dos que apoia a ideia de que não se pode falar que o Poder Judiciário governa, “[...] pois não detém a atribuição de eleger as políticas públicas que julga adequadas, mas apenas de controlar a execução das políticas expressamente preconizadas na Constituição”. Contudo, reconhece que “[...] atualmente a governabilidade do país passa pelo Poder Judiciário”, por meio do controle de constitucionalidade das leis ou por ações coletivas com o intuito de impor ao Estado o cumprimento de ditames sociais. (APPIO, 2008, p. 70). Finalizou que “[...] a própria textura aberta da Constituição Federal de 1988 conduziu o Poder Judiciário brasileiro uma gradativa ampliação de sua capacidade interventiva no controle de políticas públicas, na área social e econômica”. (APPIO, 2008, p. 70).

Mesmo não estudando a realidade brasileira, o italiano Mauro Cappelletti (1999, p. 49), mesmo com riscos de autoritarismo, lentidão, inacessibilidade, irresponsabilidade, “[...] com

relação ao poder judiciário, cuida-se de riscos menos graves (...) exatamente por sua própria natureza e estrutura, é o ‘ramo menos perigoso’.

Já Vianna (2013, p. 18) adota postura neutra sobre a politização do juiz, o qual se apresenta com o operador-chave desse sistema, presente, de maneira direta ou indiretamente, e de modo independente de suas convicções pessoais, no coração da questão social. Presentemente ele é compelido a exercer, frequentemente “[...] sem qualquer treinamento prévio, funções de terapeuta e de engenheiro social”.

Inaugurando um último fator de impulsão, Vianna (2013, p. 18) ainda leciona sobre a atuação deficiente do Poder Legislativo. Aqui não apenas a sociedade, ávida por soluções céleres acaba atuando na mutação do Poder Judiciário. Mas o legislador termina sendo também atuante a ponta deste iceberg. É ele (Poder Legislativo) que juridifica e destina à judicialização a matéria do social. “Como se sabe, não é raro que dependa da sua caneta a decisão sobre a vida ou a morte de um cidadão, como no caso das internações médicas e no suprimento de remédios, particularmente nas doenças crônicas”. (VIANNA, 2013, p. 18)

Perez (2012, p. 132-140) exemplifica as causas da inoperância do Legislativo: crise da partidária, inaptidão do parlamentar para concretizar a vontade geral; morosidade do processo legislativo; desvalorização da lei, dentre outros. Com tais exemplificações é partidário da ideia de que tal falta de desempenho ou inexecução ineficiente do Legislativo acarreta ao crescente incremento do ativismo judicial.

É possível notar que a doutrina, no Brasil, produziu uma análise bastante peculiar sobre a atividade jurisdicional sob o viés do ativismo judicial. E como resultado, criou-se o que se pode ser entendido por exercício jurisdicional, assim como, influenciou demasiado a atuação de juízes e Tribunais na atualidade.

É em tal contexto que se apresenta a desaposentação, a qual será analisada como hipótese de ativismo judicial no Brasil.

3 A DESAPOSENTAÇÃO COMO HIPÓTESE DE ATIVISMO JUDICIAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ibrahim (2011, p. 701) ensina que a desaposentação é definida como a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral da Previdência Social ou mesmo em Regimes Próprios de Previdência de Servidores Públicos, “com o único objetivo de possibilitar a aquisição de um benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário”.

A desaposentação não possui previsão legal expressa, razão pela qual é negada pelos órgãos administrativos. O Instituto do Seguro Social-INSS não vem permitindo tal instituto, pois o Regulamento da Previdência Social (Decreto nº. 3.048/99) não deu vazão para tal direito.

Para se tratar do instituto como hipótese de ativismo judicial no Superior Tribunal de Justiça se tomará agora como estudo principal o representativo de controvérsia acerca da desaposentação, o Recurso Especial nº. 1334488/SC de Relatoria do Ministro Herman Benjamin. A importância de tal julgado, de início, simboliza caso os Tribunais Regionais adotem este posicionamento, não caberá mais recurso ao STJ. Sendo assim, trata-se de um precedente de intensa repercussão na área previdenciária e de valoroso impacto social.

Pois bem, fazendo-se um histórico, a discussão acerca dessa questão foi examinada inicialmente pelo Superior Tribunal de Justiça pela sua 3ª Seção (5ª e 6ª Turmas), que então detinha a competência sobre o tema (hoje atribuído à 1ª Seção, composta pela 1ª e 2ª Turmas). Sendo uma das primeiras decisões temáticas foi da sempre inspirada lavra jurídica do eminente Ministro Nilson Naves, no REsp. nº. 692.628/DF, quedou-se pelo direito à renúncia à aposentadoria, para fins de aproveitamento do tempo de contribuição e concessão de novo benefício não cabendo a devolução de valores percebidos.

Tal orientação foi seguida pelos demais integrantes da 3ª Seção e, posteriormente, pelos da 1ª Seção, tendo a Corte consolidando o entendimento no julgamento do Recurso Especial n. 1.334.488/SC, oportunidade em que reafirmou que é possível ao segurado renunciar à sua aposentadoria e reaproveitar o tempo de contribuição para fins de concessão de benefício no mesmo regime previdenciário ou em regime diverso, estando dispensado de devolver os proventos já recebidos.

Como primeira fundamentação do voto, o ministro relator enfrentou a possibilidade de desfazimento (renúncia) da aposentadoria. Como argumento, o magistrado afirma que o tema perpassa por dois pontos jurídicos: a possibilidade de o segurado renunciar à aposentadoria e, se admissível, a necessidade de devolução dos valores recebidos por força do benefício preterido.

Para tais pontos, se observa no voto que o ministro não cita lei específica que autorizem de imediato os mesmos, mas decide enquadrando-se na racionalidade jurídica vigente no ordenamento jurídico:

a) Assegurar direitos fundamentais ou assegurar a supremacia da Constituição:

A aposentadoria, direito fundamental garantido no art. 7º, XXIV, da CF, é prestação previdenciária destinada a garantir renda mensal por incapacidade total e permanente para o trabalho ou pelo decurso predeterminado de tempo de contribuição e/ou de idade. Destes suportes fáticos resultam seus três tipos: por tempo de contribuição, por idade e por invalidez. (BRASIL, 2013).

b) Mostrar que o instituto é uma necessidade social, que já foi pensado pelo legislador. Fez breve análise da evolução legislativa previdenciária, nada mais, do que a utilização de técnicas hermenêuticas reconhecidas pela doutrina previdenciária:

A redação original da Lei 8.213/1991 previa a possibilidade de o aposentado continuar trabalhando e contribuindo para o sistema. Estabelecia o direito a tal segurado de se ver ressarcido das contribuições previdenciárias vertidas após a aposentação. Determinava ainda que o aposentado tinha direito somente à reabilitação profissional, ao auxílio-acidente e aos pecúlios (contribuições pós-aposentadoria), não fazendo jus a outras prestações. [...] As contribuições previdenciárias pós-aposentadoria pertenciam ao segurado, portanto, e o recebimento de tal pecúlio estava sob a condição do afastamento da atividade que gerou o recolhimento.

Com o advento das Leis 9.032/1995 e 9.527/1997, o direito ao pecúlio foi extinto, passando a ficar expresso que as precitadas contribuições passariam a ser destinadas ao **custeio da Seguridade Social**, conforme o art. 11, § 3º, da Lei 8.213/1991 (...) O art. 18, § 2º, da Lei de Benefícios, por sua vez, teve sua redação modificada para delimitar ao salário-família e à reabilitação profissional as prestações previdenciárias devidas ao aposentado que permanecer em atividade contributiva como empregado. (BRASIL, 2013).

c) Aplicação de precedentes da própria Corte. O Ministro relator para consubstanciar a possibilidade de renúncia da aposentadoria e a própria desaposentação cita vários acórdãos, sem que estes também não se fundamentem em legislação que as permitam.

Após, em segundo tópico do voto, o Ministro enfrenta a desnecessidade de devolução dos valores recebidos da aposentadoria desfeita para posterior jubramento. Esclarece que a Corte já vem adotando este posicionamento em vários acórdãos e decisões monocráticas. Contudo, até mesmo nos votos citados, o Tribunal também não faz menção à lei específica que autorize a não devolução do já recebido a título de aposentadoria, o que acabou por mostrar que é uma decisão ativista. Concluiu que deve ser entendido desta forma, pois é jurisprudência pacífica da Corte:

Quanto ao debate acerca da necessidade de devolução de valores, ressalvado meu entendimento conforme item abaixo, o STJ fixou a orientação de que não há necessidade de ressarcimento de aposentadoria a que se pretende renunciar como condição para novo jubramento. (BRASIL, 2013).

Deste modo, no acórdão ficou sedimentado que os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares,

prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubilamento.

Como detalhado acima, a Corte elaborou política pública através da interpretação de disposições da Lei, no caso, a legislação previdenciária. Questão de política pública chegou até ela na forma de argumento jurídico a qual teve que resolver. A este respeito, é certo que a elaboração da política pública pela Corte difere fundamentalmente, na forma daquela do Congresso.

Sendo assim, a origem da decisão em recurso repetitivo² está no debate a que se propõe este trabalho: a questão da atuação do Judiciário fora do usual, em especial no que tange a questões políticas. Não há dúvidas que este caso, da forma como apresentado, pode ser considerado um exemplo de ativismo judicial. Isto porque, não há lei que permite o tema, mas postura jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça que autorizou o instituto.

Este exemplo de temática relativa ao ativismo judicial só entrou em relevo com a Constituição de 1988, pois está criou o Superior Tribunal de Justiça, dando a esta Corte a missão de zelar pela uniformidade de interpretação de legislação federal brasileira, além de atribuir uma série de prerrogativas ao magistrado.

O julgado contou como parte interessada a Confederação Brasileira dos Aposentados Pensionistas e idosos (COBAP), a qual atuou como "*Amicus Curiae*". Isto demonstra a repercussão que o tema tem sido visto no Brasil, indicando que o ativismo judicial nasce em um cenário de alta complexização social e consequente fragmentação das tradicionais estruturas vistas como "a-jurídicas", tais como morais, religiosas de resolução de controvérsias.

Em verdade, o Judiciário, aqui o Superior Tribunal de Justiça, foi provocado a atuar nas esferas de responsabilidade exclusivas do Executivo e Legislativo, pois acabou substituindo políticas públicas erigidas por outro Poder. Não se trata de um ativismo de contenção da atividade legislativa, ou seja, não visa a limitação dos excessos cometidos por outros Poderes, mas sim à compensação da inação do Poder Legislativo e Executivo, na implementação de determinados direitos perseguidos na Constituição (direito social à aposentadoria digna), assim como, uma resposta aos reclames sociais por melhor aposentadoria.

² Hoje, o Resp nº. 1334488/SC encontra-se suspenso aguardando julgamento de Recurso Extraordinário com repercussão geral (RE 661256/SC de relatoria do Ministro Roberto Barroso). (BRASIL, 2014).

A partir deste momento que se trás a ideia de integridade do Direito proposta por Dworkin (2011). Esta se vincula à compreensão de que a sociedade democrática constitui uma comunidade de princípios, que não se reduz às decisões tomadas no passado, tampouco a diretrizes políticas a serem legitimadas em razão de sua eficácia ótima.

Reflete a análise acima, diretamente na noção de interpretação construtiva elaborada por Dworkin (2011), esclarecida como a busca pela melhor justificação das praticas jurídicas, que se alcança com a noção de sociedade como comunidade de princípios.

A interpretação jurídica não se resume apenas a descrição do dado, mas à fusão entre o dado e o construído. Existe um momento participativo no qual estão incluídos os sujeitos do tempo da interpretação. Tal participação existe para encontrar não a ideia que o interprete tem da norma, sobretudo, a ideia pertencente a toda sociedade. “Essa ideia coletiva insculpe no que chama de ‘moral política’, e cabe ao interprete encontra-la.” (BELLO FILHO, p. 148, 2003).

A ideia de integridade do Direito perpassa numa noção de resgate principiológico da história institucional do Direito, como se fosse uma perspectiva narrativo-literária, chamada por Dworkin de *chain novel*, ou seja, metáfora do romance em cadeia.

Significa que toda interpretação literária procura a melhor maneira de ler o texto, a melhor forma de encontra-lo em sintonia com o universo que o compreende. Sendo assim, percebe-se que o direito deve ser interpretado com a intenção de se encontrar a melhor interpretação para a moral política e para a sociedade (BELLO FILHO, 2003).

Os romancistas, aqui os ministros, levaram a sério suas responsabilidades de continuidades, pois criaram em conjunto, até onde foi possível (REsp nº. 1334488/SC) um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível.

Ao produzir o romance em cadeia chamada desaposentação, o Ministro Herman Benjamin, criou um romance a partir de um material que já havia recebido da análise de outros ministros, tanto é assim que cita vários acórdãos no mesmo sentido. Ele acrescentou novo material (a sua ressalva pessoal no voto), além de servir de base para aquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar (Ministro Roberto Barroso no RE nº. 661256/SC). Tentou criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade o caso é produto de muitas mãos diferentes. Fez uma avaliação geral de sua parte sobre o tema ou uma série de avaliações gerais quando ele escreveu e reescreveu a narrativa desaposentação.

Ele detém a ideia de que sua comunidade personificada busca incessantemente a satisfação de seus direitos e pelo cumprimento da democracia e da Constituição. Os grupos sociais (sindicatos dos aposentados) se expandem construindo bloco de resistência ao descaso do Estado para com os segurados que voltam a trabalhar. Mudaram-se os paradigmas de ordem e justiça. Nota que parece existir uma relação de mão dupla entre o aposentado e o Judiciário. Novo perfil se constrói: o segurado deposita no STJ a confiança que perdeu nos outros poderes. E o ministro dá guarida às pretensões dos que buscam a Corte.

A Constituição é vista como um tipo especial de legislação na criação deste romance em cadeia e deve ser incluída na teoria da interpretação construtiva do direito como integridade, pois é levado em consideração seu caráter inerente de decisão fundamental principiológica e política da comunidade.

A desaposentação apresenta certo ar de dificuldade, embora se mostre um tema simples, pois já foi pacificado por esta Corte guardiã de leis federais (Superior Tribunal de Justiça). Primeiro porque não apresenta uma lei que a faculte; segundo, envolve outras questões relevo sociais, por exemplo, longevidade, o quanto essa nova face de direito de segunda geração vai custar.

A desaposentação, como decisão judicial da Corte, não significou discricionariedade por cada ministro relator escritor nos diversos votos, pois existe sempre um fio condutor (todos decidiram pela desaposentação) que se liga a condutas a valores éticos que compõe a melhor prática jurídica possível numa comunidade (um maior número de pessoas diante dos baixos valores dos benefícios previdenciários e do aumento significativo da expectativa de vida que permanecerá prolongadamente no mercado de trabalho, a fazer jus a benefício mais vantajoso).

Na hipótese aventada neste estudo, ou seja, a decisão no REsp nº. 1334488/SC, demonstra que o interprete não está livre para criar direitos a partir da sua necessidade no caso concreto, conforme os defensores da escola do livre direito. Ele não partiu de uma criação pura e simples do direito, no momento da aplicação. Se assim o fizesse representaria uma burla ao sistema de divisão e partição de poderes.

Tudo isso contribui sobremaneira ao estudo da decisão do Superior Tribunal de Justiça como hipótese de ativismo judicial no Brasil. Em verdade, foi um julgado embasado em pressupostos jurídicos, com a devida compreensão do papel dos princípios, sobretudo, os que regem a Seguridade Social. Foi um processo de criação do direito, sobretudo, limitado ao texto e

não ao arrepio deste. Não foi uma criação ampla sem referência textual. Foi uma resposta construída pelo intérprete na busca do sentido da norma para a moral política coletiva.

Neste ponto, a devida compreensão do papel dos princípios, como substrato para a decisão judicial, mostra-se um importante avanço na defesa do Estado Democrático de Direito. Nele, diante de sua qualificação pela democracia, exige o comprometimento da atuação de todos os seus Poderes. Como consequência, dá devida importância ao ativismo do Judiciário, quanto os demais Poderes apresentam grande dificuldade de responder com rapidez necessária à demanda desmedidamente aumentada da legislação destinada à garantia do bem-estar social (os chamados direitos de segunda geração).

Não se trata em transformar o Superior Tribunal de Justiça como Corte transformada em esfera pública de decisão tanto das questões fundamentais para o Estado e para a sociedade quanto de situações banais do cotidiano. A desaposentação é uma realidade social e foi esta Corte, em sua decisão ativista que descobriu ou determinou esse significado.

Além do mais, em grande parte da história, os Tribunais saúdam aquela oportunidade, primeiro insistindo em sua supremacia como árbitro legal, no início do século XIX, e, mais tarde, fazendo frequente uso de sua oportunidade de falar sobre questões importantes (BAUM, 1987). Ao fazer isto, o Poder Judiciário começou a exercer o controle incidental sobre as políticas de ação social do governo.

Mais fundamentalmente, embora se discorde do papel da Corte como elaboradora de políticas, a desaposentação pode ser entendida como ativismo judicial. O elemento chave do conceito de ativismo judicial nesta hipótese é uma disposição do STJ de realizar mudanças significativas na política pública, particularmente, em políticas não estabelecidas por outras instituições, aqui, a ausência de lei permitiu que o Poder Judiciário exercesse competências de revisão cada vez mais amplas.

O elemento mais visível do ativismo judicial no caso do REsp nº. 1334488/SC foi a emissão de decisão que antecipou a criação de política legislativa e executiva sobre o direito fundamental à aposentadoria.

No caso em comento, exerceu-se um ativismo judicial que não se confunde com arbitrariedade, tampouco com temas correlatos à tripartição dos poderes e ao princípio democrático. Tal pensamento fica claro ao se perceber que a atuação jurisdicional constitucional não se efetiva exclusivamente por vontade do órgão jurisdicional. O STJ seguiu o mandamento

constitucional da inércia cujo princípio pede que a atuação do Judiciário ao exercer a jurisdição, só será exercido quando ele for provocado.

Finalmente, até mesmo essa decisão ativista da Corte está limitada em seu impacto pela ação de outros elaboradores de políticas. O STJ não será elaboradora final de política a lidar com as questões com que se defronta.

Contudo, ao não legislar sobre a matéria previdenciária aqui analisada, o interessado procurará quem puder assegurar a sua pretensão e, nesse aspecto o Poder Judiciário coloca-se como a mais democrática das instituições. Diferentemente do Poder legislativo, o Poder Judiciário não pode aludir questões de conveniência ou oportunidade para julgar questões morais ou políticas que lhe são apresentadas.

A atuação da Corte na desaposentação não desborda dos limites impostos pela própria Constituição. Ela caminhou nas trilhas permitidas por ela. Acabou por dizer a vontade da Lei Maior, pretendendo a tutela jurisdicional, complementando o espaço democrático e contribuindo para a criação e consolidação do estado Constitucional Democrático de Direito.

4 CONCLUSÕES

O ativismo judicial pode ser um termo utilizado para criticar uma postura adotada por um juiz (criatividade exacerbada) ou tribunal, ou para elogiar a atuação.

Na evolução do Estado, notam-se exigências sociais pressionando alterações do papel estatal para que atue de acordo com a realidade social apresentada. Mesmo o Estado Liberal ao decorrer do tempo desenhou uma estrutura de desequilíbrio de distribuição de rendas gerando nítidas injustiças sociais. Sendo assim, o Estado acabou assumindo porte intervencionista, tanto na esfera social quanto econômica. Tal Estado Social também não escorou por si só o atendimento as necessidades sociais pautado na carência de recurso para isso.

Não obstante, as demandas sociais avolumaram-se. A proporcionalidade da atuação do Estado Social com o cumprimento de direitos fundamentais mostrava-se muito aquém. Em face das necessidades emergentes, ergue-se o Estado Democrático de Direito, diretor da concretização de direitos como fundamento da democracia e da dignidade da pessoa humana.

No perfil do Estado Democrático de Direito está uma sociedade atuante desejosa de implementação de prestações sociais por ele assumido, o que se alia à própria efetivação da Constituição. Também é possível perceber um novo papel do Poder Judiciário, o qual passou a

ter mecanismos de atuação jurisdicional exigindo o cumprimento do Estado de políticas públicas alinhado com a própria concepção constitucionalista.

No caso da desaposentação como interpretada pelo STJ indicou o uso da jurisdição constitucional na forma mais desejada pela Constituição. Quando decidiu, precisou dá um sentido à norma, sem contudo, desdobrar dos limites constitucionais. Logo, a Corte agiu positivamente para realizar a vontade da Carta Maior, o que se alinha com o cumprimento de direito fundamental à aposentadoria digna. É a partir de tal visão que o ativismo judicial se realiza como fonte democrática.

O Superior Tribunal de Justiça não atuou de forma ampla e incondicionada. Muito menos agiu como legislador positivo. A proposta realizada no REsp nº 1334488/SC adveio da prévia verificação de direito fundamental, a aposentadoria digna. A Corte estava dentro dos parâmetros estabelecidos pela argumentação jurídica, mediante decisão motivada voltada à legitimidade do poder jurisdicional.

O ativismo judicial não aparece como um problema, simbolizando uma interferência judicial perigosa vinculado a uma ato de vontade e discricionariedade do julgador. Também não significa a aceitação de teorias equivocadas ou a mera importação, aproximação ou conjugação das reflexões norte-americanas.

Bem ou mal, o ativismo judicial demonstrado no estudo, representou a insuficiência do Estado em atender as necessidades sociais (efetiva proteção previdenciária), bem como em buscar a realização dos objetivos que lhes foram postos constitucionalmente. Uma conduta do STJ que deveria ser a exceção à regra converteu-se em forma ordinária do único meio de se obter a desaposentação. O Superior Tribunal de Justiça atuou na vertente positiva do ativismo judicial para a proteção do segurado contra a omissão do Estado.

Diante de todas as premissas elencadas neste trabalho, o objetivo maior da Constituição Cidadã é buscar necessariamente a efetiva proteção social. Enquanto a regulamentação não ser uma realidade, cumpre ao Poder Judiciário zelar pelos direitos fundamentais dos segurados permitindo-os a desaposentação independentemente da restituição de valores obtidos em primeira aposentadoria.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. **Discricionariedade política do Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo

tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**. n. 9. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, mar.-maio, 2007. Disponível em: <http://direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 15.09.2015.

BAUM, Laurence. **A Suprema Corte Americana**: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Sistema constitucional aberto**: teoria do conhecimento e da interpretação do espaço constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BORK, Robert H. **Coercing virtue**: the worldwide rule of judges, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fungidio: o ativismo judicial. In: De PAULA, Daniel Giotti; FELLET, André Luis Fernandes; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Bahia: Juspodivm, 2011. p. 393-401.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº .1334488-SC, Rel. Min. Herman Benjamin. Primeira Seção. Julgado em 08 de maio de 2013. **Diário de Justiça Eletrônico** de 14 de maio de 2013d. RSTJ vol. 230 p. 400. RT vol. 936 p. 350. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1334488&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>. Acesso em: 20 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 661256 RG / DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Pedido de vista da Ministra Rosa Weber. ATA Nº 31, de 29 de out. de 2014. **Diário de Justiça Eletrônico** nº 224, divulgado em 13 de nov. de 2014g. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+661256%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/mqmeces>. Acesso em 15.09.2015.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

DE PAULA, Daniel Giotti. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: De PAULA, Daniel Giotti; FELLET, André Luis Fernandes; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Bahia: Juspodivm, 2011. p. 393-401.

DORF, Michael. **No litmus test**: Law versus politics in the twentieth century, 2006, xix.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo e versão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Texas Law Review 84:257, 2005.

GARAPON, Antonie. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1964.

GARCIA NETO, Paulo Macedo. **A influência do realismo jurídico americano no direito constitucional brasileiro**, mimeografado, dissertação de mestrado apresentada na Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor José Reinaldo Lima Lopes.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 12 ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2011.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meaning of “Judicial Activism”. **California Law Review**, v. 92, n. 5. 2004, p. 1441-1477.

PEREZ, Carlos Alberto Navarro. Relação entre o Ativismo Judicial e a Atuação Deficiente do Poder Legislativo. Altruismo a desserviço da democracia. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, ano 20, v. 78, jan.-mar./2012.

POSNER, Richard. **Para além do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

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

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. In: De PAULA, Daniel Giotti; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Bahia: Juspodivm, 2011. p. 393-401.

STRECK, Lenio Luis. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luis; SALDANHA, Jânia Maria. Ativismo e Garantismo na Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: DIDIER, Fredie Jr. et al. (Coord.), **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013. p. 395-428.

TASSINARI, Clarissada. **Jurisdição e Ativismo Judicial. Limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

VALLE, Vanice Regina Lório do. **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Juruá, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck. Juízes e Judiciário: tópicos para uma discussão. In: NALINI, José Renato (Org.). **Magistratura e ética: perspectivas**. São Paulo: Contexto, 2013.

WOLFE, Christopher. **La transnformacion de la interpretacion constitucional**. Tradução de Maria Garcia de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madri: Civitas, 1991.