

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO-UFMA  
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA

**VIVIANE FREITAS PERDIGÃO LIMA**

**A CONSTITUCIONALIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL DAS DECISÕES DO  
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA CONCRETIZAÇÃO DA  
DESAPOSENTAÇÃO**

São Luís

2015

**VIVIANE FREITAS PERDIGÃO LIMA**

**A CONSTITUCIONALIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL DAS DECISÕES DO  
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA CONCRETIZAÇÃO DA  
DESAPOSENTAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça-PPGDIR da Universidade Federal do Maranhão para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof<sup>o</sup>. Dr. Ney de Barros Bello Filho

São Luís

2015

Lima, Viviane Freitas Perdigão

A constitucionalidade do ativismo judicial das decisões do Superior Tribunal de Justiça na concretização da desaposentação / Viviane Freitas Perdigão Lima. — São Luís, 2015.

140 f.

Orientador: Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho

Dissertação (Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça) — Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Maranhão, 2015.

1. Ativismo judicial. 2. Desaposentação. 3. Superior Tribunal de Justiça. I. Título.

CDU 342.56

**VIVIANE FREITAS PERDIGÃO LIMA**

**A CONSTITUCIONALIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL DAS DECISÕES DO  
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA CONCRETIZAÇÃO DA  
DESAPOSENTAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça-PPGDIR da Universidade Federal do Maranhão para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em:    /    /

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Profº. Dr. Ney de Barros Bello Filho** (Orientador)

Universidade Federal do Maranhão- UFMA

---

**Profº. Dr. Roberto Carvalho Veloso**

Universidade Federal do Maranhão- UFMA

---

**Profº. Dr. Wilson de Barros Bello Filho**

Unidade de Ensino Superior Dom Bosco- UNDB

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus pela vida, dons, dificuldades e amores.

À minha guerreira mãezinha Luciléa, ao meu pai extremamente carinhoso e acolhedor Antônio Augusto e minha amorosa e dedicada irmãzinha Olívia.

Ao amor, Edson, símbolo de calma e paciência. A Renam, pelos ensaios de maternidade que me proporciona.

À toda minha família, tias, primos, cunhado por serem o sustentáculo de todas as horas.

Aos amigos de jornada, graças a Deus só enriquecem a minha caminhada.

Aos colegas, funcionários, professores e coordenador deste fomentador programa de mestrado pelos imensuráveis auxílios.

Ao professor Doutor Ney de Barros Bello Filho pela orientação e pelo exemplo de professor e profissional.

Aos tantos irmãos que fazem parte desta jornada.

*“Na vida, não vale tanto o que temos, nem tanto importa o que somos. Vale o que realizamos com aquilo que possuímos e, acima de tudo, importa o que fazemos de nós!”*

*Chico Xavier*

## RESUMO

A desaposentação é um instituto que resultou de um expressivo contingente de mão de obra que retornou ou permaneceu trabalhando o que vem exigindo inovadoras respostas no ordenamento jurídico brasileiro. As decisões a ela relacionadas configuram-se como ativismo judicial, pois são dadas pela interferência dos Tribunais. A dissertação tem por finalidade estudar a desaposentação como decisão ativista do Superior Tribunal de Justiça localizando o referido julgado dentro do contexto de promulgação da Constituição de 1988, a qual simbolizou um momento de radical mudança na maneira como era concebido o exercício constitucional no Brasil. Analisam-se, a constituição histórica do conceito de ativismo judicial a partir da jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana dialogando e demonstrando os mecanismos impulsionadores do ativismo judicial no Brasil. Assim como, as lutas que se instauram em torno dos sentidos edificados no conceito de desaposentação, tais como a ausência de legislação autorizativa, recursos e da possibilidade de desequilíbrio atuarial do sistema previdenciário. Considera-se a desaposentação sob argumentos de ordem constitucional concretizada pelo Judiciário a partir da existência de uma sociedade democrática. 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). Avaliam-se a origem, conceitos de ativismo judicial e desaposentação, assim como práticas parlamentares (proposta de lei) e judiciais (jurisprudência). Verifica-se que a desaposentação resultante de efetiva necessidade de proteção social, como tese confirmada pelo STJ, é uma atuação proativa da Corte, sob os aportes teóricos do Constitucionalismo Contemporâneo.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Desaposentação. Superior Tribunal de Justiça.

## ABSTRACT

The desaposentação is an institute that resulted from a significant contingent of hand work that has returned or remained working which has required innovative responses in the Brazilian legal system. Decisions related to it shape up as judicial activism because they are given by the interference of the courts. The dissertation aims to study the desaposentação as an activist decision of the Superior Court of Justice finding that the trial within the context of the enactment of the 1988 Constitution, which symbolized a time of radical change in the way it was designed the constitutional exercise in Brazil. It analyzes the historical development of the concept of judicial activism from the jurisprudence of the US Supreme Court in dialogue and demonstrating the mechanisms drivers of judicial activism in Brazil. As well as the struggles that are established around the senses built on the concept of desaposentação such as the lack of authorizing legislation, resources and the possibility of an actuarial deficit of the pension system. It is considered the desaposentação under arguments of constitutional order embodied by the judiciary from the existence of a democratic society. The theoretical framework is guided in a judicial activism in place of public policy for the Legislature or executive by the judiciary (BAUM, 1987) to be searched with relevance in the set of ethical values that make up the best possible legal practice in the community (DWORKIN, 2011). The source are evaluated, judicial activism concepts and desaposentação, as well as parliamentary practices (draft law) and judicial (jurisprudence). It is found that the resulting desaposentação you really require social protection, as a thesis confirmed by the Supreme Court is a proactive role of the Court, under the theoretical contributions of the Contemporary Constitutionalism.

Keywords: Judicial activism. Desaposentação. Superior Justice Tribunal.



## LISTA DE ABREVIATURAS

AC	-	Apelação Cível
ADI	-	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgRg no AgRg no REsp	-	Agravo Regimental em Agravo Regimental em Recurso Especial
AgRg no REsp	-	Agravo Regimental em Recurso Especial
AgRg na SLS	-	Agravo Regimental em Suspensão de Liminar de Segurança
AREsp	-	Agravo em Recurso Especial
EDcl nos EDcl no AgRg no REsp	-	Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial
EDcl no REsp	-	Embargos de Declaração em Recurso Especial
EREsp	-	Embargos de Divergência em Recurso Especial
TRF 1 <sup>a</sup>	-	Tribunal Regional Federal da 1 <sup>a</sup> Região
TRF 2 <sup>a</sup>	-	Tribunal Regional Federal da 2 <sup>a</sup> Região
TRF 3 <sup>a</sup>	-	Tribunal Regional Federal da 3 <sup>a</sup> Região
TRF 4 <sup>a</sup>	-	Tribunal Regional Federal da 4 <sup>a</sup> Região
TRF 5 <sup>a</sup>	-	Tribunal Regional Federal da 5 <sup>a</sup> Região
INSS	-	Instituto Nacional do Seguro Social
MAPS	-	Ministério da Previdência e Assistência Social
RE	-	Recurso Extraordinário
REsp	-	Recurso Especial
RGPS	-	Regime Geral da Previdência Social
RPPS	-	Regime Próprio da Previdência Social
STJ	-	Superior Tribunal de Justiça
STF	-	Supremo Tribunal Federal
TCU	-	Tribunal de Contas da União
TNU	-	Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2</b>	<b>ATIVISMO JUDICIAL: uma expressão emergencial de definição tênue, mas realizável no Brasil</b> .....	16
<b>2.1</b>	<b>Emergência da expressão ativismo judicial</b> .....	20
<b>2.2</b>	<b>O ativismo judicial e a <i>Supreme Court</i>: a era tradicional, de transição e moderna</b> .....	22
<b>2.3</b>	<b>Diálogos entre o Brasil e os Estados Unidos</b> .....	32
<b>2.4</b>	<b>Ativismo judicial e judicialização da política</b> .....	35
2.4.1	O ativismo judicial.....	36
2.4.2	Judicialização da política.....	42
<b>2.5</b>	<b>Fatores de impulsão do ativismo judicial no Brasil</b> .....	45
<b>3</b>	<b>A DESAPOSENTAÇÃO COMO UM DIREITO SOCIAL</b> .....	52
<b>3.1</b>	<b>A desaposentação em um mundo de mudança</b> .....	53
<b>3.2</b>	<b>Aspectos constitucionais da desaposentação</b> .....	59
<b>3.3</b>	<b>Da desaposentação: emergência do conceito e desdobramentos críticos</b> .....	66
3.3.1	Emergência da expressão .....	66
3.3.2	Conceito.....	69
3.3.3	Análise crítica.....	72
<b>3.4</b>	<b>A desaposentação: entre a carência de recursos e propostas de alteração legislativa</b> .....	81
<b>4</b>	<b>A DESAPOSENTAÇÃO COMO ATIVISMO JUDICIAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: uma realidade brasileira sob o viés constitucional</b>	87
<b>4.1</b>	<b>Procedimentos analíticos</b> .....	88
<b>4.2</b>	<b>A desaposentação sob o ponto de vista do Superior Tribunal de Justiça</b> .....	90
4.2.1	As decisões do Superior Tribunal de Justiça e seus fundamentos.....	96
<b>4.3</b>	<b>O ativismo judicial no Superior Tribunal de Justiça</b> .....	102
<b>4.4</b>	<b>A desaposentação como hipótese de ativismo judicial no Superior Tribunal de Justiça</b> .....	106
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	120
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	127

## 1 INTRODUÇÃO

O termo não consta dos dicionários, no Brasil, mas está dando o que falar, e foi tema de programa do Superior Tribunal de Justiça em comemoração aos seus 25 anos, exibido em janeiro de 2014 no canal da TV Justiça. Nele, a reportagem se deteve em conhecer a decisão daquela Corte sobre desaposentação e como o posicionamento do Tribunal interfere na Justiça brasileira e na vida do cidadão.

De início a apresentadora já lembra que a desaposentação é a decisão mais importante do STJ para a população brasileira naquele ano. O termo até parece estranho, pois o aposentado deixaria de ser aposentado para se tornar novamente aposentado. Não é tão confuso como parece. Na verdade, é a revisão de benefício previdenciário, mas agora de um jeito bem melhor para o aposentado, afirma na reportagem. Quem trabalhou muito e ainda permanece no emprego ou continuou trabalhando por um certo período, mesmo estando aposentado, tem a chance de conseguir um benefício mais vantajoso. E o melhor, sem ter que devolver o dinheiro ao INSS, conclui.

No estúdio do programa foi entrevistado o juiz auxiliar da presidência do STJ, o qual detalha os meandros da decisão da Corte (quem pode pedir, a quem pedir, quando pedir), mas não afirma que aquele tribunal está atuando de acordo com lei que autorize o instituto. Cita as propostas do legislativo, mas chama atenção para quem tiver interesse, terá que buscar necessariamente a justiça para obter esse direito. Por fim, aconselha que após a aposentadoria aguarde pelo menos cinco ou seis anos para procurar um Juizado Especial Federal.

Por fim, o programa ouviu o presidente do Instituto dos Advogados Previdenciários de São Paulo (Iape), André Luiz Marques, o qual analisou a decisão do Superior Tribunal de Justiça na mesma festividade que o Tribunal comemorou seus 25 anos: “Vamos ter um tsunami de processos judiciais. Esse vai ser o novo foco das revisões de benefícios. O pessoal está acordando para a injustiça que é contribuir sem ter nada em troca”.

O programa relatado acima já foi acessado mais de vinte e uma mil vezes no *website* do STJ. Na verdade, demonstra o atual cenário jurídico brasileiro cuja atuação do Poder Judiciário aparece como um dos temas que cada vez ganha mais destaque. Sob os mais diferentes pontos de vista, a ampla solução de conflitos pelo Judiciário assumiu gradativamente o centro do debate jurídico por todo o mundo.

Em outros termos, a abordagem que outrora poderia ser considerada própria da ciência norte-americana, na contemporaneidade, atinge abrangência ainda maior, construindo o cerne da questão envolvendo a concretização de direitos nas tradições de diversos países.

Aliado às transformações que passam a teoria constitucional, ou seja, o novo constitucionalismo ou para estudiosos posturas neoconstitucionalista, aparece um protagonismo judicial na conduta de alguns temas. Agora, a ideia de jurisdição estatal está vinculada à expressão *judicial activism, judge-made law* ( Christopher Wolfe), *global expansion of judicial Power* ( Neal C. Tate), dentre outros termos que na atuação dos Poderes, há ênfase ao Judiciário.

Sob este ponto de vista que, no Brasil, o Judiciário é frequentemente chamado para resolver conflitos. Como se vive num contexto de redemocratização, de amplo constitucionalismo aliado a um sistema misto de controle de constitucionalidade é que se identificou uma maneira específica e proativa de interpretar a Constituição.

Na verdade, se criou a prática de extrair ao máximo o sentido e o alcance do texto constitucional. Uma intensa participação do Poder Judiciário na concretização das potencialidades constitucionais, sem adentrar no campo livre de criação do Direito.

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. Este se intitula como “o Tribunal da Cidadania”, seu papel tem se ampliado a tal ponto de atuar incidentalmente na omissão de políticas de ação social do governo. Com o seu poder revisional de legislação federal, legitimamente atribuído a partir de 1988, está Corte incrementou o seu papel político.

O tema objeto desta pesquisa inova na medida do possível da visão sociológica ao indicar mudanças no antigo perfil de envelhecimento populacional, na figura do idoso que deixa o cenário de mão de obra ativa para se dedicar a atividades não praticadas durante o período produtivo. Agora, a dita velhice normal, ou seja, aquela reclusa, destinada ao lar e aos netos dá espaço a uma geração de pessoas idosas que retornam ao mercado de trabalho, o que acaba por exigir diferentes e inovadoras respostas do ordenamento jurídico.

A delimitação do problema da presente pesquisa considera que a Previdência Social, do mesmo modo que a Seguridade Social, assim como todos os elementos que lhes são característicos são direitos fundamentais. Assim, o problema enfrentado no estudo é que a

ausência de lei infraconstitucional que autorize o instituto da desaposentação, não pode ser óbice ao seu deferimento pelo Poder Judiciário, visto que sua negativa é muito custosa para a efetividade de direitos fundamentais sociais.

Como hipótese da pesquisa foi estabelecida a seguinte: diante da própria Lei de Benefícios da Previdência Social deixar de tratar da desaposentação, não contendo previsão expressa de renúncia à aposentadoria, não pode o Poder Judiciário se omitir diante de tal ausência, visto que o arcabouço constitucional deu vazão para atuar em políticas públicas erigidas por outro Poder. Portanto, apresenta-se como ponto importante da pesquisa a possibilidade do Superior Tribunal de Justiça atuar de maneira mais presente na sociedade, pois tem por missão zelar pela uniformidade de interpretação de legislação federal brasileira.

Após várias contribuições vertidas ao sistema previdenciário, se adotasse uma postura a partir de um critério de negação da desaposentação, o que ocorreria se também o STJ postulasse por abandonar uma postura proativa e passasse a se omitir diante desta ofensa a direito fundamental que não foi perpetrado pelo Estado? A quem restaria recorrer? Tais questionamentos perpassam por todo o estudo.

A escolha desse tema foi fruto da constatação de que a sociedade brasileira contemporânea apresenta uma infinita complexidade o que impõe um expressivo contingente de mão de obra retorne ou permaneça trabalhando. Tal postura exige novas respostas do ordenamento jurídico. O papel do Poder Judiciário não está somente restrito as diretrizes estritamente legais. O direito é estritamente político e é um exercício de interpretação, de tal forma que a busca de seu ser é uma atividade interpretativa e se dá em todo o momento da aplicação do direito, e não somente quando se aplica uma lei incontroversa.

Pode-se impedir que um aposentado volte a laborar com o intuito de promover ou até mesmo melhorar seu sustento, aumentando sua qualidade de vida? É socialmente justo que o segurado permaneça contribuindo para a Previdência Social e não possa dela usufruir completamente? O princípio da solidariedade sobreporia a regra da contribuição, logo, à sistemática constitucional permite um fisco previdenciário? Diante de tais indagações não pode o Poder Judiciário ficar afeto a elas. Cabe a ele, encontrar não a ideia de como interprete tem da norma, mas a ideia de que toda a sociedade possui.

O objetivo desta pesquisa procura demonstrar um diálogo entre a o ativismo judicial e a tradição brasileira encontrando um lugar que não é de protagonismo, mas de respeito ao texto

Constitucional. A par disso, é que se desenvolve o originário neologismo desaposentação, de criação doutrinária, em um direito social construído a partir de maior atuação do Judiciário. Quer seja por motivos de existência de omissões legislativas ou o caráter de vagueza ou ambiguidade do Direito, o Superior Tribunal de Justiça vem atuando numa questão social. Desse modo, o Judiciário passou a exercer um papel determinante na definição de certos padrões a serem respeitados.

O objetivo principal da pesquisa será estudar a desaposentação como decisão ativista do Superior Tribunal de Justiça. Localiza-se a referida decisão a partir da promulgação do texto constitucional de 1988, o qual simbolizou um momento de radical mudança na maneira como era concebido o exercício constitucional no Brasil.

Para a construção de tal premissa tem-se como fundamento jurídico a decisão do STJ no recurso repetitivo de controvérsia no REsp nº. 1334488/SC. Como principal fundamento os teóricos Lawrence Baum (1987) e Ronald 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. Cabe salientar, é de relevância ímpar que a realidade não possui um sentido intrínseco ou único, visto que são os indivíduos que lhe conferem significados.

Para tanto, o estudo é desenvolvido de acordo com os objetivos específicos. Como ponto de partida demonstrará as premissas básicas de minha investigação: o ativismo judicial. Embora não seja uma expressão de conceituação fácil, revisitará a emergência da expressão, a história da experiência norte-americana nas suas “Eras” e o estudo de um possível diálogo entre o Brasil e os Estados Unidos, país de onde se extrai o primeiro debate sobre o tema, sobretudo, em seu traquejo sobre quanto a quem deve dar a última palavra à interpretação da Constituição. Além do estabelecimento de critérios para diferenciar ativismo judicial de judicialização da política. Também serão analisados os mecanismos impulsionadores do ativismo judicial no Brasil.

O segundo passo, por sua vez será o estudo da desaposentação, classificada como direito social. Para isso, de início, se fará a abordagem sobre as mudanças globais, contexto no qual, a própria desaposentação está inserida. Em seguida, demonstrará a concepção Constitucional da desaposentação, assim como, seu berço, conceito e debates sobre sua avaliação.

Também traçará um debate sobre o discurso de ausência de recurso em face de sua implantação e as demoradas propostas de alteração legislativa.

Ao fim, tendo como pressuposto os entendimentos já debatidos chegará ao ponto fundamental do estudo: a desaposentação como realidade de ativismo judicial no Superior Tribunal de Justiça embasada numa proposta constitucional. Para tal, necessária será a fixação dos procedimentos de análise empregados na escolha dos julgados. Assim, focará no estudo de como o STJ construiu sua jurisprudência e quais seus fundamentos sobre a desaposentação. Aliando-se a que ponto o Tribunal tem utilizado a expressão ativismo judicial em sua jurisprudência. Como encerramento, trabalhar-se-á o recurso repetitivo de controvérsia, o REsp nº.1334488/SC, sendo apontado como uma atuação proativa da Corte, sob os aportes teóricos do Constitucionalismo Contemporâneo.

A presente pesquisa adotará o método hipotético dedutivo. Usará a dedução, partindo-se do raciocínio geral para o específico. Sendo assim, caso específico será abordado para corroborar o raciocínio geral antes desenvolvido. Tal demonstração de compreensões ou construções de conceitos e *topos* se deu a partir da análise da jurisprudência determinada como ativista pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, assim como, o recurso repetitivo de controvérsia que pacificou a desaposentação.

Importa ressaltar que a adoção do método hipotético dedutivo, não excluiu no desenvolvimento do estudo a utilização do método indutivo, pois certamente se mostrou útil, em determinados pontos, desenvolvendo-se no campo teórico-interpretativo da realidade. Logo, a partir da análise dos aspectos constitucionais da desaposentação, a tese foi construída para produzir *topoi* que auxiliem na reflexão e na discussão do pensar a desaposentação como um direito social. A crítica analítica e propositiva da não atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo na regulamentação dessa premissa desencadeou na concretização de tal direito pelo Poder Judiciário.

Quanto ao método de procedimento manejado foi o método monográfico/dissertativo, pois se aprofundou no estudo de um único tema. E a técnica de pesquisa adotada no trabalho foi, sobretudo, a revisão bibliográfica, jurisprudencial e legislativa.

Sendo assim, no início, a pesquisa bibliográfica será de grande monta, construída a partir de livros e artigos científicos sobre o tema em estudo, com o fito de alcançar fundamentos teóricos primordiais à matéria proposta. Ainda, farar-se-á o emprego de pesquisa documental útil

no estudo de documentos alusivos às leis, jurisprudências, sentenças, pareceres, propostas legislativas, dentre outros.

O diferencial do estudo está nas reflexões que suscita. Aliando-se a sociologia e a hermenêutica constitucional, contribui para os operadores dos direitos e áreas afins o estudo do sistema jurídico brasileiro. Além de representar melhora no valor das aposentadorias concedidas e administradas pelo INSS, a desaposentação, simboliza o fortalecimento do Poder Judiciário como instituição que não alude questões de conveniência e oportunidade para julgar questões políticas que lhe são apresentadas.

Não se trata apenas de uma retórica. Hoje, para as pessoas, a aposentadoria não é mais um momento de transição, simbolizando perda de *status* ou como se fosse a última batida de ponto ao final de uma jornada de trabalho. Ela não simboliza solidão e desorientação, muito menos, oportunidade para as pessoas se libertarem do trabalho. A desaposentação vem quebrar esse perfil e como decisão ativista mostra o envolvimento da Corte na elaboração de importante política o que também suscita questões fundamentais sobre o papel apropriado de um Tribunal.

Cogitando o que foi acima exposto, os desdobramentos do protagonismo do Poder Judiciário torna-se uma predominante provocação na conjuntura atual. O desafio do estudo é justamente demonstrar que a atuação proativa deste Poder, sobretudo, o Superior Tribunal de Justiça, substituindo política pública- direito à desaposentação- do Poder Legislativo ou Executivo, ainda assim, se mostra a mais democrática das instituições.



## 2 ATIVISMO JUDICIAL: uma expressão emergencial de definição tênues, mas realizável no Brasil

O uso dos exemplos destacados a seguir não são frutos do acaso. Apresentam papel estratégico para abrir o primeiro capítulo deste estudo. Os fatos traçados pela história jurídica norte-americana descrevem a emergência de um efetivo controle de constitucionalidade indicando qual contexto deu substrato ao surgimento das controversas sobre a atividade jurisdicional. Mostram um pouco dos chamados *founding fathers* como favoráveis ou não ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário, assim como, demonstra significativas manifestações da Suprema Corte no modo de compreender os limites de atuação do Poder Judiciário tanto progressista, tanto conservador. Em terras brasileiras, também pelos exemplos manejados, descrevem uma postura progressista de manutenção de direitos via Judiciário. Ademais, percebe-se que os casos elencados se unem pelos direitos sociais garantidos.<sup>1</sup>

1787. *O Federalista* ou *Federalist Papers* são uma série de 85 artigos publicados nos idos de 1787 pela imprensa escrita de Nova Iorque. O objetivo era convencer a opinião pública norte-americana da necessidade de ratificação da Constituição. Com o pseudônimo *Publius*, tinha como autores James Madison, Alexander Hamilton e John Jay. Os dois primeiros participaram da convenção de Filadélfia de 1787 em que elaboraram-se os artigos da Constituição Originária dos Estados Unidos; quanto ao terceiro, couberam-lhe cargos importantes como o de primeiro *Chief of Justice* da Suprema Corte Norte- Americana (KETCHAM, 1996, p. 24).

1788. No *Federalista* n. 78, Hamilton descreve o Poder Judiciário como *the least dangerous*, ou seja, o ramo menos temível da Constituição. Afirma que tal Poder, diferentemente do Legislativo e do Executivo, não apresenta Bolsa ou Espada para tomar qualquer resolução ativa. Ajunta afirmando que os Tribunais necessitam de muita coragem para poder defender a Constituição tão fielmente, no momento que o corpo legislativo é exercido nos seus ataques pela maioria da nação (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 460-461).

---

<sup>1</sup> Poderia ter citado no caso do Brasil, o direito de greve dos servidores públicos (Mandados de Injunção 670-9/ES, 708-0/DF e 712-8/PA); Súmula vinculante nº. 11 e 13 do STF; a questão da fidelidade partidária; união estável homoafetiva (STF, ADPF 132/RJ e ADIn 4.277, rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJe 14.10.2011); as marchas da maconha (ADPF 187/DF, rel. Min. Celso de Mello; e ADIn 4.274/DF, rel. Min. Carlos Ayres Britto (FRANCO, 2013, p. 73-78) que podem ser perfilhadas nas carreiras do ativismo judicial (PEREZ, 2012, p. 140-147). Contudo, como este estudo se focará na desaposentação como um direito social, os exemplos do corpo das linhas iniciais do capítulo, demonstram exemplos de atuação do judiciário a partir de uma perspectiva ativista no campo das liberdades civis e direitos sociais.

1803. Estados Unidos. John Adams, presidente dos Estados Unidos, na véspera de deixar o cargo, designou que William Marbury ocupasse o cargo de juiz de paz. Thomas Jefferson, sucessor na presidência, não aceitou o designado de Adams, Marbury, recorreu à Suprema Corte para que James Madison, então Secretário de Estado, o empossasse como juiz de paz com base na seção 13 do *Judiciary Act* de 1789. Em 1802, o Congresso acaba revogando o *Judiciary Act*. Marshall, *Chief Justice*, ciente de que se fosse concedido o mandado a decisão não poderia ser cumprida estabeleceu que Marbury tinha direito de ser empossado, pois a revogação seria irrevogável, mas negou que a Suprema Corte poderia julgar o caso, segundo a seção 13 do *Judiciary Act*, que lhe atribuía tal competência era inconstitucional. (LEVY, 1990, p. 17-20). Com esta decisão surgiu o chamado controle de constitucionalidade norte-americano. A Constituição não conferia de modo expresso o poder de revisão dos Tribunais sobre a legislação. Iniciam-se as discussões sobre ativismo judicial em terras estadunidense.

1988. Brasil. A Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. Emergência de um novo paradigma tanto na teoria jurídica quanto na prática dos Tribunais. Reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos; rejeição ao formalismo e busca por métodos ou estilos mais abertos de raciocínio jurídico, mais ponderação, teorias de argumentação; constitucionalização do Direito com irradiação relacionados aos direitos fundamentais para todos os ordenamentos; judicialização da política e das relações sociais com relevante deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Judiciário. As possibilidades do Judiciário se alargam. O Supremo Tribunal Federal reflete, dessa forma, a exigência constitucional e social de concretização dos direitos fundamentais, no contexto social e força normativa da Constituição. Assim, se iniciam os primeiros debates sobre ativismo judicial<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Como recente julgados ativistas, no Brasil, tem-se : “a) ADPF nº. 45, Rel. Min. Celso de Mello, cautelar deferida em 29/4/2004: legitimidade de intervenção do Poder Judiciário em Políticas Públicas; b) ADPF nº144, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 6/8/2008: tentativa (frustrada) de criação de hipótese de inelegibilidade para réus com condenação criminal não transitada em julgado (o não acolhimento da referida proposta de ativismo judicial resultou na elaboração da Lei da Ficha Limpa – Lei Complementar nº135, de 4/6/2010, decorrente do processo constitucional de iniciativa popular); c) Súmula Vinculante nº13, publicada em 29/8/2008: proibição de contratação de parentes, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, da autoridade nomeante; e ADC nº12, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgada em 20/8/2009: declaração de constitucionalidade de resolução do CNJ – órgão do Poder Judiciário – que dispunha sobre a proibição de contratação de parentes até o terceiro grau, para cargos de comissão ou função gratificada; d) ADI nº4.277 e ADPF nº132, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgada em 5/5/2011: interpretação conforme do artigo 1.723 do Código Civil (e mutação constitucional da interpretação do artigo 226, §3º, da CR), para reconhecer a pessoas do mesmo sexo (união homoafetiva) o regramento infraconstitucional da união estável; e) ADPF nº54, Rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 12/4/2012: interrupção da gravidez de fetos anencéfalos;(…)” (RAMOS; OLIVEIRA JUNIOR, 2014, p. 37-38).

1895. Estados Unidos. Início do “Governo dos Juizes”, “Era *Lochner*” ou “era de Transição”. Declaração de constitucionalidade de diversas leis que tinha por objetivo a regulamentação da atividade econômica e direitos trabalhistas. Para os *Chiefs of Justice* o maior instrumento da comunidade não era o governos, mas o mundo dos negócios. Ao Estado, caberia apenas a proteção das liberdades individuais (RODIRGUES, 1992, p. 150-157).

2005. Brasil. O Supremo Tribunal Federal em litígio envolvendo o Município de Santo André, São Paulo, atribuiu eficácia plena à norma do artigo 208, inciso IV, da Constituição, a qual estabelece que cabe ao Poder Publico assegurar educação infantil em creche e pré-escola, às crianças de até cinco anos de idade. Para a Corte, a omissão de providências legislativas e administrativas reclamadas ao Poder Publico para a concretização de normas que assegurem direitos sociais fundamentais, de natureza prestacional, autoriza o judiciário a transformá-las em normas de eficácia plena e aplicação imediata, o que daria amparo a decisões condenatórias em face da entidade federativa omissa. (RAMOS, 2010, p. 264-267)

1954. Estados Unidos. Corte Warren. Reafirmação das liberdades civis. No famoso caso *Brown versus Board of Education* (Junta de Educação), aquela Corte depôs de vez fim à doutrina “iguais, mas separados” (*equal, but separete*). Antes, baseada em tal doutrina, admitia-se a segregação racial nas escolas do Sul, resultando em escolas exclusivas para negros e escolas exclusivas para brancos. O caso *Brown* foi o primeiro passo para “o fim” da segregação racial (BAUM, 1987, p. 306).

2013. Brasil. Foi no REsp nº. 1334488/SC, relator Ministro Herman Benjamin, que o Superior Tribunal de Justiça pacificou a garantia ao direito social à desaposentação. Mesmo sem lei federal que garanta tal beneficio restou assegurado o direito de serem computadas em antiga aposentadoria, novas contribuições, com o fim de obter maior beneficio. Em tal 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.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Fala-se aqui em 2013, pois o Superior Tribunal de Justiça pacificou o tema, por exemplo, desde 2010 já se julgava favorável a desaposentação por tribunais Regionais Federais, por exemplo, AC 200561040082099, Juiz Sergio Nascimento, TRF 3- Décima Turma, 27.01.2010 e AC 200971000172414, Eduardo Vandrê Oliveira Lema Garcia, TRF 4- Sexta Turma, 05.02.2010. Embora haja um controle de legalidade, a Constituição passa a exigir o que a doutrina denomina de filtragem constitucional do direito, a qual “consistem que toda a ordem jurídica deve

Percebem-se até aqui relatos de dois países tanto com contexto histórico e tradições distintas. Peculiaridades jurídicas dispares. Mas o que aproximaria as oito situações demonstradas? Todas elas, desde o século XVIII, nos Estados Unidos e século XX, no Brasil, ressaltando-se as peculiaridades culturais, territorial e temporal que transparecem podem se reunirem devido a um elemento instigante: a atuação do Poder Judiciário.

Desse modo, com a referida amostra de alguns fatos que marcaram o exercício da jurisdição constitucional de ambos os países é que se inicia o primeiro capítulo deste estudo. Analisa-se um importante tema que mesmo suscitado no século XIX é avidamente contemporâneo: o ativismo judicial.

No Brasil, os debates sobre o tema, ganharam fôlego com a Constituição de 1988, a qual criou um ambiente democrático ao insuflar a ideia de concretização de direitos a todos os cidadãos. Em um ambiente democrático foi que o ativismo brasileiro compensou a inação do Poder Legislativo e Executivo, na implementação de determinados direitos previstos na Constituição ou em reclamos de certo corpo social. Já no país onde surgiram os primeiros ensaios sobre o tema, nos Estados Unidos, a discussão sobre a temática é feita desde 1803, ou seja, os debates ocorrem há mais de dois séculos.

Sendo assim, ganhou destaque no cenário brasileiro a doutrina estadunidense sobre o ativismo judicial e, com isso, cresce uma necessidade brasileira de se intensificar a atividade jurisdicional, sob um viés de uma necessidade de ativismo judicial para se em direitos. Contudo, ainda é recente o debate acadêmico, no Brasil, sobre o tema. Deve-se alertar que por ser um tanto quanto novo o assunto, não pode ser visto antecipadamente como um remédio que resolve todos os conflitos; o ativismo judicial não deve ser encarado como solução, mas parte dele e não o problema. “[...] Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado” (BARROSO, 2012, p. 290).

Diante das ressalvas e da necessidade de um amplo debate acadêmico que envolva o assunto, a intervenção do Judiciário não deve ser ampla e incondicionada<sup>4</sup>. O que se tem em cheque é que a sociedade brasileira evoluiu, tornando-se mais técnica e complexa e como isso, as

---

ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados” (BARROSO, 2007, p. 20).

<sup>4</sup> A ideia é de Eduardo Cambi (2009, p. 247). Para o autor, alimentando a discussão nacional sobre ativismo judicial, afirma que a intervenção do judiciário depende de prévia verificação de direitos fundamentais. Se ocorrer, o Poder Judiciário não pode se esquivar da tutela desses direitos fundamentais, desde que estando “dentro dos parâmetros estabelecidos pela argumentação jurídica, sempre mediante decisões motivadas voltadas à legitimação do poder jurisdicional, o protagonismo judiciário, assim compreendido, justifica-se”.

prestações sociais passam a ser exigidas pelos cidadãos na complexidade social que os cercam. E, conseqüentemente, uma nova forma de pensar sitiada numa pluralidade social, o que faz com que os cidadãos queiram cada vez mais participar do processo político e democrático.

Assim, há uma busca incessante pela satisfação de seus direitos e pelo cumprimento da democracia e Constituição. Os grupos sociais aumentam formando blocos de resistência ao descaso do Estado para com a sociedade. Assim, modificam-se os parâmetros de ordem e de justiça. Parece existir uma via de mão dupla na relação entre o judiciário e o cidadão. O cidadão deposita no Judiciário a confiança que perdeu nos outros Poderes. E os magistrados dão guarida às pretensões dos que buscam os Tribunais<sup>5</sup>. (CAMPILONGO, 1994).

Neste contexto se torna fundamental colocar sobre cautela alguns pontos substanciais sobre o ativismo judicial para que se fundamente sua viabilidade dentro do perfil constitucional brasileiro da decisão pacificada do Superior Tribunal de Justiça sobre a desaposentação. Primeiro, importa traçar os caminhos da origem da expressão do ativismo judicial. Segundo, necessário realizar a diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política, delimitando-se os pontos conceituais que encaminharão este estudo. Terceiro, delimitar que contexto impulsionou o ativismo no Brasil, substrato necessário ao estudo do instituto da desaposentação.

## 2.1 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 judicial<sup>6</sup>. 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.

<sup>5</sup> Campilongo prolonga a explanação: “Dito de ouro modo: além de continuar resguardando valores tradicionalmente garantidos pela técnica jurídica, o Judiciário vive o dilema de adaptar seu repertório a situações inéditas. Essas situações, protagonizadas por grupos a pouco tempo alijados do acesso à justiça, vêm, mas lenta e progressivamente, desafiando a rigidez lógico-formal dos sistemas legais. A partir disso é possível compreender, por exemplo, a práxis ‘alternativa’ e ‘libertadora’ dos magistrados que, por dever funcional, procuram oferecer respostas a essas demandas” (CAMPILONGO, 1994, p. 118-119)

<sup>6</sup> 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”.

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.

Para aquecer tal debate Kmiec (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<sup>7</sup>. (TEIXEIRA, 2012).

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.

Contudo, antes de adentrar em larga visão de doutrinadores sobre o conceito do tema, útil é fazer o estudo da história do constitucionalismo norte-americano, traçando-se o caminho do ativismo judicial em solo estadunidense e posteriormente entender a geração de um ativismo *sui generis*, no Brasil, a partir da promulgação da Carta de 1988.

## **2.2 O ativismo judicial e a *Supreme Court*: a era tradicional, de transição e moderna**

Neste momento, fazem-se reflexões a respeito do chamado ativismo judicial mediante um esforço histórico das principais decisões indicadas como ativistas no exercício do controle de constitucionalidade, assim como as respectivas críticas por elas enfrentadas. Concentra-se na experiência do sistema jurídico norte-americano com o fito de fornecer elementos para melhor

---

<sup>7</sup> Por exemplo, no governo do presidente Lyndon Johnson, intensificaram as ações afirmativas como instrumento político de combate á desigualdade social decorrente de fatores como etnia, raça, sexo, religião ou qualquer outro meio de discriminação. Durante o *Civil Rights Acts*, de 1964, entrou em vigor uma série de leis com o objetivo de auxiliar pessoas de baixa renda por meio de programas de incentivo à saúde e educação, assim como estimular o crescimento da economia para que vagas fossem criadas para abarcar aqueles socialmente discriminados ou marginalizados (MOSES, 2001).

compreender o fenômeno ativismo judicial no Brasil e a proposta ativista do Superior Tribunal de Justiça na sedimentação da desaposentação.

Pois bem, não é novidade que a Constituição Norte-Americana não demonstra em um único artigo a delimitação de competência à Suprema Corte para controlar a constitucionalidade de leis criadas pelo Parlamento. Assim, cresce o número de críticas ao poder de revisão judicial da Suprema Corte quanto mais esta atua na declaração de inconstitucionalidade de leis.

Com o objetivo de convencer a opinião pública da necessidade de retificação da Constituição, não se sabe ao certo se os Constituintes de 1787<sup>8</sup> teriam propositalmente se omitido acerca do controle de constitucionalidade de leis pelo Poder Judiciário (BEARD, 1965).

No artigo número 78 de O Federalista, Alexander Hamilton, membro do partido federalista que ocupou o cargo de o primeiro *Chief of Justice* da Suprema Corte Norte-Americana, explica a importância da revisão judicial para a preservação da democracia. Para ele, a função de guarda da Constituição não poderia ser transferida para o Legislativo, pois acreditava que a Constituição quis colocar os Tribunais Judiciários entre o povo e a legislatura, com o fim do Poder Judiciário impor limites ao Legislativo. (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003).

Não significa que Hamilton desenhou uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo no número 78. Contudo, asseverou que o controle judicial apenas permitia o poder do povo acima de ambos: sempre que a vontade do Legislativo, aqui se elencando as leis, se opusesse à do povo, os juízes deveriam obedecer a está e não àquela. (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003).

Já no federalista n. 81, Hamilton acrescenta que mesmo a Constituição sendo silente quanto às revisões dos atos do Judiciário pela legislatura, não seria conveniente o poder de revisão, embora fosse possível. O referido membro da Convenção Constituinte de 1787 justifica a competência do Judiciário para o controle de constitucionalidade das leis na questão de que dificilmente o legislador reavaliaria as leis que tivesse elaborado isto porque “o mesmo espírito que predominou em sua elaboração estaria presente quando da interpretação; seria ainda menos provável que homens que infringiram a Constituição, no papel de legisladores, estivessem

---

<sup>8</sup> Reafirmando o já comentado no início deste capítulo, *o Federalista* ou *Federalist Papers* é uma série de 85 artigos escritos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, assim como, outros participantes da Convenção da Filadélfia criando a Constituição Americana de 1787. Tais artigos foram publicados na imprensa de Nova Iorque em 27 de outubro de 1787 e a primeira edição, em março e maio de 1788, foi conferida em dois volumes. (BEARD, 1965)



dispostos a reparar seus erros quando investidos do papel de juízes”<sup>9</sup>. (HAMILTON, 2003, p. 488).

É neste contexto que se inicia em 1787 a Era Tradicional que perdura com a Promulgação da Constituição e vai até o final do século XIX. Agora, a meta assumida pela Suprema Corte era ser ativa no fortalecimento do governo federal com a contenção dos poderes estaduais. (WOLFE, 1991).

Para que a ideia se realizasse, explica Wolfe (1991) que houve aplicação da Constituição frente às leis ordinárias. Fortaleceu-se o Governo Federal mediante o controle de constitucionalidade de leis estaduais, resumindo-se naquelas que se destinam a regulamentação do comércio. Na Era Tradicional, a Constituição é entendida como um instrumento inteligível com conteúdo real e verdadeiro que se poderia perceber ao lê-la adequadamente. Com princípios tão claros e precisos que poderiam aplicar-se como regras de direito e não se limitar a proclamar vagas generalidades. O controle judicial era estabelecer supremacia da regra constitucional sobre qualquer ato do legislativo ou executivo que pudesse opor-se a ela.

Neste ambiente, como já ventilado, é que se inaugura o controle difuso de constitucionalidade das leis (*judicial review*). O Presidente da Suprema Corte norte-americana, John Marshall (1801-1835), quinze anos depois da Convenção Constituinte de 1787, no caso *Marbury vs. Madison* (5 U.S. 137) foi o primeiro *case* que a Suprema Corte arguiu a inconstitucionalidade de dada legislação.<sup>10</sup>

Em tal caso (*Marbury vs. Madison*), eleito novo presidente, Thomas Jefferson, estava insatisfeito com as nomeações de última hora do antigo presidente John Adams. Este teria nomeado juízes até as 21 horas do seu último dia de mandato com o fito de entrincheirar os federalistas, os quais foram derrotados nas eleições nos tribunais. Assim, os chamados juízes da

---

<sup>9</sup> As ideias de Hamilton não param por aí. Ainda no número 78, o primeiro *Chief Justice* afirma que a lei deveria ser declarada nula de antemão à autoridade legislativa se não observasse os parâmetros Constitucionais: “Não há posição que se apoie em princípios mais claros que a de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem delegou essa autoridade. Consequentemente, não será válido qualquer ato legislativo contrário à Constituição. Negar tal evidência corresponde a afirmar que o representante é superior ao representado, que o escravo é mais graduado que o senhor, que os delegados do povo estão acima do próprio povo, que aqueles que agem em razão de delegações de poderes estão impossibilitados de fazer não apenas o que tais poderes não autorizam, mas, sobretudo o que eles proíbem.” (HAMILTON, 2003, p. 471)

<sup>10</sup> Existem controvérsias. Por exemplo, introdução da já citada obra de Charles Beard (1965, p. 15; 114-115), Allan F. West suscita existem precedentes dos tribunais estaduais em que já se teria declarado nulidades de atos do Poder Legislativo. Mas o próprio suscitador elenca que os citados precedentes são considerados pelos estudiosos do *judicial review* duvidosos ou irrelevantes. O certo é que existem também outros motivos, por exemplo, autenticidade duvidosa ou ausência de registro oficial.

meia noite (*The midnight judge*) não agradou o novo presidente. Dentre eles, estava Marbury sendo nomeado juiz de paz para o Distrito de Columbia, o qual teve sua posse recusada pelo então Secretário de Governo do novo presidente, James Madison. Então, o frustrado juiz dispôs-se de um *mandamus* contra ato do secretário o qual permite a revelia do *writ*. A solução encontrada por John Marshall foi declarar a inconstitucionalidade do artigo 13 da Lei Judiciária de 1789 que permitia ao Supremo Tribunal competência para o julgamento do *mandamus* contra ato do Secretário de Governo<sup>11</sup> (WOLFE, 1994).

Tida como uma decisão mais política do que jurídica Marshall acabou redigindo opinião favorável ao poder de revisão judicial que em nenhum momento cita *O Federalista*. Contudo, segundo Rodrigues (1992, p. 35-38) fundamenta sua decisão citando artigo da Constituição que versam sobre a impossibilidade de aprovação de leis que tratam de determinada matéria. Em sua lógica formal, demonstra que ao Judiciário caberia decidir sobre qual legislação aplicável em face de um conflito de normas<sup>12</sup>.

Marshall, segundo Wolf (1994, p. 62) “[...] foi o maior representante judicial do primitivo ou tradicional enfoque da interpretação constitucional e controle judicial”. Foi presidente do Supremo Tribunal por trinta e cinco anos e sua influência se notou sobre todos os casos constitucionais.

Ainda na Corte Marshall houve outras significativas decisões que reafirmaram o fortalecimento do Governo Federal: i) poderes implícitos e supremacia: *McCulloch versus Maryland* (1819), elencando a teoria dos poderes implícitos<sup>13</sup> houve a declaração de constitucionalidade de lei federal que criara um Banco Nacional e a declaração de inconstitucionalidade de lei estadual que tributava tal banco; ii) a cláusula de comércio: *Gibbons*

---

<sup>11</sup> O certo é que está atuação no século XIX do *judicial review* não é igual como ele é parecido atualmente é exercido. Contudo, não se pode negar as contribuições que este caso trouxe para o direito norte-americano, isto porque se algumas modificações ocorreram foram a partir de um ponto e este seria a base. (WOLFE, 1994)

<sup>12</sup> Marshall inverteu a ordem do julgamento. Adentro no mérito do julgamento e afirmou que Madison agira de forma ilegal ao negar a posse a Marbury e em face dos princípios aplicados a *Common Law*, havia um remédio para o caso: o *writ of mandamus* (RODRIGUES, 1992). Para Marshall, de nada adiantaria os juízes jurarem a Constituição se não pudessem declarar nulas as leis que com ela fossem incompatíveis. Analisa que essa atribuição do Poder Judiciário é uma decorrência lógica dos sistemas que adotam uma Constituição escrita, o qual é nula qualquer lei incompatível com a Constituição. Assim, segundo ele, os tribunais, bem como os demais departamentos, são vinculados a tal instrumento. (MARSHALL, 1908)

<sup>13</sup> Sobre a teoria dos Poderes Implícitos, Wolf (1994, p. 77-78) afirma que “La interpretación de Marshall de la cláusula necesaria y apropiada garantizaba que el Congreso tendría amplia discrecionalidad em la elección de medios para llevar a cabo los fines del gobierno federal. Así, se hizo posible para Estados Unidos mantener una Constitución que no era exercivamente prolija y no necesitaba enmiendas constantes, al tempo que proporcionaba la capacidad de adaptación adecuada a las necesidades y circunstancias cambiantes”.

*versus Ogden* (1824), definiu o comércio em sentido amplo, não meramente como tráfego, compra e venda, mas abarcando todas as formas de relações comerciais incluindo a navegação; iii) a cláusula dos contratos: em regra, por razões de moralidade política e política pública, Marshall deu uma interpretação ampla da cláusula do contrato a exceção de *Ogen versus Saunders* (1827); iv) poder judicial federal: maior autoridade judicial federal sobre os Tribunais dos Estados, por exemplo, *Cohens versus Virginia* (1821) (WOLFE, 1994, p. 85).

Um segundo caso que ocorreu na Era Tradicional quase meio século mais tarde, o qual foi intensamente criticado foi *Dred Scott versus Sandford* (1857). Sob a presidência do juiz Roger B. Taney, afirmou-se que os escravos não estavam protegidos pela Constituição e, assim, não poderiam recorrer aos tribunais norte-americanos. Decidiu-se, deste modo, que o Scott não poderia ter ajuizado uma ação perante o tribunal federal com o fim de obter sua liberdade, mesmo que sua residência temporária fora do estado do Missouri (em que a escravidão perdurou até o fim da guerra civil) não indicava sua emancipação, pois isto subtrairia de seu dono o direito de propriedade. Assim, corroborando com a ideia de Wolfe (1994, p. 104), o Tribunal Taney foi considerado normalmente muito diferente do Tribunal Marshall, também se poderia dizer o mesmo dos tribunais posteriores durante a maior parte do século XIX<sup>14</sup>.

Conhecido como “Era dos Juízes” ou “Era Lochner”, a Era de Transição inicia-se em torno de 1890 e perdura até o final da década de 1930. Trata-se de um momento em que houve uma grande reformulação na composição da Suprema Corte em curto espaço de tempo sofrendo a influência da política do *New Deal* (WOLFE, 1994). Durante essa segunda etapa do controle judicial, o Supremo Tribunal adaptou uma interpretação peculiar, “[...] la del laissez-faire capitalista, de los derechos de propiedad garantizados por el derecho natural. Basándose en esta filosofía política impidió los intentos de regular la vida económica em el período comprendido entre 1890 y 1937”. (WOLFE, 1994, p. 17).

---

<sup>14</sup> Segundo Wolfe (1994, p.104-105), os últimos anos do Tribunal Taney e do Tribunal Chase (1865-1873) trataram de casos que em sua maioria surgiram da conduta do governo de combater a Guerra civil (*The Prize Cases* (1863) e *Ex Parte Milligan* (1866)). O Tribunal Chase restringiu o exercício dos poderes de guerra sobre os cidadãos civis em zona em que não estivessem sobre ameaça de guerra. No tribunal Waite (1873-1888) se continuou tratando com os casos de forma bastante tradicional no que tange a cláusula de comércio e de contrato. Wolfe conclui que na Era Tradicional, os primeiros casos constitucionais, “as regras tradicionais de interpretação não convidavam a uma jurisprudência mecânica que pretende livrar-se de toda incerteza por meio da aplicação de regras detalhadas que sempre dao como resultado uma única conclusão inatacável. Todo processo é bastante complexo e requer elementos que o interprete possua prudência política. Os processos de interpretação não podem por si só garantir o resultado correto. Para um bom processo produza continuamente bons resultados é necessário homens bons eu usem bem esse processo”. (p. 105-106)

Nesta fase da história constitucional norte-americana os diversos *Chief of Justice*, impediram o Estado de tomar quaisquer medidas voltadas a regulação das políticas de bem-estar relativas à saúde, ao trabalho, à segurança. Em verdade, foi uma fase de hipervalorização pelo judiciário do liberalismo econômico, pois naquela época, o então presidente Roosevelt com o propósito de superar a Grande Depressão de 1929 adotou o chamado plano de reestruturação econômica, *New Deal*.

O momento foi de delegar poderes do Congresso Nacional ao Executivo para suprir políticas, por exemplo, fixação de jornada de trabalho e salários, preços e diversas questões sociais de interesse dos trabalhadores em geral. Assim, houve colisão com a Suprema Corte. Conclusão: período de declaração de inconstitucionalidade de diversas leis e resoluções, pois supostamente violavam a cláusula do comércio ou indelegabilidade de alguns poderes do Congresso Nacional para o Executivo.

Em contrapartida aos ativismos daquela Corte, Roosevelt propôs uma espécie de reforma ao Poder Judiciário. O objetivo era pôr fim as reformas preconizadas pelo chefe do Executivo e aumentar o número de juízes da Suprema Corte de 9 para 15, além disso, haveria a possibilidade de se nomear novos juízes federais caso estes não pedissem a aposentadoria aos 70 anos. Contudo, a proposta não obteve sucesso com a imprensa nacional e boa parte dos partidários do Presidente no Congresso, pois via a reforma como uma afronta a independência do Judiciário (BAUM, 1987).

O certo é que para aquele judiciário da Era de Transição, o aumento do número de juízes da Suprema Corte não ofereceria dinâmica à Corte<sup>15</sup>, mas diminuiria a celeridade das decisões, o objetivo era evitar a mudança em tempo de salvar os nove (*the switch in time that saved nine*). E esta visão foi oferecida formalmente ao Congresso (por meio de uma carta formulada pelo *Chief Hughes*), mas mesmo com os debates, os empasses entre Poderes acabou diluindo-se. Isto porque a própria Suprema Corte declarou a constitucionalidade de lei do salário

---

<sup>15</sup> Tal ideia pode ser também abstraída por André Tunc já para o século XX (BELLET; TUNC; TOUFFAIT, 1978, p. 433) sobre o tão elevado número de decisões que só compromete a qualidade, esmero e coerência dos pronunciamentos e, em última análise, a própria jurisprudência das cortes superiores da Europa continental as quais se encontravam afogadas por grande número de recursos por decidir, resultando também no número elevados de juízes e a pluralidade de seções: “é difícil crer que uma corte que produz 35.000 decisões por ano, com uma proporção de 100 decisões por magistrado (como no caso da Corte de Cassação italiana), possa agir com o mesmo cuidado do que um tribunal prolator de 50 decisões, com a proporção de 5 por magistrado, como no caso da Grã Bretanha”.

mínimo no Distrito de Colúmbia (*National Labor Relations Board versus Jones and Laughlin Steel Corp-1837*) e outros julgados similares.

Agora, a Corte passou a presumir a constitucionalidade de toda legislação que intervinha no domínio econômico, requisitando apenas que as leis fossem razoavelmente relacionadas a um cunho político válido para que não fossem declaradas inconstitucionais. Momento que se convencionou chamar “*rational basis test*” (TRIBE, 1986, p. 80).

Pois bem, antes desta mudança de posicionamento da Corte, sobretudo com a mudança do *Justice* Owen J. Roberts (Corte Hughes), pertencente ao grupo conservador, a Corte foi marcada por uma “questão de vontade”<sup>16</sup> que se contrapõe a Era Tradicional com seu foco de decisão ponderada ou interpretacionista. (WOLFE, 1994, p. 17).

Assim, cumpre ressaltar o famoso caso *Lochner versus New York* (1905) na qual foi declarada a inconstitucionalidade de Lei do estado de Nova Iorque que fixava em 10 horas diárias e 60 semanais a quantidade máxima de horas de trabalho nas padarias. “O tribunal considerou que a lei questionada interferia irracionalmente a liberdade de contratar e a derogou”. (WOLFE, 1994, p.17)

Tal julgado trouxe a substituição da teoria de presunção de constitucionalidade da legislação social, a qual foi aplicada em 1898 no caso *Holden versus Hardy*, sendo que lei do Estado de Utah foi declarada constitucional ao limitar em 8 horas a jornada de trabalho em minas. Com *Lochner* as leis sociais deveriam passar por um crivo judicial (“notificação judicial”) cabendo ao Estado provar a necessidade das medidas de regulação. Em 1918, por exemplo, no caso *Bunting versus Oregon* foi declarada constitucional lei do Estado de Oregon que determinava a jornada de trabalho de 10 horas diárias com possibilidade de até 3 horas extras, no valor de 1,5 da jornada normal (WOLFE, 1994).

Aponta Lêda Boechat Rodrigues (1992) que Corte dessa Era, mesmo imantada pela política do *laissez-faire* não era unânime. Por exemplo, o Juiz Jonh Harlan afirmava que a Corte estava adotando uma teoria econômica que não era mais almejada pela sociedade norte-americana. Já o juiz Oliver Holmes afirmava que próprios setores especializados no assunto, no

---

<sup>16</sup> Neste período, Wolfe (1994, p. 17) assevera que “em realidad, desde esse punto de vista, el Tribunal podía derogar cualquier ley que, em su opinión, regulasse ‘em exceso’ la actividad económica. Um poder semejante parece más una cuestión de voluntad- legislación, em los términos del Federalist- que de juicio, decisión ponderada o ‘interpretación’.

caso os médicos, elencavam que a expectativa de vida dos padeiros era abaixo da média de outros trabalhadores não expostos a situações de vulnerabilidade.

Mesmo com tais ressalvas, a Corte continuou regulando os direitos trabalhistas e o comércio (WOLFE, 1991, p.253-275):

a) Lei Federal antitruste não se aplica ao Trust do açúcar, comércio era apenas o transporte (*United States versus E. C. Knight Co, 1895*);

b) Declaração de inconstitucionalidade de lei do Estado de Nebraska que fixava tarifas nos transportes interestaduais sob o argumento de imposição de tarifas baixas sem o devido processo legal resultaria na subtração da propriedade das empresas ferroviárias, a Suprema Corte era vista como “Supercomissão para Tarifas de Estradas de Ferro”( *Smith versus Ames, 1898*);

c) Corte permite a aplicação da Lei Antitruste ( Lei Sherman) contra trabalhadores, sobretudo, contra sindicatos e associação de trabalhadores (*Dnbury Hatters Case ou Loewe versus Lawlor, 1908*);

d) Não foi permitida a não filiação de empregados a entidades trabalhistas (proibição dos contratos *yellow dog* das empresas de estrada de ferro) e permitido a discriminação de empregados já empregados mediante a não contratação ou ameaça de demissão (*adair versus United State, 1908*);

e) Declarada a inconstitucionalidade de federal que interditava o comércio interestadual de mercadoria fabricada por crianças (*Hammer versus Dagenhart, 1918*);

f) Declarada a inconstitucionalidade de lei que estabelecia o salario mínimo para as mulheres do Distrito de Columbia (*Adkins versus Children’s Hospital, 1923*).

Em derradeiro se chega à Era Moderna sendo considerada “a mais importante das três”. Foi um período que compreende a interpretação constitucional e controle judicial posteriores a 1937 até os dias de hoje, razão pela qual se concentra nela nos âmbitos finais deste tópico (WOLFE, 1991, p. 20).

Para Wolfe (1991, p. 19-20), com o deslocamento da Corte da esfera econômica para as liberdades civis, sobretudo, com a Primeira Emenda (os direitos dos acusados em distintos preceitos de várias declarações de direitos) e a Décima Quarta (a cláusula de igual proteção) surgiram novas armas do ativismo judicial. “[...] A partir daqui se inscreveria uma atuação desempenhada pela Suprema Corte na história do constitucionalismo norte-americano: os juízes,

na tradição da *common law*<sup>17</sup>, deixam de interpretar as leis passando a reeditá-las”. (WOLFE, 1991, p. 20).

O conceito moderno de controle judicial nasceu em uma nova era do direito constitucional. O centro do ativismo judicial mudou dos direitos econômicos para as liberdades civis e finalmente para a igualdade. Especialmente depois da ascensão de Earl Warren a mais alta magistratura do país, o Supremo Tribunal, assim como os tribunais inferiores, o qual assumiu uma função no processo político ainda desconhecido na história anterior dos Estados Unidos, “[...] lo que se engendró una ferviente admiración y a la vez una amarga oposición. Esto dio al eterno debate norteamericano sobre el controle judicial una nueva intensidad” (WOLFE, 1991, p. 279-280).

Já Baum (1987, p. 234) afirma que “[...] o forte do *Justice Warren* (1953-1969) era sua indiscutível capacidade de liderança que usava para obter consensos em temas polêmicos”. Assim, Warren mesmo com inferior capacidade jurídica ao enfrentar *Justices* intensamente capacitados (Black, Douglas e Frankfurt) e Corte dividida entre liberais e conservadores conseguiu decisões históricas que insuflaram uma verdadeira revolução constitucional. Logo, influenciou atividades de muitas outras cortes e tribunais (BAUM; 1987; RODRIGUES, 1992; WOLFE, 1991).

O Tribunal Warren enfocou da mesma maneira a interpretação constitucional e o controle judicial em sua maior parte. Assim, desenvolveu a categoria dos “direitos fundamentais” com toda claridade e se dedicou a estabelecer uma ampla política social em diversos campos controvertidos. Converteu no Tribunal mais ativo da história dos Estados Unidos e deixou uma marca profunda na vida e no direito norte-americano (WOLFE, 1991).

Uma decisão característica de tal Era foi o *Case Brown versus of Education* (Junta de Educação), de 1954<sup>18</sup>. A Corte abriu novo espaço para o fim da segregação. Agora não seria mais permitida a segregação racial nas escolas do Sul dos Estados Unidos, ou seja, a Corte deu cabo,

---

<sup>17</sup> Sobre algumas diferencias entre os Sistemas da “Common Law” e “Civil Law”, Cappelletti ensina magistralmente que nos sistemas de tradição da “Civil Law” ha redução da autoridade e criatividade das decisões dos tribunais em gerais. As decisões judiciárias nos países com esta tradição raramente se afastam da massa. A criatividade dessas decisões é mais coletiva do que individual; “[...] muito mais do que pronunciamentos das cortes superiores dos países de ‘Common Law’, tendem a aparecer como a aplicação puramente técnica e quase mecânica da lei, aparência sublinhada, em regra, pela falta de publicidade dos votos divergentes”. (CAPPELLETTI, 1999, p. 119-121)

<sup>18</sup> Esse novo julgado revogou outra famosa decisão no *Case Plessy versus Ferguson*. Aqui, a Corte decidiu pela constitucionalidade da lei do estado da Louisiana que determinava acomodações, entretanto, iguais para negros e brancos nos transportes ferroviários. (WOLFE, 1991)

mente, “[...] a doutrina dos iguais, mas separados (*equal, but separate*) em face do princípio da igualdade (*equal protection of the law*)”. Feito permitido pela inclusão da décima quarta emenda à Constituição norte-americana, em 1868, a qual ampliou os direitos- cidadania e direitos civis- dos *african americans*<sup>19</sup>. (WOLFE, 1991, p. 354)

Ainda, na década de 1960, a Corte Warren continuou desempenhando papel mais decisivo na história norte-americana (WOLFE, 1991, p. 383-404):

a) Redistribuição dos distritos eleitorais: *Backer versus Carr* (1862), a Corte admitiu que a ordenação dos distritos eleitorais não se tratava de uma questão política (*political question*), mas também estava sujeita ao controle judicial;

b) Defesa de acusados criminais: *Gidion versus Wainwright* (1963), se os acusados não tivessem condições de constituir um advogado, a Corte estendeu a eles o direito a assistência gratuita perante os tribunais estaduais. Também, o caso, *Miranda versus Arizona* (1966), a Corte garantiu, por maioria de 5x4 o que era previsto na quinta emenda (o direito de ninguém produzir prova contra si mesmo), proibindo a extração forçada de confissões estabelecendo uma série de regras a serem obedecidas durante os interrogatórios policiais;

c) Cláusula sobre a religião oficial no Estado: *Engel versus Vitale* (1962), o Tribunal derogou em uma escola do bairro Regent em Nova Iorque o recitado na seguinte oração: “Deus todo poderoso, reconhecemos que dependemos de Ti e imploramos tuas benções sobre nós, nossos pais, nossos professores e nosso país”. A cláusula impedia qualquer união entre governos e religião incluindo composição governamental das orações;

d) Intimidade: *Griswold versus Connecticut* (1965), foi declarada a inconstitucionalidade de lei do Estado de Connecticut que proibia o uso de contraceptivos; e) igual proteção: *Douglas versus California* (1963), a Corte declarou ser inconstitucional a negação de advogado para indigentes apelarem; *Haper versus Bd. Of Elections* (1966) “derrogou imposto anual de capacitação no valor de 1,50 dólares no Estado de Virgínia, pois a capacidade dos votantes não se relacionava com a riqueza destes.”

<sup>19</sup> Wolfe (1991, p. 353-356) explica Como que Warren levou em consideração no seu voto estudos de psicologia e concluiu que a segregação racial compromete o desenvolvimento educacional. Ainda, outro fator importante neste julgado foi o citado por Baum (1987, p. 304-306) ao dizer que importante para se implementar a decisão foi a atuação do Congresso Nacional ao avalizar a negativa de verbas federais às instituições que realizassem a segregação racial. Também a Leis de Votos foi primordial para a implementação do julgado ao possibilitar o número de eleitores negros no Sul dos Estados Unidos.



Nesse contexto, a Corte Warren é fortemente apresentada por uma postura ativista, pois apresentou um poder de fato de revisar a Constituição, de ajustá-la aos tempos especialmente “[...] acrescentar cada vez mais direitos e garantias pessoais e não econômicos.” (WOLFE, 1991, p. 404)

Com o início da Corte de Warren E. Burger (1969-1986), o caminho traçado por Earl Warren de período mais ativista da Suprema Corte parece ser afastado. Contudo, não conseguiu impedir o liberalismo do juiz Willian Brennan Jr. e acabou mantendo o rótulo de decisões ativistas. Mais um perfil moderadamente conservador foi traçado pela Corte do juiz William H. Rehnquist (1986-2005), cujo legado foi a maior alteração os precedentes da história da Corte. Já com a Corte do juiz John Roberts Jr. (2005-), se voltou para um perfil republicano caracterizado por uma interpretação originalista da Constituição, isto é, numa interpretação voltada para os *founding fathers*, na objetividade do texto e na ideia de que seu sentido deve ser orientado a partir dos autores da Constituição. (WALDRON, 2003).

O fato é que o ativismo judicial norte-americano acumulou inúmeros inimigos, ao longo dos tempos, segundo Dworkin (2006), recebendo críticas tanto dentro do Poder Judiciário (juiz Antonin Scaliativo), quanto dentro do Poder Executivo (presidente Nixon). Ao cabo, o ativismo da Corte acabou gerando um fortalecimento da legislação, que para Waldron (2003) acabou gerando um intercâmbio interessante a respeito da experiência da *civil Law* no interior da tradição da *Common Law*.

Mesmo com as diferentes experiências que caracterizam a jurisdição constitucional norte-americana, nota-se que a discussão da interferência do Poder Judiciário nas outras esferas atravessa as três Eras apresentadas por Wolfe (1991), podendo concluir que o ativismo pode ter as mais diversas formas, não exclusivamente intervenção positiva da Suprema Corte.

### **2.3 Diálogos entre o Brasil e os Estados Unidos**

Antes mesmo que se possa adentar nas diferenças entre ativismo judicial e Judicialização da política, fundamental se faz entender o papel desempenhado pelo Judiciário norte-americano no contexto do constitucionalismo democrático. Este trabalho já vem sido iniciado com o item anterior e será contornado neste momento.

Importa ressaltar que a atividade jurisprudencial estadunidense está inserida em um ambiente próprio, com tradições e peculiaridades que tem como referência um sistema jurídico determinado, o dos Estados Unidos. Contudo, nem que seja para inflamar um debate acadêmico

brasileiro, existe um contributo do sistema norte-americano, seja no âmbito da teoria política ou da teoria jurídica, para o cenário que vem se desenhando no Brasil.

Pois bem, após breve resumo das Eras intituladas por Wolfe (1991) percebe-se que o ativismo judicial é de longa data na história do constitucionalismo estadunidense, antes mesmo do aparecimento desta expressão, especialmente porque esta tradição passou por um longo período quando se questionava, inclusive, a legitimidade do controle de constitucionalidade. (BEARD, 1965).

Assim, o praticado em solo estadunidense pode ser dividido em três momentos: a) um ativismo de contenção das leis dos Estados da Confederação, assim, fortalecendo o Governo Federal; b) um ativismo de contenção de políticas econômicas do governo; e c) um ativismo de contenção de leis de ambas as esferas (estaduais e federais) no que tange aos direitos e liberdades fundamentais.

Neste perfil, a atividade jurisprudencial estadunidense parece apresentar mecanismos mais de contenção dos excessos cometidos por outros Poderes do que atuar em lacunas deixadas por eles. Contudo, cabe elencar que a atual concepção do *judicial review*, segundo Wolfe (1991), distorceu a ideia de controle de constitucionalidade desenhada por Marshall. Isto porque sua concepção advém de um Judiciário inserido dentro de um determinado sistema político e não de sobreposição.

Um dos contributos estadunidense é que sua experiência constitucional repercutiu demasiado no cenário mundial devido à soberania da Constituição. Assim, sedimentou o conceito de que o texto constitucional deve ser considerado superior aos demais atos normativos, assim como, o papel do judiciário, ao tornar nula legislação que confrontasse com a Constituição, acabou por defendê-la. (PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2011).

No campo jurídico das aproximações e afastamentos entre Brasil e Estados Unidos, tem-se como avizinhamo o surgimento do problema do ativismo judicial, naquilo que se pode dizer de uma possível importação da leitura norte-americana. Como distanciamento, surge a questão da vinculação destes países a diferentes tradições jurídicas. Por exemplo, no Brasil a *Civil Law* e nos Estados Unidos a *Comum Law* (MARRYMAN; PERÉZ-PERDOMO, 2009).

Ademais, o afastamento do contexto brasileiro não está somente assentado no sistema jurídico, mas também numa peculiar tradição jurídica, a qual é um conjunto de atitudes históricas condicionadas e profundamente enraizadas na natureza do direito e do seu papel na sociedade.

Sobremaneira, na organização política que traduz a forma adequada da organização e operação do sistema legal e “[...] como o direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado. A tradição jurídica coloca o sistema legal na perspectiva cultural da qual ele, em parte, é uma expressão” (MARRYMAN; PERÉZ-PERDOMO, 2009, p. 23).

Em seu livro “Jurisdição e ativismo judicial”, a autora Clarissa Tassinari (2013, p. 104-105) traça um balanço intermediário em um diálogo entre Brasil e Estados Unidos. Ressalta que não é um diálogo findo e acabado, mas intermediário, visto que ainda existe uma caminhada sobre a temática. Baseando-se em autores da tradição norte-americana (Ronald Dworkin, Christopher Wolfe, Mark Tushnet, Ran Hirschl, Robert Dahl), a tese de Tassinari pode ser resumida nos seguintes pontos:

a) Inconsistência da teoria do direito brasileiro que insiste em acentuar o papel da jurisdição, pois o sistema norte-americano tem suas peculiaridades, especialmente no que tange as duas tradições.

b) Notável diferença entre a Constituição do Brasil e dos Estados Unidos. A autora fala da discussão entre direito enumerados e não enumerados<sup>20</sup> ou sobre a existência de uma constituição invisível<sup>21</sup> é dispensável no Brasil, enquanto a Constituição estadunidense contém sete artigos e vinte e sete emendas, a brasileira possuía, em 2011, 250 artigos e setenta e oito emendas constitucionais.<sup>22</sup> Assim, a Constituição brasileira, por ser detalhista, não necessita de tanta “ginástica” como a norte-americana para oferecer uma resposta jurídica. Por isso, explicaria

<sup>20</sup> Está discussão começou porque em um país considerado tão progressista na consolidação de direitos, possui um texto constitucional tão enxuto? Assim, o meio de estabilizar tal pergunta foi a criação doutrinária de Ronald Dworkin sobre uma “leitura moral da Constituição”, que tal leitura “não é revolucionária na prática. Em seu trabalho cotidiano, advogados e juízes instintivamente partem do princípio de que a Constituição expressa exigências morais abstratas que só podem ser aplicadas aos casos concretos de juízos morais específicos. (...). Mas se um juiz reconhecesse abertamente a leitura moral ou admitisse que é essa sua estratégia de interpretação constitucional, esse seria um fato revolucionário; e até mesmo os juristas e juízes que quase a reconhecem não chegam efetivamente a fazê-lo e tentam encontrar outras definições-geralmente metafóricas-para sua prática.” (2006, p. 4). Contudo, Tassinari afirma que neste ponto de uma possível conexão, sobre os limites da atividade jurisdicional, com a realidade brasileira deveria ser amenizada: “devido ao detalhamento do texto constitucional brasileiro no estabelecimento de direitos e garantias, a afirmação da necessidade de uma leitura moral da Constituição para ampliar o conteúdo de certos direitos e, ao mesmo tempo, para abalzar a atuação dos juízes (em face do que, nos Estados Unidos, chamaria de direitos não enumerados) dispensaria esta estratégia teórica do constitucionalismo estadunidense, uma vez que isto decorre diretamente da própria contextualidade da Constituição do Brasil, especialmente porque estabelece objetivos (de bem-estar) ao Estado.” (2013, p. 84)

<sup>21</sup> É a discussão traçada por Laurence H. Tribe (2008) sobre o que é a Constituição? Para o autor, está além da apresentada em seu texto (perspectivas históricas, questões institucionais, filosofia moral e política, teorias da linguagem e outras fontes), mas ressalva que existem questões que ela mesma silencia.

<sup>22</sup> No diário Oficial da União de 19/2/2016 foi publicada a última Emenda Constitucional nº 91. (BRASIL, 2016).

a existência de postura ativista na tradição norte-americana, “pois não possui o mesmo número de amarras do que a brasileira”.

c) Outra diferença é que o ativismo judicial, no Brasil, é entendido pela maioria doutrinária como sinônimo de maior interferência do Judiciário sobre o legislativo enquanto que é possível notar pela história estadunidense, sobretudo pelas suas “Eras”, a incidência de um ativismo judicial pela via de postura conservadora, de contenção da atividade legislativa.

d) Embora a experiência dos Estados Unidos demonstre a decisão judicial, por ter seu sistema fundado no *case law*, grande parte de seus autores se manifestam de forma contrária à atuação interventiva, pois afronta o princípio democrático.

e) Como manifestado por Robert Dahl, as decisões tomadas pela Suprema Corte possuem visão eminentemente política, pois compõe a estratégia política dos governos e muito pouco compõe a estratégica política de governo. Já, no Brasil, as posturas ativistas são legitimadas pela defesa da Constituição, mesmo com o pretexto de seguir a experiência norte-americana.

f) Em solo estadunidense pouco surge à manifestação com a existência de uma teoria de decisão judicial que tenha por fim dar respostas à pergunta sobre quais critérios para decidir. Preocupam-se mais em se saber qual a competência do Judiciário em comparação a outros Poderes.

Apesar das referidas diferenças entre os dois países, ainda assim, o ativismo judicial norte-americano pode ser visto com um estímulo a todos aqueles que estudam o fenômeno no Brasil. Quanto mais debate, análises e comparações, tanto ganha a democracia brasileira.

## **2.4 Ativismo judicial e judicialização da política**

Após a abordagem de que foi no seio da tradição jurídica estadunidense que surgiram as discussões sobre ativismo judicial- país no mundo que talvez tenha mais se debruçado sobre o tema- parte, neste momento, para duas principais expressões que passaram a estar diretamente vinculadas à atividade jurisdicional: ativismo judicial e Judicialização da política.

De antemão, “[...] tanto uma quanto outra são empregadas no sentido de demonstrar a ideia do acentuado grau de Judicialização que assume o direito brasileiro na atual conjuntura”. (TASSINARI, 2013). Contudo, a diferenciação se faz útil na medida em que o Judiciário é frequentemente suscitado “[...] para resolver conflitos, a distinção entre ativismo judicial e Judicialização da política apresenta-se como indispensável, evitando que o Direito seja resumido

tão somente a um produto de decisões judiciais, o que afetaria as bases democráticas que fundam o Estado brasileiro” (TASSINARI, 2013).

#### 2.4.1 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.<sup>23</sup>

De outro mirante, Hart, negando a ideia de princípios de Dworkin, afirma que em casos difíceis (por exemplo, o caso de interrupção da gravidez de fetos anencéfalos) o juiz deve usar a discricionariedade, pois não há como prever uma resposta para todos os conflitos que apareçam. Acaba que, “[...] em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe os seus poderes de criação do direito”. (HART, 2001, p. 335).

François Rigaux (2003, p. 322-323), por sua vez, adentrando no campo da missão legislativa dos juízes, afirma que entre estes e o legislador, ata-se uma relação dinâmica que não tem mão única. Trata-se de uma relação em que as duas entidades não toleram serem reduzidas a uma coisa inerte. Quanto mais se eleva na hierarquia judiciária, mais o juiz se aproxima da função quase legislativa. Ele acaba suprimindo o silêncio do legislador ao assumir “[...] a tarefa de

<sup>23</sup> “O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignora o texto da constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradoras tradições de nossa cultura política. O ativismo ignora tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devam ajustar-se à prática constitucional, e não ignora-la”. (DWORKIN, 2011, p. 272)

deduzir das penumbras constitucionais um direito, uma liberdade que não é mencionada ali em termos explícitos ou então quando deve dirimir um conflito entre duas normas de categoria igual”. (RIGAUX, 2003, p. 322-323).

Para Mauro Cappelletti (1999, p. 131-132), o problema não está em prevenir que os juízes sejam criadores do direito e como tais se apresentam, “mas que seja pervertida a característica formal essencial, isto é, o ‘modo’ do processo jurisdicional”. Continua afirmando que 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”. (CAPPELLETTI, 1999, p. 131-132).

É muito comum as diversas hipóteses de controvérsias judiciárias sobre problemas de elevada importância social, as quais são tão expostas ao severo juízo crítico da coletividade. Com isto, ressalta Cappelletti, que tais decisões não podem ser resolvidas com mediante “[...] sutis exercícios de semântica ou hábeis jogos de especulação abstrata.” (CAPPELLETTI, 1999, p. 132).

Em verdade, tanto para o homem do povo quanto para o experto as escolhas do juiz tornam-se evidentes. Assim, para impedir a subjetividade dos juízes, “[...] essas escolhas não devem ser ocultadas por meio de contorções lógicas e verbais, tornando-se assim mais responsáveis e também mais democráticas”. (CAPPELLETTI, 1999, p. 132). Contribui o autor, que diante da criação da função judiciária, em uma sociedade aberta e democrática, devem ser patentes as reais razões de qualquer escolha e revelados os conflitos entre as várias soluções possíveis, levando-se a tona, também, os elementos de incerteza, “[...] abrindo-se o caminho, se for o caso, para intervenções reparadoras do legislador”. (CAPPELLETTI, 1999, p. 132).

É bem verdade que a criação jurisprudencial é a forma de produção do direito em que podem ter interesse muitas pessoas, e não apenas as partes do caso concreto. Na visão de Mauro Cappelletti (1999, p. 104-105), o direito criado pelos juízes tem por base uma ‘audiência’ (‘hearing’) incompleta dos interesses envolvidos. A criação jurisprudencial do direito é lenta, gradual e experimental. “Outros sujeitos interessados, senão ouvidos hoje podem sê-lo amanhã; e um juiz sensível será capaz de corrigir, melhorar e modelar um ‘direito’ que nunca se mostra inteira e definitivamente ‘feito’”. (CAPPELLETTI, 1999, p. 105).

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. “Neste sentido, a produção judiciária do direito tem a potencialidade de ser altamente democrática, vizinha e sensível às necessidades da população e às aspirações sociais.” Contudo, ressalta o autor, que deve haver certas condições para que isto se torne realidade. (CAPPELLETTI, 1999, p. 105)

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.

Produzido para a realidade jurídica francesa que apresenta certa desconfiança em relação ao Judiciário (STRECK, 2012) e também são afirmações trazidas por um autor que anos exerceu a profissão de juiz, já em 1996, Antoine Garapon (1998) via o Judiciário como “o guardador de promessas”. Para o autor, nada mais escapa ao controle do juiz.

Prosegue afirmando que o juiz se insere num cenário de descrença na lei e aumento na dimensão interpretativa do direito, um desmoronamento do conceito de democracia, significando que o homem democrático desaparece. Assim, há certa promoção da atividade jurisdicional, o que não significa mudança dos titulares da soberania encabeçados ao Poder

Executivo e Legislativo, “[...] mas antes uma evolução da referência da ação política, não uma rivalidade, mas sim uma influência recíproca”. (GARAPON, 1998, p. 43)

Para Garapon (1998, p. 25), ativismo judicial ganha contornos diferentes. A atuação jurisdicional é acentuada de tal maneira que juízes passam a ser considerados 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.

Quando caracteriza o ativismo judicial, Garapon (1998, p. 54) associa a decisão judicial a um critério de desejo, vontade e escolha. Segundo ele, “[...] o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de travar”. Vê-se que para o autor, escolha, desejo e poder são elementos que se convergem para um único fenômeno, o ativismo judicial.

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 sintetizado como a “[...] configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competência que não lhe são reconhecidas constitucionalmente”. Em sua visão, finaliza afirmando que não há como negar que exista uma conexão entre Direito e Política, mas tal elo não autoriza a existência de ativismo.



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.

Pode ser extremamente liberal (análise puramente econômica do direito) ou de extrema esquerda (viés marxista). O que efetivamente caracteriza o ativismo é a substituição da legalidade vigente e do texto constitucional pelo senso de justiça e pelas convicções pessoais do magistrado da ocasião (NERY JUNIOR; ABBLOUD, 2013).

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”.

Barroso (2011, 5, 13-14) diversas condutas fazem manifestar a postura ativista, a qual, a “[...] está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no campo de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios”.

Assevera Barroso (2011) como condutas que fazem manifestar o ativismo judicial: i) a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em políticas públicas; ii) a aplicação direta da Constituição em situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente da manifestação de legislador ordinário; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislativo, tendo como base critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição.

Contudo, existem duas razões que se opõem a tal perspectiva. Na primeira, de cunho subjetivista, os juízes são verdadeiramente vocacionados e apresentam como motivação primária e primordial a interpretação adequada do direito vigente, com a valoração imparcial dos elementos fáticos e jurídicos relevantes. Já a perspectiva objetivista mostra que leis, Constituição, jurisprudência serão limitadores nas práticas jurídicas (BARROSO, 2012).

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.

Assim como na América Latina<sup>24</sup>, 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”. Corroborando Barroso (2011, p. 5) que “[...] é quando o Poder Legislativo se retrai, obstante a efetivação das demandas sociais, que normalmente se instala o ativismo”.

Percebe que as decisões judiciais são influenciadas por diversos fatores. Na doutrina de Fábio Comparato (2004, p. 153), “[...] os Tribunais não são guardiães de um direito que não sofre o influxo da realidade, das maiorias políticas e dos múltiplos atores de uma sociedade plural”.

---

<sup>24</sup> Na Argentina, por exemplo, a Corte Suprema da Justiça daquele país decidiu ser crime federal espionar o Facebook de outra pessoa (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2014).

Explica-nos Cambi (2009) que no contexto atual, os diversos órgãos, entidades e, sobretudo, as pessoas se agitam, atuando e reagindo na perspectiva de alcançar direitos. É possível notar os Poderes Legislativo e Executivo, o Ministério Público, os Estados da Federação, assim como entidades da sociedade civil almejam eles, nos autos ou fora deles, fazer valer seus direitos, interesses e, também, preferências. Concretizam suas atuações por meios formais e informais. E o Superior Tribunal de Justiça, como ocorre com as cortes constitucionais, não vive fora do contexto político-institucional sobre o qual sua atuação repercute.

#### 2.4.2 Judicialização da política

A expressão judicialização da política tem sido utilizada há algumas décadas e tenta significar um espaço maior no espectro de decisões, inclusive de natureza política, que passou a ser ocupado pelo Poder Judiciário.

Entretanto, há inúmeras explicações para a ocorrência do fenômeno a que se chama de judicialização<sup>25</sup> e, com certeza, não seria possível analisá-las todas neste espaço, até porque com o tempo haveria acréscimo de outras teorias.

Uma das ideias científicas é a do aumento de complexidade da sociedade, que demanda soluções, inclusive do sistema jurídico. Logo, cabe ao Judiciário, as que lhe forem demandadas em situações concretas ou até em algumas situações abstratas, genéricas, como por exemplo, quando a solução vem das Cortes Superiores, em especial da Corte Constitucional.

A Judicialização é muito mais uma constatação das ocorrências na contemporaneidade por conta da “[...] maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que acaba por possibilitar um maior número de demandas, que, em maior ou menor medida, desaguarão no Judiciário”. (TASSINARI, 2013, p. 32).

Não significa uma postura, ou positiva ou negativa, mas liga-se “[...] a uma análise contextual da composição do cenário jurídico, não fazendo referência à necessidade de se criar (ou defender) um modelo de jurisdição fortalecido”. (TASSINARI, 2013, p. 32)

---

<sup>25</sup> Para Ribeiro (2013, p. 31) existe a desjudicialização. Para ele, “[...] o fenômeno da desjudicialização significa a possibilidade de solução de conflitos de interesse sem a prestação jurisdicional, entendido que jurisdição é somente aquela resposta estatal. Todavia, há situações caracterizadas como exemplos de desjudicialização em que não havia, propriamente, conflito de interesses, mas em que o Estado – e aqui nos restringimos ao Brasil – previa a necessidade de atividade jurisdicional em razão da natureza da decisão. Pode ser citada como exemplo deste último caso – da ausência de conflito de interesses – a Lei nº. 11.441/2007, que estabeleceu a desjudicialização dos divórcios e inventários. Também há a desjudicialização com a possibilidade de arbitragem, conforme a Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996, em que é possível a solução extrajudicial de algum conflito de interesses.”

Para Tassinari (2013, p. 36- 37) a judicialização da política é uma questão social. Isto porque “[...] no sentido que insurge na insuficiência dos demais Poderes, em determinado contexto social, independentemente da postura de juízes e tribunais, ao passo que o ativismo judicial diz respeito a uma postura do Judiciário para além dos limites constitucionais”.

Já Lenio Streck (2011) diz que, a judicialização da política surge a partir da relação entre os poderes do Estado, no que se refere ao deslocamento para a justiça constitucional o que há de tensão entre os Poderes Legislativo e Judiciário.

Em sua contribuição sobre a judicialização da política, Valle (2009) afirma que o fenômeno, no Brasil, foi influenciado pela constitucionalização do direito após a Segunda Guerra Mundial, a legitimação dos direitos humanos e as influências do sistema norte-americano e europeu.

Mais situado no campo do chamado “publicação” da esfera privada, Vianna (1999) afirma que a judicialização da política advém da remodelagem do Estado, as novas Constituições, assim como a existência de novos direitos, incluindo os difusos, acabaram criando uma relação atual entre os Poderes. Agora, o Judiciário não estaria mais inerte e separado as transformações sociais, mas incluso no espaço da política.

Para Barroso (2011), “[...] a Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final pelo Poder Judiciário”. Para ele, a judicialização da política no Brasil é marcada por três elementos: redemocratização, constitucionalismo abrangente e a incorporação de um sistema híbrido de controle de constitucionalidade, o qual incorpora as modalidades difusas e concentradas. A partir de tal visão, o fenômeno decorre das transformações ocorridas no direito brasileiro com o surgimento da Constituição de 1988.

No Estado Brasileiro, a judicialização da política ganhou bastante fôlego devido à abrangente e à analítica constitucionalização, assim como, a sistemática do controle de constitucionalidade que vigora no país. Neste perfil, se permite qualquer juiz ou tribunal exercer o controle no caso concreto, como nos moldes do modelo norte-americano de controle difuso, ou através do amplo acesso ao Supremo Tribunal Federal, por meio do modelo europeu de controle concentrado, através das ações diretas (BARROSO, 2011).

Na visão de De Paula (2011, p. 294, 302), “[...] a Judicialização da política atitude deliberada das próprias instâncias políticas em levar ao Judiciário, questões não resolvidas

consensualmente nos parlamentos por mais uma rodada de decisão”. Acrescenta que o controle de constitucionalidade “[...] em seu sentido forte [...]” cabe ao Poder Judiciário a última palavra a respeito de ser ou não juridicamente legítima certa medida política. (De Paula, 2011, p. 302)

Ao cabo, o fenômeno não é somente brasileiro, mas “[...] é uma realidade mundial que se verifica, naturalmente, com o surgimento das Constituições escritas e a necessidade de respeito às mesmas, em países eminentemente democráticos”. (SAMPAIO JR., 2011, p. 294). Assim, a proteção dos direitos fundamentais e a vontade da Constituição fez com que o Poder Judiciário decidisse casos em mesmo sendo de essência política, acabaram ficando no esquecimento do Poder Legislativo e Executivo (SAMPAIO JR., 2011, p. 294).

Assim, de acordo com Gisele Cittadino (2012), a ampliação da ação judicial pode ser analisada à luz das mais diversas perspectivas. Algumas são o fenômeno da normalização de direitos, sobretudo, em face de sua natureza coletiva e difusa, as transições pós-autoritárias e a edição de Constituições democráticas, quer seja em países europeus, quer seja em países latino-americanos.

Ajunta, também, que deu causa à Judicialização da política a conseqüente preocupação com o reforço das instituições de garantia do Estado de Direito. Demonstra, por exemplo: a) a Magistratura e o Ministério Público; b) as diversas instituições voltadas para a elucidação dos casos de corrupção a envolver a classe política, chama de “criminalização da responsabilidade política”; c) as discussões sobre a instituição de algum tipo de Poder Judicial internacional ou transnacional, a exemplo do Tribunal Penal Internacional; d) a emergência dos discursos acadêmicos e doutrinários, vinculados à cultura jurídica que defendem uma relação de compromisso ente Poder Judiciário e soberania popular (CITTADINO, 2012, p. 135-144).

A judicialização da política está presente no próprio processo democrático, pois constitui mecanismo de concretização de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, quando tais forem sonegados, tanto pelo Poder Executivo, quando pelo Poder Legislativo.

Ressalta Eduardo Cambi (2009, 269) que a relação do Poder Judiciário com as Políticas Públicas não significa dizer necessariamente que a este Poder cabe criar tais políticas, o que influenciaria no propósito organizacional estrutural do Estado Democrático de Direito. O papel desempenhado pelo Judiciário é determinar que as mesmas fossem executadas. “A criação de políticas públicas de essencialmente ficar a cargo do Executivo e Legislativo”.

Campilongo (1994, p. 133) corrobora com o tema relacionando-o com a democracia no Brasil afirma que “[...] setores antes desorganizados e pouco sensíveis à utilização do direito enquanto ferramenta de conquista e ampliação da cidadania política passam a encarar o Judiciário como um espaço relevante de luta política”.<sup>26</sup>

Sendo assim, a judicialização da política acaba sendo de um desempenho constitucional, o qual permita “[...] que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte”. (BARROSO, 2012, p. 13-14).

## **2.5 Fatores de impulsão do ativismo judicial no Brasil**

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” (SAMPAIO JR., 2011, p. 404).

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

---

<sup>26</sup> Para André Leonardo Copetti Santos (2009, 27-28), as transformações ocorridas na história constitucional é marcada por diferentes projetos de felicidade, mas afirma que foi com o Pós- Segunda Guerra Mundial que o Estados Democráticos de Direito passaram a fazer redefinições fundamentais, isto porque, “não foi simples agregações de gerações de direito, mas rearticulações conceituais fundamentais, como a ideia de democracia, de cidadania e dignidade etc.(...) talvez nos tempos atuais a grande democratização que se busque seja da diferença, juntamente com outros direitos não individuais, como fator imprescindível para a concretização de todas as demais demandas para uma vida boa”.

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.<sup>27</sup>

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”.

---

<sup>27</sup> Para Antônio Carlos Wolkmer (2010, p. 117), a atuação ampla da magistratura vem do período imperial do Brasil: “Mais que um estamento burocrático, a magistratura simbolizava uma expressão significativa do poder do Estado, ungido para interpretar e aplicar a legalidade estatal, garantir a segurança do sistema e resolver os conflitos de interesses das elites dominantes. Constata-se, pois, o procedimento profissional e político dos magistrados enquanto atores privilegiados da elite imperial, sua relação com o poder político, com a sociedade civil e sua contribuição na formação das instituições nacionais”. Corroborando com a ideia, Silva (2013, p. 176) afirma que o ativismo judicial não é fruto da Constituição de 1988: “A posição de proeminência do Poder Judiciário no contexto jurídico e político atual não é fruto exclusivamente de uma nova principiologia ou teoria constitucional moderna. Em verdade, teorias jurídico-constitucionais que creem em uma suposta proeminência do Poder Judiciário no jogo democrático descendem de uma ideologia jurídica. De fato, há uma crença generalizada no seio da teoria jurídica de que o Poder Judiciário é capaz de dar conta dos anseios sociais. No entanto, por mais que se pregue que referida teoria é fruto de um ideário moderno advindo da Constituição Federal de 1988, viu-se que o ativismo judicial – tal como se entende hoje em dia –, ao menos em *terrae brasilis* é consequência de quase dois séculos de atuação de nosso órgão responsável para julgar os litígios individuais. Há, com evidência, um desvirtuamento do Poder Judiciário no Brasil na medida em que ele conflita com os demais poderes.

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, não 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).

Ao Poder Judiciário, diante de tal modelo intervencionista, caberia o controle jurídico da atividade intervencionista dos demais poderes. Contudo, sobre ele, também recaem tantas as expectativas quanto às pressões da sociedade no sentido da maneira mais célere possível da consecução dos fins traçados pela Constituição, tais como a imediata fruição dos direitos sociais, extensão progressiva e universal de benefícios concedidos a determinadas categorias ou regiões com a exclusão de outras.

Em tal sentido, se pode dizer que o próprio modelo de um Estado-Providência constitui força impulsionadora do ativismo judicial, levando juízes e tribunais a relevar, em algumas situações, “[...] a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe, na ilusão de poderem ‘queimar’ etapas, concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente”. (RAMOS, 2010, p. 271).

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. Conclui, “[...] apenas o amadurecimento institucional, e o *self-restraint* que sempre o acompanha, fornece o antídoto a esse fator de impulsão do ativismo judicial, como sucedeu no sistema de controle europeu”. (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).

Em oposição, Dalmo Dallari (2010, p. 91-92) esclarece que o próprio Estado moderno garantiu que os governos, como o Poder Executivo, também estão sujeitos ao que forem decididos pelos juízes e tribunais, como também, são obrigados a fornecer meios para a execução das decisões. “[...] o que tornou popular a expressão ‘decisão de juiz se cumpre, não se discute’ é o fato de que, nos sistemas constitucionais modernos, os tribunais são independentes do Parlamento ou do executivo e as decisões judiciais são ordens, não pareceres ou sugestões”. (DALLARI, 2010, p. 92).

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’”.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> Para o autor, ainda existem riscos mais específicos e prováveis. “Consistem eles, em relação à generosidade dos juízes, antes de tudo na dificuldade de controlar o emprego correto da discricionariedade legislativa e administrativa, especialmente nas hipóteses em que um sério controle exija o emprego de conhecimentos

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.<sup>29</sup>

O que existe no ordenamento jurídico é o texto jurídico em bruto, que foi produzido sob a pressão dos fatos políticos, econômicos etc., assim, é esse texto bruto que será submetido ao refinamento e reelaboração pela ciência do direito, gerando um novo texto que resulta do primeiro. Nessa perspectiva, acaba caindo aos julgadores um esforço no sentido de emprestar coerência, previsibilidade e consistência ao que deveria estar em seu estado bruto. Isso tudo, quando há lei. Quando esta se faz ausente, ou quanto está em seu processo de criação, ainda

---

sofisticados ou técnicas especializadas, as quais, embora possam estar à disposição do legislador e da administração pública, são amiúde dificilmente acessíveis aos tribunais judiciais, pelo menos por razões financeiras. Com muita dificuldade, por exemplo, poderá o juiz desenvolver ou fazer desenvolver atividades empíricas, cálculos econométricos ou apuradas pesquisas de laboratório. Existe, pois também o perigo de inefetividade (...)” (CAPPELLETTI, 1999, p. 50).

<sup>29</sup> Com o fim de arregimentar o maior número de eleitores, os partidos políticos elaboram programas genéricos e tanto quanto imprecisos, sem revelar posição ideológica sobre questões essenciais para desencadeá-lo da atividade governamental (PEREZ, 2012). Contudo, deve-se acrescer aos fatores elencados pelo referido autor, a falta do emprego de métodos científicos, no que tange à execução e os efeitos dos atos legislativos. Trata-se de colocar sob o foco os efeitos reais ou potenciais que resultam da aplicação de uma norma. Necessita-se de uma avaliação legislativa cujo objetivo é analisar as relações de causa e efeito entre uma norma legal, por um lado, e uma mudança ou, não mudança de um comportamento, de uma situação, por outro lado.

assim, acaba-se legitimando aos juízes as necessidades, ônus, aspirações e solicitações quotidianas dos membros da sociedade.

Appio (2012, p. 72) defende a representatividade eleitoral ainda como um importante fator de contenção judicial. Para o autor, o Poder Legislativo imporia limites políticos ao decisionismo judiciário resultando num equilíbrio de forças. Contudo, diante da sociedade brasileira, um tanto quanto fragmentada, há uma tendência espontânea em concentrar no Poder Judiciário todas as expectativas no que se refere à manutenção do regime democrático e das garantias individuais, “[...] através de verdadeira divinização das concepções morais e filosóficas dos juízes constitucionais”.<sup>30</sup>

Com tudo isto, se percebe uma inversão. Caberia ao Poder Legislativo articular-se por meio de uma avaliação legislativa colocando-se sob o foco os efeitos reais ou potenciais que resultam da aplicação de uma norma. Isto porque no universo jurídico existe a limitação do debate. Importante assinalar que a função judicante priva uma discussão mais ampla, pois exclui dela o não técnico. No dizer de Barroso (2011, p. 96), há “[...] o perigo de se produzir uma apatia nas forças sociais, que passariam a ficar à espera de juízes providenciais”.

A discricionariedade legislativa traçada pelo declínio do sistema representativo e mau funcionamento do Poder Legislativo levou a apropriação judicial da função normativa. Em contrapartida, o cenário desenhado seria apagado caso os parlamentares conseguissem atender as necessidades legislativas atuais gerando em tempo hábil as leis reclamadas pela sociedade.

Depois desta breve visão panorâmica que aproxima a teoria norte-americana e a brasileira e o constitucionalismo democrático, assim como as diferenciações entre ativismo judicial e judicialização da política e fatores de impulsão do ativismo judicial se chega em final de capítulo. É possível notar que a doutrina, no Brasil, produziu uma análise bastante peculiar sobre a atividade jurisdicional sob o viés do ativismo judicial, que ora se manifesta com avizinhamiento e afastamento entre o praticado aqui e o desenvolvido nos Estados Unidos. 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.

---

<sup>30</sup> É importante ressaltar que a função judicante é distinta da legisferante. Com esta ressalva, Mauro Cappelletti (1999, p. 74) ensina: “Certamente do ponto de vista substancial, tanto o processo judiciário quanto o legislativo resultam em criação do direito, ambos são ‘law-making processes’. Mas diverso é o modo, ou se se prefere o procedimento ou estrutura, desses dois procedimentos de formação do direito, e cuida-se de diferença que merece ser sublinhada para se evitar confusões e equívocos perigosos.

É em tal contexto que se apresenta a desaposentação, a qual será analisada em próximo capítulo.

### 3 A DESAPOSENTAÇÃO COMO UM DIREITO SOCIAL

Uma parcela considerável dos estudiosos sociais no Brasil tem se interessado em pesquisar a pessoa idosa e muitos deles, inspiraram-se em livro publicado por aqui em 1970. O livro de Simone de Beauvoir, “A velhice: Realidade Incômoda” teve por fim quebrar “a conspiração do silêncio” do tratamento dado ao idoso.<sup>31</sup> Assim, o tema velhice tornou-se privilegiado, quando se toca nos desafios enfrentados pela sociedade brasileira.

As formas de gestão do envelhecimento estão no debate contemporâneo em políticas públicas nas discussões políticas em épocas de campanhas eleitorais, em novas formas de lazer e até mesmo na definição de novos mercados de consumo. Agora, “[...] o idoso é ator que não mais está ausente do conjunto de discursos produzidos” (DEBERT, 2012, p. 11).

A inquietação da sociedade com a maneira de envelhecimento encaixa-se no fato dos idosos corresponderem a uma parcela da população cada vez mais significativa do ponto de vista numérico. Tal situação desencadeia vários impactos, sobretudo, em direitos. Existe uma nova parcela de “idosos” que quebra “a conspiração do silêncio” tratada por Beauvoir (1976) e se lançam novamente no mercado de trabalho. Há quem já defenda a necessidade desses sujeitos nas empresas pela experiência, logo, contribuem novamente ao sistema previdenciário requisitando, posteriormente, nova aposentadoria.

Enfim, situação dos novos tempos. Considerar que as mudanças nas imagens e nas formas de gestão do envelhecimento são puros reflexos de mudanças na estrutura etária da população “[...] é fechar o acesso para a reflexão sobre um conjunto de questões que interessa pesquisar” (DEBERT, 2012, p. 12). No dizer de Alain Touraine (1986, p. 12), as maneiras de gestão da velhice é entender que “[...] não se fala da velhice sem se falar na aposentadoria, na doença, na família, no estado, nos impostos [...] em quantidade de pessoas e massas de dinheiro impressionante.”

A partir da segunda metade do século XIX, a velhice é tratada pelas sociedades modernas como uma fase da vida resumida pela ausência de papéis sociais e decadência física. Contudo, o avanço da idade foi “[...] um elemento fundamental para a legitimação de direitos fundamentais, como a universalização da aposentadoria” (DEBERT, 2012).

---

<sup>31</sup> Segundo Siqueira, Botelho e Coelho (2002) estima-se que, aproximadamente, 8 entre 10 trabalhos nas décadas de 1980 e 1990 usaram Beauvoir como referencial teórico. Simone de Beauvoir (1976) escreveu que o idoso é uma espécie de objeto incômodo, inútil, e quase tudo que se deseja é poder tratá-lo como quantia desprezível.

Presentemente, a realidade brasileira, ou seja, os ditos “contribuintes do sistema previdenciário” não almejam apenas cobertura ampla de benefícios aos diversos eventos como idade avançada, invalidez, morte, por exemplo. Mesmo porque muitos já alcançaram. Neste momento, é preciso saber como o direito brasileiro está legitimando um fenômeno social: a volta ao trabalho de pessoas aposentadas que contribuem para o sistema e mais tarde desejam que tais valores sejam incrementados em aposentadoria originária.

Neste capítulo, estudará o fenômeno da desaposentação, seus contornos teóricos, assim como possibilidades e limites. De início, se contextualizará a mudança social pautado nos ensinamentos do sociólogo Anthony Giddens (1991; 2005), conjugando-o a gestão do envelhecimento e reflexos no Brasil. Após, se entrará no tema desaposentação: conceito, princípios norteadores, fundamentos legais e constitucionais.

### **3.1 A desaposentação em um mundo de mudança**

Na visão de Hareven (1999) na literatura que se refere à construção social do curso da vida, tanto para a infância, adolescência e fase adulta, são construções históricas que não podem ser dissociadas do reconhecimento de que tais fases são um estágio singular e delimitado do curso da vida nas sociedades ocidentais modernas. Nessa sociedade, a idade cronológica funciona como um critério de atribuição do “status” dessa sociedade, em que o Estado burocrático classifica a agenda de direitos e deveres a partir de um sistema generalizante.

O século XX lançou uma série de transformações que informaram mudanças no tratamento da velhice.<sup>32</sup> Tais transformações são alimentadas por diversos fatores: a entrada tardia das gerações mais novas no mercado de trabalho, uma estratificação social mais complexa, com maiores chances de mobilidade social ascendente entre gerações; o aumento da longevidade, a redução da idade para a aposentadoria; a extensão da aposentadoria a setores mais diversificados da sociedade; e o aparecimento de um público apto a absorver o discurso da gerontologia (DEBERT, 1992).

No Brasil, segundo Debert (1997), foi a partir de 1960 que a gestão da velhice apresentou novas facetas. Sobretudo, foi nos anos de 1980 que entrou em cena o discurso gerontológico, com as alterações demográficas e no mercado de trabalho e com o aparecimento

---

<sup>32</sup> De acordo com Aves (2004, p. 13) “A diferença entre a geriatria e gerontologia é que enquanto a primeira trata de doenças decorrentes do envelhecimento, a gerontologia estuda os processos de envelhecimento, não se restringindo somente aos aspectos físicos e fisiológicos, mas abrangendo também o psicológico e o social”.

de novas demandas por parte das pessoas idosas, principalmente de camadas médias e superiores.<sup>33</sup>

Alves (2004, p. 15-16) descreve estudo realizado no Brasil na década de 1970 demonstra que já naquela época um grupo de mulheres idosas de camadas médias da Zona Sul do Rio de Janeiro se afastavam da chamada “velhice normal”, ou seja, aquela reclusa, e voltava para o lar e os netos. Anos se passaram. “Se a imagem da velhice reclusa ainda tem espaço no imaginário social, ela hoje concorre explicitamente com a expectativa de ‘velhice ativa’[...]”. Por meio das “mídias popularizam-se as fórmulas de bem-viver após os 60 anos, incluindo o depoimento de velhos ‘bem sucedidos’, terapeutas, psicólogos, geriatras, gerontólogos e uma série de outros especialistas”. (ALVES, 2004, p. 16)

Os estudos gerontológicos, por exemplo, tem insuflado uma gama de manuais de autoajuda, os quais são popularizados por artigos de revista, de jornal, de “sites” na internet e uma série de serviços voltados para a clientela que envelhece. Dentre eles, está à volta ao mercado de trabalho. Tal disseminação de conhecimentos e práticas de cuidado e prevenção é aquilo que Giddens (1991) chama de reflexos da modernidade.

Uma característica da modernidade que afeta diretamente a capacidade dos indivíduos de projetarem e controlarem suas vidas é o acesso cada vez maior e mais fragmentado a diversas áreas do conhecimento. Para Alves (2004, p.14), em verdade, é um controle que causa muita ansiedade, isto porque, “[...] os conhecimentos são tantos e cotidianamente refeitos e desfeitos, que não permitem a existência de bases absolutamente precisas e consensuais sobre como proceder no dia-a-dia, sobre como estruturar rotinas que ajudam o indivíduo a alcançar seus objetivos”.

Uma espécie de era global está mudando o modo como o mundo se parece e a maneira como o vemos. Ao se adotar uma perspectiva global, cada pessoa se torna mais consciente de suas ligações com os povos de outra sociedade. Assim, também nos tornamos mais conscientes dos diversos problemas que o mundo enfrentou no início do século XXI. “A perspectiva global nos mostra que nossos laços cada vez maiores com o resto do mundo podem significar que nossas ações têm consequências para os outros e que os problemas do mundo tem

---

<sup>33</sup> A pessoa idosa tem encontrado campo fértil nos grupos de idosos do Sesc (Serviço Social do Comércio), numa infundável rede de associações e grupos de convivência que estimulam a prática de um envelhecimento ativo e a possibilidade de se viver melhor depois dos 60 anos. “No Brasil, proliferaram, na última década, os programas voltados para os idosos, como as ‘escolas abertas’, as ‘universidades para a terceira idade’ e os ‘grupos de convivência para os idosos’” (DEBERT, 2012, p. 15).

consequência para nós”. São mudanças que geram novos riscos e afetam a todos (GIDDENS, 2005, p. 61).

Existe um fato que é acrescido na atualidade: o da velocidade das transformações da sociedade. Cada vez mais se vive “[...] num único mundo, em que os indivíduos, os grupos e as nações tornaram-se mais interdependentes” (GIDDENS, 2005, p. 61).

Com esta desenvoltura, a sociedade se adapta as necessidades atuais. Tanto é assim, que atualmente um aposentado deseja ver seu benefício aumentado, mas isto não é alcançado pelo governo. Assim, molda-se a esta situação e volta ao mercado de trabalho em busca de melhores rendimentos.

Para esta faceta da modernidade, os sociólogos chamam de globalização, a qual se refere aos processos que estão intensificando as relações e a independência sociais globais. Giddens (2005, p. 60) vê um fenômeno social com vastas implicações. “A globalização na deveria ser entendida simplesmente como o desenvolvimento de redes mundiais- sistemas mundiais sociais e econômicos que estão distantes de nossas preocupações individuais”. Conclui que é local “fenômeno que afeta a todos nós no nosso dia-a-dia”.<sup>34</sup>

Às vezes a globalização é retratada apenas como um fenômeno econômico<sup>35</sup>. Até parece, contudo, é errado sugerir que ele sozinho produz a globalização. Em conformidade com Giddens (2005, p.61) a globalização foi criada em consonância de fatores políticos, sociais, culturais e econômicos. Sobretudo, impulsionada pelo desenvolvimento de tecnologia de informação e da informação que intensificaram a velocidade e o alcance da interação entre as

---

<sup>34</sup> Também é o pensamento do teórico cultural e sociólogo jamaicano Stuart Hall, que também disserta sobre a globalização: “a ‘globalização’ se refere àqueles processos, atuantes numa escala global, que atravessam fronteiras nacionais, integrando e conectando comunidades e organizações em novas combinações de espaço-tempo, tornando o mundo, em realidade e em experiência, mais interconectado. ‘A globalização implica um movimento de distanciamento da ideia sociológica clássica da ‘sociedade’ como um sistema bem delimitado e sua substituição por uma perspectiva que se concentra na forma como a vida social está ordenada ao longo do tempo e do espaço’ (Giddens, 1990, p. 64). Essas novas características temporais e espaciais, que resultam na compressão de distâncias e de escalas temporais, estão entre os aspectos mais importantes da globalização a ter efeito sobre as identidades culturais. (2006, p.67-68)”.

<sup>35</sup> Interessante alcance demonstrado pela globalização por Giddens em nosso dia-a-dia: “Na próxima vez que você for ao supermercado preste atenção à vasta série de produtos disponibilizados nas prateleiras. Se você começar suas compras na seção de produtos frescos, como muitas pessoas fazem, há chances de encontrar abacaxis do Hawai, toranjas de Israel, maçãs da África do Sul e abacates da Espanha. No próximo corredor, você pode até se deparar com amplo sortimento de bastas de *curry*, temperos de condimentos para pratos indianos, uma ampla seleção de ingredientes para pratos do Oriente Médio, como cuscuz e falafel, e latas de leite de coco para cozinhar comidas tailandesas. Continuando as compras, dê uma olhada nos cafés do Quênia, da Indonésia e da Colômbia, na carne de ovelha da nova Zelândia e nas garrafas de vinho da Argentina e do Chile (...)” (GIDDENS, 2005, p. 60)



pessoas ao redor do mundo. “Tomando um exemplo simples, pense na Copa do Mundo realizada na França. Graças às conexões globais de televisão, alguns jogos foram assistidos por 2 bilhões de pessoas no mundo”. (GIDDENS, 2005, p.61)

A globalização está mudando o mundo como este se parece e a maneira como o vemos. Ao se adotar uma perspectiva global, torna-se mais consciente de ligações com os povos de outras sociedades. Como também vem a consciência dos diversos problemas que o mundo enfrenta no século XXI. Ademais, a perspectiva global mostra que os laços entre as sociedades são cada vez maiores, logo, “[...] os problemas do mundo tem consequência em nós” (GIDDENS, 2005, p. 61).

Em muitas ocasiões se associa a globalização à ocorrência de mudanças dentro de grandes sistemas, como os mercados financeiros globais, o comércio e a produção, as telecomunicações, ou seja, os efeitos da globalização são sentidos fortemente no setor privado. Mas as mudanças estão como as pessoas encaram o trabalho e a aposentadoria.

Antigamente a vida das pessoas era regida pelo emprego garantido por única e exclusivamente um empregador ao longo de muitas décadas. Era o “conhecido modelo de emprego para a vida inteira”. No presente, um número maior de indivíduos traça sua própria carreira, perseguindo metas individuais e exercendo a escolha para sua realização. “Muitas vezes isso envolve troca de emprego várias vezes durante a carreira, constituindo novas capacidades e habilidades e transferindo-as aos diversos contextos de trabalho” (GIDDENS, 2005, p. 70).

Giddens (2005, p. 69) afirma que a globalização não está simplesmente “lá, além, operando num plano distante, sem se imiscuir com coisas individualmente. Ela é um fenômeno ‘logo aqui’ que está afetando nossa vida íntima e pessoal de diversas maneiras”. Enfim, é um mundo que muda e, neste contexto, apresenta-se a desaposentação no Brasil. Inevitavelmente nossas vidas pessoais têm sido alteradas à medida que as forças globalizantes penetram dentro de nossos contextos locais, em nossas casas, em nossas comunidades, através de fontes impessoais tais como a mídia a internet e a cultura popular- e através de contato pessoal com indivíduos de outros países e culturas.

Continuando como o sociólogo Giddens (2005), a globalização acaba por mudar a experiência cotidiana das pessoas. Afirma que as sociedades estão passando por profundas mudanças, instituições estabelecidas que as sustentavam perderam seu lugar e como consequência, forçou-se uma redefinição de aspectos íntimos e pessoais da vida das pessoas, tais

como a família, os papéis de gênero, a sexualidade, a identidade pessoal, as interações como os outros e como as relações como o trabalho. “[...] o modo como pensamos nós mesmos e nossas ligações com outras pessoas está sendo profundamente alterado pela globalização”. (GIDDENS, 2005).

Na atualidade, as pessoas têm muito mais oportunidade de moldar suas próprias vidas do que antes. Agora, é perfeitamente viável uma pessoa aposentada voltar a laborar. Entretanto, antigamente, a tradição e o costume exerciam uma forte influência sobre a trajetória da vida das pessoas.

Itens como classe social, gênero, eticidade e mesmo filiação religiosa poderiam fechar ou abrir caminhos. Nascer como filho primogênito de um alfaiate, por exemplo, “poderia significar que um jovem aprenderia ofício de seu pai e o praticaria por toda a vida. [...] a mulher dentro de casa; sua vida e identidade eram largamente definidas pela identidade de seu marido e pai.” (GIDDENS, 2005, p. 68). Eram estilos de vidas, valores e éticas que predominavam na sociedade. Hoje o perfil mudou (GIDDENS, 2005, p. 68).

Sobre o trabalho, na era globalizada, Giddens (2005, p. 68-69) firma que este está no centro da vida de muitas pessoas, quer seja no quesito cotidiano ou até mesmo nas maiores metas da vida. “Embora possamos considerar o trabalho como um ‘fardo cotidiano’ ou um ‘mal necessário’, é inegável que o trabalho é um elemento crucial em nossas vidas”. (GIDDENS, 2005, p. 69). Para ele, a globalização desencadeou profundas transformações no mundo do trabalho. Trata-se de novos padrões de comércio internacional e mudanças para uma economia de informação tiveram um significativo impacto sobre antigos padrões de emprego.

Com tais contributos do sociólogo Anthony Giddens (1991; 2005, p.71) se apreende que o Brasil passa por um período de mudança. Aquela “terceira idade” entendida por Giddens (1991; 2005, p.71) como “[...] os anos que compreendem o período em que as pessoas estão libertas das responsabilidades parentais e do mercado de trabalho”, parece ter tons diferentes em terras brasileiras com o instituto da desaposentação. Atualmente, cada vez mais existe a vontade de aposentados voltarem a laborar e, como isso, obter futuro benefício previdenciário a maior.

Tanto é assim, que em épocas anteriores, as pessoas se aposentavam e se retiravam definitivamente do cenário do mercado de trabalho. Presentemente, “[...] a sociedade contemporânea, em sua infinita complexidade, impõe que expressivo contingente de mão de obra

torne ou permaneça trabalhando, a exigir diferentes e inovadores respostas do ordenamento jurídico” (SARAU JR., 2014, p. 147).

O que se pode depreender de estatísticas, é que o Brasil tornou-se um país que aumenta o número de pessoas idosas. Dados de 2011 demonstram que a população idosa era de 20,5 milhões, o equivalente a 10,8% da população total. Hoje, segundo pesquisa do IBGE, a população idosa totaliza 23,5 milhões de pessoas. Projeções indicam que, em 2020, a população idosa brasileira será de 30,9 milhões, representando 14% da população total. Envelhecimento acelerado que produz necessidades e demandas sociais que requerem respostas políticas adequadas do Estado e da sociedade (BRASIL, 2015).<sup>36</sup>

Destarte, a palavra que melhor caracteriza a nossa sociedade é “envelhecida”. Mesmo assim, essa população ao se aposentar, não em muito tempo depois, volta a trabalhar e contribui novamente para o sistema previdenciário. Numa visão “economicista”, as investigações preocupam-se em situar o lugar das pessoas idosas na estrutura social produtiva, centrando as análises na questão da ruptura com o mundo produtivo do mercado de trabalho, especificamente, na questão da aposentadoria. Contudo, o leque se amplia quando não se para na aposentadoria, mas se lança novamente no mercado de trabalho em busca de melhor *status* econômico.

Para muitas pessoas, a aposentadoria não é mais uma grande transição, entendida como uma perda de *status*. Ela não significa mais solidão e desorientação, muito menos, oportunidade para as pessoas se libertarem do trabalho.

Nesse momento, a pessoa idosa passa a ser delimitada não mais pelas transformações fisiológicas, mas por um advento social, a desaposentação, na qual o indivíduo passa pela transposição da categoria de trabalhador para ex-trabalhador e depois para novamente trabalhador; de produtivo para improdutivo e depois produtivo; de cidadão ativo para inativo e em breve tempo, ativo. Para este perfil, deve haver a devida protetiva social a qual é subsidiada pelos aspectos constitucionais da desaposentação.

---

<sup>36</sup> Não se trata apenas de um momento brasileiro, mas global, sobretudo, “nas últimas décadas observou-se um nítido processo de envelhecimento demográfico. Projeções das Nações Unidas (Fundo de Populações) indicam que uma em cada 9 pessoas no mundo tem 60 anos ou mais. O estudo aponta, ainda, que, em 2050, pela primeira vez, haverá mais idosos que crianças menores de 15 anos.” A Organização das Nações Unidas (ONU) afirma que o período de 1975 a 2025 é chamado de a Era do Envelhecimento. Nos países em desenvolvimento, esse envelhecimento populacional foi ainda mais significativo e acelerado. Enquanto nas nações desenvolvidas, no período de 1970 a 2000, o crescimento observado foi de 54%, nos países em desenvolvimento atingiu 123%. “Projeta-se que o número de pessoas idosas alcance 1 bilhão em menos de dez anos e mais que duplique em 2050, alcançando 2 bilhões de pessoas ou 22% da população global”. (BRASIL, 2015)

### 3.2 Aspectos constitucionais da desaposentação

Na visão de Sarau Jr. (2014), a Previdência Social, do mesmo modo a Seguridade Social, e todos os elementos que lhes são próprios, são direitos fundamentais. Diante de tal premissa, os valores originados da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais são aplicados às questões previdenciárias.

Assim, a ideia de proteção social ou respostas às demandas/contingências sociais seriam um primeiro seguimento dos direitos fundamentais no quesito núcleo essencial. Para Sarau Jr. (2014, p. 22), passa-se a adentrar na discussão de duas questões essenciais da desaposentação quando se fala na “[...] possibilidade de renúncia a direito fundamental e a vedação a restrição, através de lei ou ato administrativo, de direito fundamental (ou seja, aqueles previstos em sede constitucional)”.

No que tange à impossibilidade de renúncia à aposentadoria tal premissa atrelasse à natureza alimentar dos benefícios previdenciários, particularmente as aposentadorias. Diante desta tese adotada, conclui-se pela possibilidade da desaposentação.

Martinez (2010, p. 49) chama atenção para o fato de que em regra os benefícios têm destinação à subsistência das pessoas e não à sobrevivência, papel reservado à assistência social. Sendo um contrassenso para o autor que alguns estudiosos julgam ser impossível a desaposentação porque afeta essa alimentariedade. A na suspensão dos pagamentos das mensalidades enquanto perdurar o processo de desaposentação e o requerente estar possivelmente vivendo por outros meios de subsistência, “[...] o que ele deseja é melhorar os referidos meios, com alimentariedade otimizada. Esta ideia, *per se*, poderia ser lembrada no que diz respeito à restituição, mas não a possibilidade de realização do instituto técnico”. (MARTINEZ, 2010, p. 49).

Castro e Lazzari (2010) encampam os estudiosos que acreditam ser perfeitamente possível a renúncia da aposentadoria, isto porque ninguém é obrigado a permanecer aposentado se não apresenta mais interesse. Para eles, a renúncia tem por meta a obtenção futura de um benefício mais vantajoso, pois o segurado abre mão de proventos que vinha recebendo e não do tempo de contribuição já averbado.

Outro tópico que apresenta interesse na desaposentação é a vedação da restrição de direitos fundamentais através de normas infraconstitucionais ou a partir de mero ato administrativo. Não se pretende dizer que os direitos fundamentais (especialmente dos direitos

sociais) dependem, para serem exigíveis, de obrigatória mediação legal. Entretanto, “[...] muitas vezes, a intervenção do legislador é importante para sua definição *in concreto*, em situações mais precisas e mais bem delimitadas” (SARAU JR., 2014, p. 24).

Ressalta Alexy (2007) que na restrição ou no limite ao direito fundamental, o legislador infraconstitucional não pode adentrar contra o conteúdo nuclear do direito fundamental, ou seja, seu núcleo essencial. Para a preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, Sarau Jr. (2014) acrescenta que seu desenvolvimento infraconstitucional é merecedor de reserva de lei, ou seja, qualquer mudança em seu núcleo, tanto para limitar quanto para restringir somente pode advir de lei em sentido estrito, nunca através de ato administrativo de hierarquia inferior à lei.

A partir de tal visão, traz-se um outro argumento que é aventado como contrário à tese da desaposentação: artigo 181-B do decreto n. 3.048/1999<sup>37</sup>. Contudo, a Constituição não veda a desaposentação. Ela garante a contagem recíproca de tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, de acordo com a redação do artigo 201, §9º. Entretanto, a Legislação Básica da Previdência é omissa quanto ao tema, apenas veda a contagem concomitante de tempo de contribuição e o uso de tempo já aproveitado em outro regime. Percebe-se que só o Decreto n. 3.048/99 determina que os benefícios concedidos pela Previdência Social são irreversíveis e irrenunciáveis (CASRO; LAZZARI; 2010).

Nesse mesmo sentido, afirma Sarau Jr. (2014, p. 26) que a norma regular do Decreto n. 3.049/99 não pode por si só fulminar a pretensão da desaposentação. Trata-se de “[...] erro grave, muito custoso para a efetividade dos direitos fundamentais sociais e, de modo geral, de duvidosa constitucionalidade”. O que se percebe é que “[...] se a própria Lei de Benefícios deixou

---

<sup>37</sup> Art. 181-B. As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis. (Incluído pelo Decreto nº 3.265, de 1999)  
 Parágrafo único. O segurado pode desistir do seu pedido de aposentadoria desde que manifeste essa intenção e requeira o arquivamento definitivo do pedido antes do recebimento do primeiro pagamento do benefício, ou de sacar o respectivo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ou Programa de Integração Social, ou até trinta dias da data do processamento do benefício, prevalecendo o que ocorrer primeiro.  
 Parágrafo único. O segurado pode desistir do seu pedido de aposentadoria desde que manifeste esta intenção e requeira o arquivamento definitivo do pedido antes da ocorrência do primeiro de um dos seguintes atos:  
 (Redação dada pelo Decreto nº 6.208, de 2007)  
 I - recebimento do primeiro pagamento do benefício; ou  
 II - saque do respectivo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ou do Programa de Integração Social. (Incluído pelo Decreto nº 6.208, de 2007) (BRASIL, 1999).

de tratar do tema, não contendo previsão expressa de proibição de renúncia à aposentadoria, não poderia o Decreto n. 3.048/99, mera norma regulamentar, fazê-lo”. (SARAU JR., 2014, p. 26).

Ibrahim (2010, p. 79-80) chama atenção para o princípio da moralidade com pressuposto de concessão da desaposentação. No sentido do autor, da mesma forma que se exige do segurado aposentado sua contribuição ao voltar à atividade, quase que praticamente sem nenhuma contraprestação, “[...] ainda que seja explicada pelo sistema de custeio (repartição simples), também causa estranheza ao senso comum popular. O certo seria possibilitar ao segurado novo benefício mais vantajoso”. (IBRAHIM, 2010, p. 80).

Martinez (2010, p. 121-123) afirma que não se deve atribuir à desaposentação uma relação jurídica de previdência social fortemente patrimonial e amoral. Se assim for, estará atribuindo ao requerente da desaposentação querer levar vantagem. “Melhorias não se confundem com privilégios; ou estão previstas no ordenamento ou são irregularidades e devem ser rejeitadas.” (MARTINEZ, 2010, p. 121-123) Conclui que se “a desaposentação visasse à outra finalidade, ela não seria acolhida, pois seu fim é melhorar a situação das pessoas. Claro, o que não lhe cabe é servir de instrumento para prejudicar terceiros”.<sup>38</sup>

Outro princípio constitucional que auxilia a desaposentação é o da finalidade, afirmado no artigo 37 da Constituição Federal. Para Bandeira de Mello (2005) “[...] se pode dizer que tomar a lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é desvirtuar a lei sobre pretexto de cumpri-la.” Ressalta que a “Administração Pública está, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetivá-las para colimarem interesse de outrem: o da coletividade”. (Mello, 2005)

Sendo assim, a finalidade adstrita da administração previdenciária é a “[...] boa gestão dos benefícios e serviços previdenciários, sempre em prol dos segurados e dependentes, em plena conformidade com os princípios constitucionais atinentes à matéria,” defende Sarau Jr. (2014, p. 29). Ademais, acrescenta que a “[...] desaposentação pode representar melhora no valor das aposentadorias concedidas e administradas pelo INSS (serviço público previdenciário), também o

---

<sup>38</sup> Martinez (2010, p. 123) ainda fala da Moral no Direito Previdenciário: “(...) Para que se possa aquilatar esse aspecto, é necessário aprofundar-se no que respeita à moral no Direito Previdenciário. Trata-se de direito material, substantivo, patrimonial, de quem preencheu legitimamente os pressupostos legais, sem qualquer consideração pelo caráter do titular da relação. Aspectos éticos devem ser levados em contas nas relações materiais do beneficiário com o órgão gestor; ele não pode mentir, fraudar, simular, falsificar ou praticar qualquer infração administrativa ou penal”.

princípio da finalidade pode dar sustento à pretensão da desaposentação” (SARAU JR., 2014, p. 29).

Outro fator importante, a desaposentação, segundo Ibrahim (2010) pode ser sustentada pelo direito fundamental ao trabalho. De acordo com o autor, não se pode impedir que o aposentado volte a laborar com o intuito de promover ou até mesmo melhorar seu sustento o que redundaria em sua qualidade de vida.

E mais, a desaposentação não simboliza afronta ao princípio da isonomia. Essa violação é ressaltada quando um segurado já aposentado busca uma melhor aposentadoria e enquanto um outro espera por mais tempo para se aposentar, fazendo de uma só vez.

Relembra Sarau Jr. (2014, p. 29) que não se trata de uma mesma e única situação. Em verdade, são situações fáticas distintas, as quais merecem um tratamento jurídico diferenciado (serão levados em consideração os requisitos do fator previdenciário, contribuições previdenciárias somadas a novo tempo de trabalho, maior faixa etária e menor expectativa de vida), “[...] como é de boa hermenêutica dos direitos fundamentais (isonomia, igualdade material, focalização e especialização dos direitos fundamentais e políticas públicas)”. (SARAU JR., 2014, p. 29).

Ainda, comportam relação com o tema desaposentação, as normas gerais aplicáveis a toda Seguridade Social (inclui-se também Saúde e Assistência Social). De acordo com o artigo 193 da Constituição Federal, a missão da Seguridade social é assegurar aos cidadãos proteção social. Tal ideia advém de que a Ordem Social pauta-se no primado do trabalho, objetivando o bem-estar e a justiça social (SARAU JR., 2014).

A proteção social é norteada por alguns princípios, sendo que a doutrina localiza-os nos objetivos constitucionais constantes do artigo 194 da Constituição Federal. Em seu inciso IV, tem-se o princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios. Trata-se da manutenção do valor real dos benefícios, ou seja, a preservação de seu poder aquisitivo. Tal faceta pode dar respaldo constitucional à desaposentação, “[...] no sentido de o recálculo da aposentadoria, através da desaposentação, preservaria o valor efetivo do benefício do segurado”. (BRASIL, 1988).

Há, também, o princípio da equidade na forma de participação de custeio (artigo 194, inciso V, da CF). Nele, quem possui maior capacidade econômica deve contribuir mais para o custeio da Seguridade Social do que aqueles que possuem menor capacidade econômica detêm. Entretanto, aqueles que são totalmente destituídos de “[...] expressão econômico-contributiva não

farão aportes para o custeio da Seguridade Social, apenas usufruindo dos benefícios e serviços previstos por aquela estrutura de proteção social” (SARAU JR., 2014, p. 31).

O referido princípio da equidade também deve ser compreendido à luz do princípio da solidariedade social, pertencente a qualquer sistema de Seguridade Social, sobretudo, em vista da solidariedade inter e intrageracional. A equidade exigida e franqueada para “[...] a participação no custeio da Seguridade Social demonstra não ser correto, tampouco socialmente justo, que o segurado permaneça contribuindo para a Previdência Social e não possa dela usufruir completamente” (SARAU JR., 2014, p. 32).

Até então encontra pertinência com o tema desaposentação a chamada regra da contrapartida, segundo ela, “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total” (artigo 195, §5º da Constituição Federal). Ela é cabível para a desaposentação, pois um de seus pressupostos é a existência de permanência de vínculo contributivo, quer seja o recolhimento em qualquer modalidade de classe de segurado ou por efetivo desempenho laboral. Havendo a continuidade do vínculo contributivo haverá recurso para a implementação da desaposentação, isto porque novas contribuições serão conduzidas ao sistema previdenciário (IBRAHIM, 2010).

No que tange as principais normas constitucionais da Previdência Social pertinentes à desaposentação, a Constituição Federal delimitou três regimes previdenciários: i) Regime Geral da Previdência Social (RGPS); ii) Regime Próprio dos Servidores Públicos; iii) Previdência Complementar ou Privada. O RGPS é o regime previdenciário universal segundo o qual, todos se encontram vinculados (artigo 201 da Constituição Federal), exceto aqueles que estão vinculados a qualquer outro regime previdenciário como o regime próprio dos servidores públicos (artigo 40 da Constituição Federal). A Previdência Complementar ou Privada é optativa e destinam-se aqueles que desejam receber benefícios em patamar superior ao plano básico determinados pelos outros dois planos (IBRAHIM, 2010).

O RGPS, de acordo com os preceitos do artigo 201 da Constituição Federal, apresenta três elementos que estão intimamente correlacionados com a desaposentação: caráter contributivo da Previdência Social, filiação obrigatória e necessidade de equilíbrio financeiro e atuarial do regime geral.

Quanto ao aspecto contributivo, como opção clara e direta de vinculação ao RGPS e exigido como veemência pelo órgão gestor do sistema, o INSS (Instituto do Seguro Social),



Sarau Jr. (2014, p. 33-34) defende que deve ser também igualmente tanto valorizado quando aproveitado. O objetivo é poder garantir uma melhora na situação dos segurados ou de seus dependentes, no caso, “[...] o recálculo de aposentadorias, por meio do qual é conhecido como *desaposentação*: o aproveitamento de contribuições previdenciárias posteriores à aposentadoria para fins de melhoria no valor da RMI”. (SARAU JR., 2014, p. 34).

Contudo, nem todos pensam assim. No contexto de Rocha e Baltazar Jr. (2011), nem sempre tem que haver a contraprestação, pois existe um outro princípio que sobreporia a regra da contribuição: o princípio da solidariedade. Castro e Lazzari (2010) defendem que o referido pensamento acima simboliza um fisco previdenciário o que não é permitido pela sistemática constitucional (artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal).

Conflitos a parte, Sarau Jr. (2014, p. 35) neutraliza o debate e conclui que essa situação pode ser considerada como uma forma do próprio princípio da solidariedade social. Nele, se impõe “[...] o dever de contribuir tão somente sobre a pessoa física (segurado aposentado), parte da relação jurídico-previdenciária que deveria merecer, precipuamente, a proteção social, não os maiores ônus contributivo.” (SARAU JR., 2014, p. 35).

Sobre o segundo tópico do artigo 201 da Constituição Federal, filiação obrigatória<sup>39</sup>, também auxilia a concessão da desaposentação. Isto porque o vínculo jurídico compulsório gera fins contributivos. O segurado aposentado que retorna à atividade laborativa tem o dever de recolher contribuições previdenciárias, possuindo alguns benefícios nos termos da lei. Sem demora, “[...] as contribuições posteriores à aposentadoria pode render efetivo proveito/melhoria no cálculo do benefício previdenciário” (SARAU JR., 2014, p. 37).

Martinez (2010, p. 48) também corrobora com a tese incluindo as contribuições posteriores com um verdadeiro direito subjetivo. Constitui-se num direito subjetivo do segurado ter de volta a “[...] reserva técnica das contribuições pessoais e da sociedade, com frutos inerentes às aplicações ou sem eles, atualmente submetida à norma pública, na forma das prestações, como concebidas em algum momento pela lei ordinária.” (MARTINEZ, 2010, p. 48).

<sup>39</sup> Para maiores detalhes sobre a filiação compulsória leciona Sarau Jr. (2014, p. 35): “Por filiação obrigatória tem-se a ideia de que aqueles que se entram na situações laborais e/ou contributivas em que a legislação os caracterize como segurados, particularmente na figura do segurado obrigatório (empregado) ou segurado contribuinte individual (aquele que espontaneamente recolhe as contribuições à Previdência Social) serão considerados, para todos os fins, pessoas com vínculo jurídico com a Previdência Social.” Corrobora Ibrahim (2010, p. 9) que “em verdade, a natureza da Previdência Social é *institucional* ou *estatutária*, já que o Estado por meio da lei, utiliza seu poder de império e cria a figura da vinculação automática ao sistema previdenciário, independente da vontade do beneficiário”.

No que tange ao princípio do equilíbrio financeiro e atuarial do RGPS é usado como arma em desfavor à desaposentação pelo INSS. Contudo, mesmo sendo usado como negativa de benefícios deve valer, nos mesmos moldes para a garantia de benefícios melhores para aqueles que permanecem vertendo contribuições previdenciárias ao sistema.

Ibrahim (2010, p. 59) defende a ideia de que a desaposentação pode ser justificável sobre o ponto de vista do equilíbrio financeiro e atuarial, pois o que ocorre é que o segurado continua trabalhar e como isso, contribui, “[...] esta nova cotização gerará excedente atuarial imprevisto, que certamente poderia ser utilizado para a obtenção de novo benefício, abrindo-se mão do anterior de modo a utilizar-se do tempo de contribuição passado”. (IBRAHIM, 2010, p. 59). E conclui que nasce o espírito da desaposentação com a renúncia do benefício anterior em prol de outro melhor.

A própria Constituição Federal corrobora a tese da desaposentação com as regras concretas para a concessão da aposentadoria (artigo 201, §7º)<sup>40</sup>, assim como a permissão de contagem recíproca de tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural ou urbana, por meio da compensação financeira dos diversos regimes previdenciários (artigo 201, §9º). Corrobora com a tese principalmente quando trata de desistência de aposentadoria no RGPS para nova aposentadoria no regime público e vice-versa (SARAU JR., 2014).<sup>41</sup>

Outra regra constitucional corrobora como a desaposentação. Trata-se do alcance do artigo 201, § 11 da Constituição federal (“os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e formas da lei”). Assim, quaisquer ganhos do segurado que

<sup>40</sup> Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (...)

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

III - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

<sup>41</sup> Neste tópico Sarau Jr. (2014, p. 38) chama atenção para a inconsistência da negativa do INSS ao instituto quando se pauta no já citado artigo 181-B do Decreto n. 3.048/99: “(...) a norma constitucional não pode ser interpretada separadamente de sua finalidade, qual seja, a de permitir o trânsito entre os diversos regimes previdenciários, com aproveitamento do vínculo contributivo e compensação financeira”.

volta a trabalhar, assegura futura desaposentação são submetidos à incidência de contribuições previdenciárias. Outro aspecto, é que tudo o quanto possa ser exigido a título de contribuição previdenciária do segurado, incide sobre sua folha de pagamento, o que é de grande valia para a desaposentação, pois deve repercutir de forma obrigatória no cálculo do valor dos benefícios previdenciários. (SARAU JR., 2014)

Por derradeiro, o próprio regime diferenciador assegurado aos servidores públicos titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações (artigo 40 da Constituição Federal) permite a tese da desaposentação. Para isto, devem ser atendidos os requisitos constitucionais do artigo 40 e seus parágrafos.<sup>42</sup> Quanto ao requisito de caráter contributivo e solidário, o regime próprio dos servidores públicos segue o princípio do equilíbrio financeiro atuarial e, neste ponto, se chama atenção para os esclarecimentos já citados para o RGPS. (SARAU JR., 2014)

### **3.3 Da desaposentação: emergência do conceito e desdobramentos críticos**

Após as considerações sobre os aspectos constitucionais do instituto da desaposentação cabe neste tópico enfrentar os principais temas relativos ao fenômeno. Com isso, se examinará sua origem e construção conceitual, principais posições doutrinárias, assim como a análise crítica demonstrando-se alguns equívocos relacionados à desaposentação.

#### **3.3.1 Emergência da expressão**

De início, o instituto da desaposentação não está previsto expressamente na Constituição e nas normas infraconstitucionais. Por isso, falar em sua origem e evolução exige reserva, pois ainda não possui clara previsão normativa.

Contudo, a doutrina auxilia no tema. Para Souza (2015, p. 19) sobre a origem da desaposentação, afirma que foi “[...] na academia e nos tribunais pátrios, que no decorrer dos vinte e quatro anos tem criado novos direitos, a partir de interpretações sistemáticas do ordenamento vigente, notadamente da Constituição Federal de 1988”.

Curiosamente Souza (2015) afirma que não há somente a desaposentação como fruto de interpretações sistemáticas do atual regime de proteção social. Cita, como exemplo, a

---

<sup>42</sup> No que tange aos valores da aposentadoria, deverão ser calculados, de acordo, com o artigo 40, §3 e §17. Por ocasião de sua concessão, não poderão exceder remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria (artigo 40, 2). É assegurado, também, contagem recíproca em relação as diversas esferas da Administração, salvaguardando a proibição de contagem de tempo fictício (artigo 40, §9, §10), além de, observar, no que couber, os requisitos e critérios do RGPS (artigo 40, §12).

concessão de licença paternidade, em 2012. Naquela época, não havia dispositivo legal que garantisse o benefício, mesmo assim, Juizado Especial da Seção Judiciária de Campinas garantiu o direito.<sup>43</sup>

Neologismo criado desde 1987 pelo jurista Wladimir Novaes Martinez (2007) para designar o ato de desconstituição do benefício, representando renúncia às mensalidades antes mantidas e uma nova aposentação ou não, a desaposentação tornou-se numa criação doutrinária dentre vários temas controvertidos do Direito Previdenciário brasileiro.

Martinez (2007) cita o artigo 9º da Lei nº. 6.903/81<sup>44</sup>, posteriormente revogada pela Lei nº. 9.528/97 como o primeiro marco legal da desaposentação no Brasil. De acordo com aquela Lei, era possível aos aposentados no exercício do cargo de juízes temporários (classistas) a opção de abandonar o benefício anterior e aproveitar o tempo de contribuição na aposentadoria própria dos juízes temporários.

Contudo, existem outros momentos da legislação previdenciária que desenhava previsão relativa ao instituto da desaposentação.

A Lei nº. 3.807/60, Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), seu artigo 32 previa a hipótese da permanência no exercício da atividade remunerada, tanto para quem já havia requerido a aposentadoria e continuou trabalhando, quanto para quem não a requeria, embora houvesse praticado os requisitos necessários para a aposentação. Ao primeiro, era assegurado o acréscimo de 04% (quatro por cento) do salário de benefício para cada grupo de 12 contribuições, limitado ao máximo de 100% do salário de benefício aos 35 (trinta e cinco) anos de serviço. Ao

---

<sup>43</sup> Com o nascimento da criança a mãe não quis ver o bebê nem amamentá-lo. Assim, o pai teve que assumir os cuidados com o recém-nascido e entrou na justiça alegando que precisa de tempo livre para atender às necessidades do filho, pedindo uma licença paternidade nos moldes da licença maternidade concedida usualmente pelos empregadores à empregada gestante. O pai da criança não tem parentes que possam ajudá-lo a cuidar do bebê e também não pode colocá-lo em um berçário, visto que estabelecimentos como este só aceitam recém-nascidos a partir do quarto mês de vida, após as primeiras vacinas, por questão de saúde pública. Antes de procurar a justiça, o autor solicitou a concessão do benefício junto ao INSS, tendo sido informado que, por falta de previsão legal, seu pedido só poderia ser atendido por meio de uma ação judicial. Tentara também obter uma licença paternidade remunerada, junto ao seu empregador, conseguindo anuência apenas para um afastamento não remunerado. A decisão levou em consideração o princípio da igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações, conforme o artigo 5º da Constituição Federal. Também se baseou em que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito à liberdade e convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, segundo o artigo 227 da Carta Magna. O fundamento da decisão foi o artigo 392-A da Consolidação das Leis do Trabalho e o artigo 71-A da Lei nº. 8213/91 (MORAES, 2012).

<sup>44</sup> Art . 9º - Ao inativo do Tesouro Nacional ou da Previdência Social que estiver no exercício do cargo de juiz temporário e fizer jus à aposentadoria nos termos desta Lei, é lícito optar pelo benefício que mais lhe convier, cancelando-se aquele excluído pela opção (BRASIL, 1981).

segundo, era assegurado a concessão de abono de permanência de 25% (vinte e cinco por cento) do salário de benefício que receberia se jubilado estivesse.

Mais uma vez Martinez (2010) cita o artigo 12 da Lei nº. 5.890/73 a qual alterou LOPS, a qual dispunha da suspensão da aposentadoria por tempo de serviço daquele segurado que voltasse a trabalhar, situação em que o segurado receberia apenas 50% da renda mensal. Com o fim da atividade, o benefício seria restaurado com um acréscimo de 5% ao ano até o máximo de dez anos, sendo vedado, indiscriminadamente, e a partir desse teto decenal a volta ao trabalho.

Tal ideia vigorou até a edição da Lei nº. 8.213/91, a qual manteve silente quando a uma possível desaposentação. Na redação original a nova lei de benefícios mantinha o abono de permanência, segundo o qual, acabava com a suspensão da aposentadoria em caso de retorno à atividade, e assim, criava o pecúlio. Este, porém, consistia na devolução, em uma única parcela, das contribuições vertidas pelo aposentado (e não pelo empregador) quando a atividade laborativa cessava.

Contudo, modificou-se mais uma vez com a edição da Lei nº. 8.870/94. Neste momento, extinguiu tanto o abono de permanência quanto o pecúlio. Posteriormente, a Lei nº. 9.528/97 conferiu nova redação ao artigo 18 § 2º da Lei nº. 8.213/91, o que excluiu a possibilidade de o aposentado auferir auxílio acidente. Agora, restava-lhe apenas o salário família e a reabilitação profissional, desde que se mantivesse a qualidade de segurado empregado.

Com a Emenda Constitucional nº 20/1998 o regime previdenciário tornou-se estritamente contributivo, conferindo nova redação ao artigo 201 da CF/88. Contudo, não se aprovou a idade mínima para a jubilação no RGPS.

Em contrapartida, criou-se o denominado fator previdenciário com a Lei nº. 9.876/99 forma de cálculo aplicável às aposentadorias por tempo de contribuição e por idade, o qual tem por função desestimular o precoce afastamento para a inatividade. Por tal fórmula, o valor da renda mensal de benefício é inversamente proporcional à expectativa de vida do segurado. Assim, quanto mais novo, e conseqüentemente maior expectativa de vida, menor será o valor de sua renda mensal (MARCELO, 2014).

Percebe-se que desde a década de 60 do século passado havia uma espécie de restituição direta (pecúlio) ou indireta (abono de permanência e majoração do salário de benefício) das contribuições que vertia ao regime previdenciário. Contudo, avisa Martinez (2010)

que foi desde a década de 90 que o tema “desaposentação” tem sido alvo de estudo de artigos, seminários, dissertações e teses.

Por outro lado, Sarau Jr. (2014, p. 54) atribui o grande interesse pelo tema além do baixo teor dos benefícios previdenciário, “[...] a extinção do direito ao pecúlio e ao abono de permanência, no contexto das reformas neoliberais, em meados da década de 1990”. Leciona, ainda, que a desaposentação alinha-se a “[...] uma tentativa de compensação pela extinção desses dois citados direitos previdenciários (...), uma forma oblíqua de revisão de benefício previdenciário”. (SARAU JR., 2014, p. 54).

Concordamos com a ressalva do professor Sarau Jr. (2014), mas o tema desaposentação em face de sua natureza doutrinária e jurisprudencial (LADERNTHIM, 2009) chamou-nos atenção pela aproximação como um exemplo de ativismo judicial no Brasil.

### 3.3.2 Conceito

Começando com Ibrahim (2010; 2011, p. 701), este delimita a desaposentação em três aspectos: renúncia, em qualquer regime, com melhoria do *status* econômico do beneficiário. Para ele, 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”.<sup>45</sup> Contudo, ressalva a possibilidade de desaposentação no beneficiário de aposentadoria por invalidez, sob a premissa de que tal aposentado não pode voltar ao trabalho, sob pena de cassação do benefício.<sup>46</sup>

Desde que vinculada à melhoria econômica do segurado, a desaposentação, ao contrário de violar direitos, só os amplia. “[...] Seu objetivo será sempre a primazia do bem-estar do indivíduo, algo desejável por toda sociedade” (IBRAHIM, 2010, p. 41).

<sup>45</sup> Acrescenta Ibrahim (2010, p. 35-36): “ A desaposentação pode existir em qualquer regime previdenciário, desde que tenha como objetivo a melhoria do status econômico do associado. A ideia da desaposentação é liberar o tempo de contribuição utilizado para a aquisição da aposentadoria, de modo que este fique livre e desimpedido para averbação em outro regime ou mesmo para novo benefício no mesmo sistema previdenciário, quando o segurado tem tempo de contribuição posterior à aposentação, em virtude da continuidade laborativa (...)”

<sup>46</sup> Contudo, Martinez (2010) não vê oposição para concessão de desaposentação em caso de aposentadoria por invalidez, mas conclui o jurista que será difícil em situação real. Em oposição, Sarau Jr. (2014, p. 58) leciona ser perfeitamente possível em tal hipótese, pois o “núcleo do sistema previdenciário, após a EC n. 20/1998, é o regime contributivo (a qualidade de segurado não se dá mais pela condição de trabalhador, mas pelo recolhimento de contribuições previdenciárias (...)), nada obstará, a nosso ver a desaposentação ocorrer em virtude de novas contribuições previdenciárias espontaneamente recolhidas, a despeito do aposentado por invalidez não tornar a trabalhar (o que faria cessar o primeiro benefício)”.

No mesmo sentido de uma melhora na capacidade econômica do segurado está Coelho (1999, p. 1130-1134). A desaposentação se traduz na “[...] contagem do tempo de serviço vinculado à antiga aposentadoria para fins de averbação em outra atividade profissional ou mesmo, para dar suporte a uma nova e mais benéfica jubilação”. (COELHO, 1999, p. 1130-1134). Ademais, o que se almeja na desaposentação é uma renda mensal inicial superior.

Aliando-se a esta ideia, também se encontra o jurista Fernando Vieira Marcelo (2014, p. 27-28). Contudo, não para por aí. Segundo ele, além desse acréscimo no benefício, a desaposentação vista como “aposentação inversa” está sendo utilizada de forma mais ampla, “[...] pois além de a renúncia a aposentadoria é também utilizada para conceituar a renúncia de qualquer benefício de natureza previdenciária ou assistencial”. (MARCELO, 2014, p. 28).

O professor Martinez (2005) considera a desaposentação como verdadeira renúncia que corresponde à concessão jurídica do deferimento da prestação anterior deferida ao segurado do RGPS. Para ele, a lógica adotada é o retorno ao cenário inicial, sendo um ato administrativo, formal, vinculado e provocado pelo interessado no desfazimento de benefício anterior. “[...] Não é da aposentação, mas o restabelecimento do cenário pretérito, retroagir ao estágio em que se encontrava quando do deferimento da prestação”. (Martinez, 2005). Deste modo, analisando-se seus elementos constituintes, não haveria diferença entre quem completa 35 anos de contribuição e continua trabalhando e contribuindo, e não se aposenta e quem se aposenta e depois se desaposenta.

Para a realização da desaposentação deve haver uma aposentadoria instruída e em vigor. A fim de que a proposta de desfazer a concessão seja válida, além da motivação, logicamente, “[...] é preciso que o titular esteja aposentado, só gozando dessa capacidade jurídica o legalmente autorizado a obter e fruir do benefício; claro, legítima, legal e regularmente concedida a prestação” (MARTINEZ, 2010, p. 57-58).

Martinez (2010) atesta que não importa quem faz ou fez jus ao benefício inicial, não é relevante se derivado de direito simples ou adquirido, também não se cogita da pretensão de expectativa de direito ou direito que já pereceu. Também sem nenhuma confusão com as outras modalidades de desfazimento da relação jurídica de benefício, tais como, substituição, transformação, conversão, anulação, suspensão, cancelamento, cessação, etc.

Para a realização da desaposentação pressupõe-se a existência de um direito previdenciário eficaz. Este se objetiva com “o deferimento aperfeiçoado de certa prestação”, de

regra uma aposentadoria, assim como, protegido pelo ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Tecnicamente a expressão relaciona-se com outros benefícios. Martinez (2010, p. 57, 70, 148-151) discorre sobre outras hipóteses que classifica como desaposentação: i) aposentadoria por invalidez que cessa com o retorno ao trabalho; ii) aposentadoria por invalidez que cessa com o retorno voluntário do segurado ao trabalho, e, iii) benefícios previdenciários do trabalhador rural que migra para regime próprio da previdência social havendo de se realizar indenização ao RGPS.<sup>47</sup>

Assinale-se que a desaposentação advém de um direito do segurado retornar à atividade remunerada com desfazimento da aposentadoria por vontade do titular (CASTRO; LAZARRI, 2014). Para que isto ocorra, por sua vez, Sarau Jr. (2014) alinha a desaposentação como espécie de revisão de benefícios previdenciário, num sentido mais abrangente da expressão<sup>48</sup> traduz em quais possibilidades ocorrerá à renúncia de um benefício: i) Pura e simples renúncia a benefício previdenciário já implantado; ii) renúncia a uma aposentadoria quando existir concomitantemente entre aposentadorias concedidas administrativamente e judicialmente, e, iii) renúncia de uma aposentadoria que já foi implementada para o aproveitamento do respectivo tempo de contribuição/ serviço, inclusive tempo de contribuição/serviço, com o objetivo de obtenção de nova e melhor aposentadoria.

No que tange à segunda hipótese (ii), Sarau Jr. (2014) esclarece que se realiza a desaposentação quando se renúncia uma das aposentadorias, atrelada a opção pela outra, economicamente mais vantajosa, não importando a diferença entre administrativa ou judicial. Já a terceira possibilidade (iii), indica o autor, que é mais comum na maior parte da doutrina e jurisprudência e significa a renúncia de aposentadoria já efetivada que com o objetivo de obtenção de nova e melhor aposentadoria opta-se pelo aproveitamento pelo respectivo tempo de contribuição/serviço, inclusive tempo de tempo de serviço/contribuição posterior.

Dentro de suas próprias características, a desaposentação exige que tal renúncia deva ser formulada pelo seu titular, de acordo com a sua vontade e no momento que entende

---

<sup>47</sup> Souza (2015, p. 31) não inclui todos os benefícios como autorizativos à desaposentação: “Titular de benefícios para fins de desaposentação é o segurado que recebe a aposentadoria especial, aposentadoria por tempo de contribuição ou aposentadoria por idade, posto que os demais benefícios não possibilitam o retorno ao trabalho para alteração da situação da concessão (aposentadoria por invalidez e pensão por morte) ou possuem natureza temporária (auxílio-doença)”.

<sup>48</sup> Para Sarau Jr. (2014) este não seria apenas para o posicionamento para a desaposentação, mas para a despesão também segundo ele, São espécies continuadas de transformação de benefício previdenciário. Tal posicionamento não é adotado pela ampla doutrina que trata da desaposentação (IBRAHIM, 2010; MARTINEZ, 2010; CORREIA, 2009; CORREIA E CORREIA, 2010).



necessário (SOUZA, 2015). Ademais, deve ser praticada por sujeito de plenamente capaz e no exercício de seus direitos (MARTINEZ, 2010). Além de ser de forma expressa (com pedido formal e escrito), o que afasta a possibilidade de ser implícita ou tácita, tampouco obrigatória, pois hoje só pode ser obtida por via judicial.

Outrossim, a lei que se aplicara no momento da concessão do segundo benefício previdenciário será a vigente na data do pedido da desaposentação. Trata-se da técnica de um consagrado princípio da jurisprudência previdenciária: *tempus regit actum*. (IBRAHIM, 2010)

Em derradeiro, segundo Ladenthin (2010) a desaposentação pode ocorrer nas seguintes modalidades: i) entre regimes previdenciários distintos, ou seja, de RGPS para o regime próprio dos servidores públicos ou vice-versa; ii) entre o mesmo regime, de RGPS para RGPS ou de RPPS para RPPS; iii) entre diferentes filiações, ou melhor, de benefício rural para urbano ou de urbano para rural.<sup>49</sup>

### 3.3.3 Análise crítica

Este tópico trará a verificação de alguns óbices ao instituto da desaposentação, dentre eles, se relatará o ato jurídico perfeito, a restituição dos valores recebidos à título de primeira aposentadoria, ausência de previsão legal do instituto, a ideia de aposentadoria como mero direito patrimonial, a fundamentação da desaposentação no direito ao trabalho e a comparação ao instituto da reversão.

O ato jurídico perfeito é comumente encarado com um embaraço à desaposentação. Isto porque para que haja a aposentadoria existe uma prática do INSS concretizada por meio de

---

<sup>49</sup> Cabe esclarecer, embora não seja o objetivo deste estudo, conceitos que podem ser confundidos com a desaposentação, dentre eles, estão a despensão e a reaposentação. A despensão seria uma espécie de revisão dos proventos da pensão que não foi praticada em vida pelo segurado, nos moldes da desaposentação. Por isso, aproxima-se da discussão da desaposentação. Para Correia (2010, p. 911) a despensão, “por sua vez, poderia, em princípio fazer parecer que a questão refere-se a uma desaposentação por ato de terceiro. Exemplifiquemos: quando o titular da desaposentação não poderá fazê-lo (por impossibilidade fática- ex: sua morte), seria possível que terceiro procedesse à desaposentação, em especial, quando, daí, advier situação mais favorável. Por exemplo, o pensionista poderia promover a desaposentação de segurado falecido que continuou a trabalhar, mas não desaposentou antes do seu falecimento, para obter uma alteração no seu valor de pensão.” A despensão poderá ser almejada em todos os regimes previdenciários, nos mesmos requisitos da desaposentação. Também a reaposentação é diverso da desaposentação. Trata-se “da hipótese em que o segurado aposentado permanece trabalhando, preenchendo por completo os requisitos para a concessão de novo benefício previdenciário. Renuncia à primeira aposentadoria aderindo à nova aposentadoria, cujos requisitos implementou integralmente.” (SARAU JR., 2014, p. 84) Como exemplo, “um segurado aposentado por tempo de serviço/contribuição aos 50 anos de idade continua trabalhando por mais quinze anos, aos 65 anos de idade terá preenchido totalmente os requisitos para concessão da aposentadoria por idade” (CASTRO; LAZZARI, 2014, p. 680). Para a doutrina, a reaposentação seria mais vantajosa do que a desaposentação, pois não haveria que se falar em devolução dos valores da primeira aposentadoria (CASTRO; LAZZARI, 2014).

um ato administrativo, consistente em ato jurídico emanado do Estado, tendo por finalidade reconhecer uma situação jurídica subjetiva (IBRAHIM, 2010).

Partindo desta postura, a doutrina de Martinez (2010, p.30) entende que a desaposentação é um ato administrativo vinculado e formal, “[...] provocado pelo interessado no desfazimento da manutenção das mensalidades da aposentadoria, que compreende a desistência com declaração oficial desconstitutiva”. No mesmo pensamento Ladenthim (2009) possibilita a desaposentação como um benefício que se constitui num ato administrativo- um ato jurídico perfeito.

Ao renunciar uma aposentadoria estará se desfazendo ato administrativo destinando o tempo de serviço vinculado à antiga aposentadoria para que seja computado em nova. Desaposentar se concretiza com a renúncia ao benefício concedido para que o tempo de contribuição vinculado ao ato de concessão seja liberado, possibilitando o computo em benefício mais vantajoso. Seria um único meio pelo qual se viabiliza ao segurado obter benefício mais vantajoso. Deste modo, não é função do ato jurídico perfeito causar óbice ao bem-estar do indivíduo, algo primado por toda sociedade. “[...] não com se negar que é uma revisão com nome diferente! Nas palavras de Ibrahim, a ‘desaposentação é uma questão incidental na ação revisional’”. (LADENTHIM, 2009, p. 12).

Ibrahim (2010, p. 41) defende que nenhuma norma jurídica é absoluta, o que ocorre com o ato jurídico perfeito, o qual deve ser associado ao direito fundamental do trabalho. Assim, sobressai a ideia do ato jurídico perfeito como debate central sobre a desaposentação, pois é resguardado pela Constituição (artigo 5º, inciso XXXVI). E como regra de hermenêutica jurídica deve ser interpretado de acordo com seu *caput*. Logo, “injustificável a irreversibilidade absoluta do ato jurídico perfeito em favor do segurado, pois a própria Constituição assegura o direito à liberdade, inclusive do trabalho”. (BRASIL, 1988).

A denegação das prerrogativas do ato jurídico perfeito claramente contrária a segurança jurídica, valor adotado pela Lei Maior. O aposentado estaria em situação de insegurança caso seu benefício pudesse ser revisto a qualquer momento, “[...] em especial quando da revisão dos requisitos de elegibilidade previdenciários, os quais são frequentemente alterados, em virtude de questões atuariais.”. Enfim, deve ser vista como uma garantia ao cidadão e não do órgão gestor. Uma segurança sua, não uma arguição contra ele. “Por ser produto dessa proteção

constitucional, a Administração não poderá *ex officio* desfazer a aposentação” (IBRAHIM, 2010, p. 48).

Findando o impasse sobre a desaposeção como afronta ao ato jurídico perfeito, Sarau Jr. (2014, p. 95) apresenta como sendo viável juridicamente. Deve ser tratada como “transformação do ato administrativo, em virtude das novas circunstâncias fáticas (nova situação contributiva do segurado), do que como extinção ou desconstituição de ato administrativo, posto que inexistente inconveniência ou invalidade a fulminar o primeiro ato de concessão.”<sup>50</sup>

Finalizando este primeiro momento, a desaposeção é tratada como parte do Direito Previdenciário, assim, ganha *status* de direito fundamental. Não se pode descuidar que o interesse observado pela autarquia previdenciária tem de estar alinhado com os direitos fundamentais, sobretudo, com o princípio da dignidade. Deste modo, cabe aos atos administrativos concretizar consubstanciar tais direitos, adaptando-os a possíveis incongruências metodológicas ou doutrinárias ao direito substantivo relativo às questões previdenciárias (CORREIA; CORREIA, 2010).

Seguindo, outro encalhe à desaposeção é a ausência de recursos e da possibilidade de desequilíbrio atuarial do sistema previdenciário. Uma forma de melhoria dessa situação sem recursos seria a restituição dos valores recebidos a título de primeira aposentadoria.

O argumento a exigir a restituição aos cofres públicos dos primeiros proventos de aposentadoria é sustentado por vários doutrinadores.

Martinez (2005, p. 437) pauta-se na ideia de o órgão gestor reaver parte dos valores pagos para estar econômica e financeiramente apto para aposentá-lo novamente ou poder emitir a CTC (certidão de tempo de contribuição). “Para que a desaposeção seja sustentável do ponto de vista técnico do seguro social e atenda aos seus anelos científicos, é imprescindível o restabelecimento do *status quo ante*. Não há esse efeito gratuitamente porque a relação jurídica aí presente não prescinde de fundamentos econômicos, financeiros e atuariais.” (MARTINEZ, 2005, p. 437).

---

<sup>50</sup> Baseando-se nos ensinamentos de Bandeira de Mello (2005), Sarau Jr. (2014, p. 91-94) classifica a desaposeção como uma espécie de autotutela administrativa em decorrência de alteração das circunstâncias fáticas (como no caso da transformação do auxílio-doença em aposentadoria por invalidez). Isto porque o instituto não se encaixa em nenhuma hipótese de modalidades de extinção dos atos administrativos (revogação, invalidação, cassação, caducidade, contraposição ou derrubada e renúncia). Destarte, entende equivocada a pretensão de eventual conceituação de desaposeção como extinção de ato administrativo, eventualmente não atendido pela caracterização de ato jurídico perfeito.

No mesmo perfil encontra-se Winkler (2010) e Demo (2002). Ambos só se diferenciam no fundamento, mas almejam o ressarcimento integral dos valores à Autarquia previdenciária. Para Winkler (2010), também deve haver o retorno ao *status quo ante*, ou seja, com a devolução dos valores auferidos, quando na condição de aposentado, pois o ato de aposentação é *ex tunc* retroagindo à data de concessão de benefício anterior. Já Demo (2002, p. 889) trata a restituição como simples conta de matemática. Caso o beneficiário não indenizar “[...] algo’ ao sistema previdenciário para fins de nova contagem de tempo de contribuição já utilizado, a equação previdenciária não fecha: a restituição será maior que a contribuição, arrostando a relação custo benefício sob a perspectiva do equilíbrio atuarial.” (DEMO, 2002, p. 889).

Araújo (2008) e Souza (2015) também corroboram com a restituição. Pauta-se, agora no princípio do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário. O sustento financeiro do sistema deve ser mantido com o objetivo de preservar sua estrutura operacional e o equilíbrio fiscal e atuarial, com a devida proporção entre despesas e receitas (ARAÚJO, 2008). Mas a ideia não para por aí. Souza (2015, p. 45) defende a “[...] devolução integral da quantia recebida no período pelo segurado, acrescentando a inevitável aplicação da correção monetária, a qual decorre da lei e se aplica a qualquer negócio jurídico em que é mantida a igualdade de direitos entre as partes envolvidas”.<sup>51</sup>

Por outro lado, Ibrahim (2010) defende amplamente a não restituição como pré-requisito à desaposentação, pois esta advém de um verdadeiro excedente atuarial, ou melhor, menor expectativa de vida e ancora novas contribuições. Isto porque a crítica à desaposentação como violadora do equilíbrio atuarial não é uma novidade no debate. Quando a desaposentação ocorre dentro do mesmo regime, por exemplo, o RGPS, não haveria maiores problemas, pois o segurado ao retornar ao trabalho, volta a contribuir, proporcionando um ingresso de receita imprevisto no sistema e, portanto, justificador de um recálculo de sua aposentadoria, que é, ao final, a razão de ser da aposentação.

---

<sup>51</sup> No mesmo sentido, Winkler (2010, p. 87) que explica como será esta restituição integral: “os índices de correção monetária para a devolução dos valores ao INSS deverão ser os mesmos aplicados pela autarquia quando do pagamento dos benefícios em atraso. (...) Salienta-se que as verbas tributárias pagas em atraso são corrigidas pela Taxa SELIC, a qual representa o somatório de correção monetária e juros. Ocorre que não deve haver a incidência de juros mora, porquanto estes somente são devidos àqueles que descumpriu uma obrigação”. Já houve julgo em 2011 (Tribunal Regional da 3ª Região, Processo n. 00104308620084036183, julgado em 17 de outubro de 2011) que seguiu a referida doutrina estipulando um consignado de 30% sobre o montante da nova aposentadoria a ser paga a cada mês.

Mesmo para aqueles que almejam a averbação de tempo em regimes diferentes (de o RGPS averbar tempo de contribuição no regime próprio-RPPS), o argumento não vence. Não é preciso uma demonstração matemática para expor que a desaposentação em tal hipótese propiciará benefícios de aposentadoria sem a correspondente fonte de custeio adequada, ou melhor, sem embasamento atuarial. Assim, encontram-se servidores públicos que ingressaram no RPPS com vasto tempo contributivo no RGPS, averbando o respectivo período e obtendo com facilidade o benefício ampliado (IBRAHIM, 2010).

A par disso, a questão atuarial como negativa da desaposentação não pode ser apresentada como trufo intransponível, espécie de “[...] sustentáculo sacrossanto do regime, premissa elementar de venerável obediência”. (IBRAHIM, 2010, p. 5-6). Trata-se de “obra de ficção, pois sequer existe”. Assim, a premissa atuarial, portanto, no “rigor ora apresentado, nada mais reflete preconceito sabiamente definido em velho dito popular: dois pesos, duas medidas”<sup>52</sup> (IBRAHIM, 2010, p. 5-6).

No mesmo sentido, comungam da ideia da não restituição Ladenthim (2009) e Sarau Jr. (2014). Com a continuação da atividade laboral e com o pagamento compulsório das contribuições, eles verteram ao sistema valores que não tinham sido previstos (LADENTHIM, 2009, p. 135). Mas para Sarau Jr. (2014, p.104-105) não basta o simples argumento de natureza alimentar dos benefícios previdenciários e na boa-fé dos percipientes, mas o fundamento está o “[...] próprio caráter contributivo e solidário da Previdência Social. Algum fundamento de que a previdência social é ‘seguro’, sim, porem ‘seguro social’, o que altera suas características, diferentemente do que seria num mero seguro de direito Privado”. (SARAU JR., 2014, p.104-105).

---

<sup>52</sup> Continua Ibrahim (2010, p. 5-6): “É típico de nossa cultura, ao pretender negar alguma demanda, apresentar interpretação restritíssima de determinado atributo necessário, como o fiscal de trânsito que avalia detalhes irrelevantes do veículo, com base em instruções esquecidas, no intuito de prejudicar determinado condutor. Se a questão atuarial fosse, no Brasil, tomada com seriedade que é apresentada pelos detratores da desaposentação, curvar-me-ia à crítica e abandonaria a tese, pelo menos, nos padrões atuais, sem a restituição dos valores recebidos. Mas a realidade brasileira é outra, não havendo em qualquer quadrante da previdência social, nos regimes públicos, o rigor atual pretendido. Isso não deve implicar, por óbvio, o repúdio ao argumento atuarial, ou um perigoso retorno as teses panfletarias, que muito frequentemente bravejam a eficácia plena e ilimitada de direitos sociais, sendo o financiamento um mero percalço de fácil solução, superável magicamente pela eficiência administrativa e o combate à corrupção quando não inexistente. [...] Se o próprio legislativo, eventualmente, produz alterações das mais diversas no plano de benefícios da previdência social brasileira sem uma exposição do custeio necessário, nem sequer uma breve fundamentação matemática na exposição de motivos, não há fundamento para que o mesmo seja temperado na interpretação de determinadas demandas, desde que compatíveis com o restante do ordenamento.”

Outro elemento que deve ser elencado como apto a obstar a devolução dos valores da primeira aposentadoria é que os regimes previdenciários, pautados no princípio da solidariedade têm como objetivo não somente a concessão de aposentadorias, mas, sobretudo, a redistribuição de renda e a preservação do pacto intergeracional. Assim, fica complicado mensurar o *quantum* cada segurado individualmente devolveria para o órgão gestor (SARAU JR., 2014).

E mais, a restituição integral dos valores, a título de primeira aposentadoria, seria uma espécie de “fator previdenciário reverso”. Em outras palavras, deveria se fazer um cálculo matemático que estimaria a esperança de vida restante, o valor da primeira aposentadoria, contribuições já vertidas, assim como, o valor da nova aposentadoria alcançada com a desaposentação. Assim, não haveria como engendrar uma espécie de “[...] fórmula matemática que atente para esses postulados, que são, na realidade, jurídicos e meramente não matemáticos. Os regimes solidários, portanto, inviabilizam uma exata relação entre o exato valor pago para o sistema e o valor percebido pelo segurado” (CORREIA; CORREIA, 2010, p. 312).

Contudo, deve-se levar em consideração que a ausência de corretas informações sobre a real situação financeiro-atuarial da Previdência social, assim como é o recolhimento de contribuições ou sobre a forma adequada de sua restituição acabam por produzir o que é chamado por Sunstein (2009) de “[...] efeito cascata informacional quanto à posição a ser tomada: como a generalidade das pessoas indica ser necessária a restituição dos valores relativos à primeira aposentadoria, assim como se propaga amplamente o argumento do desequilíbrio atuarial [...]”. Sendo assim, perfilhamos do entendimento pela não restituição dos valores recebidos.

No contexto atual, a desaposentação não possui previsão legal específica na lei de benefícios que trate da possibilidade de renúncia de aposentadoria com proveito de tempo de contribuição anterior na concessão de novo benefício, seja na redação atual seja na originária. Conclusão é negada pelos órgãos administrativos, os quais ainda argumentam pela violação do ato jurídico perfeito e do direito adquirido.

Nesse sentido, o INSS não vem permitindo tal instituto, pois o Regulamento da Previdência Social (Decreto nº. 3.048/99, artigo 181-B)<sup>53</sup> e a Lei de Benefícios (Lei nº. 8.213/91,

---

<sup>53</sup> Art. 181-B. As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis. (Incluído pelo Decreto nº 3.265, de 1999)

artigo 18, §2º)<sup>54</sup> não deu vazão para tal direito. Eis outro ponto crítico que fulmina a concessão da desaposentação.

Segundo Ibrahim (2010) a ausência legal do instituto não deve ser barreira para sua concretização. A tese pode ser construída por outros substratos do sistema normativo. Em verdade, defende que existe uma autorização presumida da desaposentação, em razão de não violar preceitos legais e constitucionais. Conclui que somente sua vedação é que deveria ser expressa.

Petian (2011) propõe para suprir a expressa previsão legal do instituto uma interpretação ampla do princípio da legalidade. Agora, tal princípio não estaria estritamente vinculado à lei em sentido formal. Como consequência da ideia, a Administração Pública, aqui encabeçado pelo INSS deveria atuar em consonância com todo ordenamento jurídico. Deve atuar de acordo com as normas constitucionais (princípios e regras).

Seria então, o “princípio da juridicidade” (SARAU JR., 2014, p. 106) que resolveria este hiato legislativo. Ademias deve ser ressaltado que “[...] as lacunas no direito previdenciário deverão/poderão ser preenchidas a partir dos princípios que podem ser descobertos nas normas de direito social, tal como o da solidariedade” (NASCIMENTO, 2007, p. 176).

Contudo, um dos fundamentos do INSS em segregar a desaposentação está justamente numa análise constitucional que normaliza aos cidadãos praticar tudo aquilo que não seja proibido em lei (artigo 5º, inciso II da Constituição Federal). Assim, teria fundamento a imposição do Decreto n. 3.048/91, artigo 181-B que regulamenta a Previdência Social e determina que o INSS não poderá conceder a desaposentação sem norma que autorize.

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello (2005) salva esse suposto aparente conflito normativo. Leciona que cada país apresenta suas peculiaridades o que faz com que o princípio da legalidade seja realizado de acordo com os desmembramentos do Direito Constitucional. Ademais, “[...] deve-se ter em mente, que os decretos regulamentares, no Direito brasileiro, não possuem o condão de inovar o ordenamento jurídico” (SARAU JR., 2014, p. 107-108).

---

<sup>54</sup> Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social-RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997).

Outro ponto preocupante que se alia à tese da desaposentação é sua natureza patrimonial, pessoal e disponível. Embora a jurisprudência encampada pelo julgamento do Recurso Especial nº. 1.334.488/SC, no Superior Tribunal de Justiça já tenha consagrado que as aposentadorias são disponíveis e de fundo patrimonial, portanto, sujeito à renúncia, ainda entre os estudiosos do assunto existem controvérsias.

Cunha Filho (2003), Souza (2015) e Martinez (2010) defendem o mesmo posicionamento do julgamento pacificado acima. Ocupa-se de “[...] direito patrimonial disponível, por ser próprio de uma determinada pessoa e, derradeiramente disponível, já que apenas depende de sua volição” (MARTINEZ, 2010, p. 29). Lida-se com direito de natureza personalíssima, intransferível a terceiro, “[...] direito patrimonial resultante de ‘contrato’ previdenciário, decorrente do adimplemento das condições estatuídas neste, sendo desta forma disponível pelo titular, que nesta qualidade não está contudo obrigado a exercê-lo ou do mesmo usufruir [...]” (CUNHA FILHO, 2003, p. 784). Além de tudo, “[...] afasta a obrigação de concordância da administração pública enquanto órgão gestor e pagador do benefício” (SOUZA, 2015, p. 35).

Em objeção ao simples caráter pessoal e patrimonial que dá ao segurado direito de renunciar sua primeira aposentadoria se posiciona Sarau Jr. (2014). Defende que a renúncia se deve pautar na natureza das prestações previdenciárias as quais, responde a uma sorte de contingências sociais elencadas tanto na legislação previdenciária quanto na Constituição. A par disso, as aposentadorias como direitos fundamentais que são tornam-se imprescritíveis, inalienáveis, de exigibilidade imediata e por meio do Poder Judiciário, irrenunciáveis. Chama atenção que apenas se materializa pecuniariamente, o que não pode ser confundida com sua natureza.

A ressalva do jurista, quanto à justificativa de aposentadoria como mero direito patrimonial disponível, pode favorecer na supressão ou restrição do direito fundamental social à aposentadoria (SARAU JR., 2014). Também não concorda com o fundamento da aposentadoria como seguro, pois é “incompatível com o ideal constitucional de proteção social: direito fundamental de corrente da cidadania, universal por sua própria natureza. [...] Portanto, nessa perspectiva ligada aos direitos fundamentais, sempre permanecerão na qualidade de segurados.” (SARAU JR., 2014).



Por derradeiro, cabe examinar o fundamento da desaposentação como direito ao trabalho e sua comparação ao instituto da reversão.

A doutrina fundamenta a desaposentação no direito do trabalho<sup>55</sup> o que indica a necessidade de verter contribuições ao sistema. Contudo, a mera fundamentação da desaposentação em tal direito possibilitaria a não concessão do instituto para aqueles que se encontram aposentados por invalidez (SÁ, 2009). E mais, desde a emenda Constitucional nº. 20/1998, que passou a adotar um paradigma essencialmente contributivo, “[...] abandonou em parte o modelo protetivo ligado ao ‘mundo do trabalho’ que a caracterizou ao longo da história previdenciária” (SARAU JR., 2014, p. 110).

Deste modo, a fundamentação para a desaposentação deve pautar na própria “[...] concepção atual de Previdência Social, eminentemente contributivo. Em tese (um pouco difícil de ocorrer), mesmo aquele que apenas recolher contribuições, como segurado contribuinte individual, após a primeira aposentadoria, teria condições de buscar a desaposentação” (SARAU JR., 2014, p. 111).

No que tange ao instituto da reversão, alguns estudiosos da desaposentação a fundamenta nos requisitos legais daquele instituto, efetivado pelo Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Federais (Lei nº. 8.112/1990, artigo 25). Entretanto para Mattos (2010) e Sarau Jr. (2014) está não seria uma consistente comparação, “[...] um tanto distante e um pouco inadequada” (SARAU JR., 2014, p. 113).

A reversão, modalidade de Direito Administrativo que é não almeja o aumento de proventos dos servidores públicos, mas uma forma diferenciada de ‘provimento’ de cargos públicos que indiretamente proporciona o aumento de rendimentos ao aposentado (MATTOS, 2010).

A desaposentação ocorre no estrito interesse do segurado, enquanto que a reversão se caracteriza no interesse da administração Pública, depois de pedido do servidor aposentado. Na reversão, é proporcionado ao servidor aposentado que torne ao serviço público uma aposentadoria mais vantajosa, apenas no caso de permanecer na atividade por mais de cinco anos (Decreto nº. 3.644/2000 que regulamenta o instituto, artigo 2º, inciso II, artigo 3º, parágrafo único e artigo 9º). Tal exigência de cinco anos não se faz presente de desaposentação quando esta

---

<sup>55</sup> Pode-se compreender tal posicionamento dos ensinamentos de Souza (2015), Marcelo (2014), Castro e Lazzari (2006), Ibrahim (2010).

é requerida pelo RGPS. Assim sendo, o ideal é estear a desaposentação em seus aspectos constitucionais (MATTOS, 2010).<sup>56</sup>

### **3.4 A desaposentação:** entre a carência de recursos e propostas de alteração legislativa

A desaposentação é instrumento que vem se tornando conhecido pela população. Não apenas pela comunidade jurídica, mas observa-se gradativa divulgação disseminada pelas mídias. Por meio desse mecanismo, o aposentado que retornou ao mercado de trabalho renúncia ao benefício pago pelo INSS e pede o recálculo da aposentadoria, incorporando as contribuições e o tempo de serviço acumulados com o novo trabalho. O objetivo é conseguir uma aposentadoria maior.

Mesmo assim, o instituto da desaposentação ou desaposentadoria realiza em mais de 123 mil ações que tramitam em várias instâncias do Poder Judiciário (ANFIP, 2013a). Nada mais é que uma luta entre o INSS e segurados que buscam na justiça efetivação de direitos.

Supostas dificuldades técnico-operacionais do INSS, aduzindo a conveniência administrativa, são elencadas para não mais se examinar a situação previdenciária dos segurados aposentados. Trata-se de uma cultura burocrática denominada de “administração paralela” em que os valores constitucionais superiores são anulados por práticas cartorárias e burocráticas, em algumas ocasiões sequer amparadas em normas jurídicas. (SARAU JR., 2014, p. 114-115)

Em diapasão, para o Ministério da Previdência Social a desaposentação é tida como um conceito que não existe. Para a Assessoria de Comunicação Social do INSS renunciar à aposentadoria não gera a desaposentação. “[...] o ministro Garibaldi Alves não comenta matérias que estão tramitando na justiça, alega a assessoria a um pedido de entrevista com o ministro” (ANFIP, 2013a, p. 13).

Por trás deste discurso, está a preocupação do governo com o aumento das despesas da Previdência Social. Embora não existam estimativas do impacto financeiro da possível desoneração. Para o Estado, é temerária a existência de sentenças favoráveis ao segurados e, com isso, cause um efeito cascata, estimulando novas demandas judiciais.

Segundo informações fornecidas pelo INSS, são mais de 500 mil os aposentados que retornaram ao mercado de trabalho com carteira assinada (ANFIP, 2013b).

---

<sup>56</sup> O instituto da desaposentação ainda enfrenta outros temas diante de sua concretização, por exemplo, “decadência e prescrição” (MARTINEZ, 2010; MARCELO, 2014; SARAU JR., 2014), aplicação de novas leis mais benéficas (SOUZA, 2015; IBRAHIM, 2010).

Posteriormente e com o surgimento de vários projetos de lei sobre o tema, o Poder Executivo, vendo a propagação divulgou pela primeira vez a despesa que será gerada para os cofres públicos caso o Supremo Tribunal Federal reconheça o direito à desaposentação, requerido hoje por milhares de ações em tramitação nos tribunais brasileiros. Segundo o governo, as ações podem provocar uma despesa de R\$ 70 bilhões. O universo de aposentados beneficiados é estimado em 500 mil pessoas (BRASIL, 2014).

O referido número consta no anexo de riscos fiscais do projeto da LDO, Lei de Diretrizes Orçamentárias, que tramita na Comissão Mista de Orçamento. O texto enfatiza que o cálculo não é um reconhecimento do direito, mas uma projeção do risco potencial às contas públicas. Também não significa um provisionamento antecipado de recursos (BRASIL, 2014).

A par disso, a negativa desse possível ativismo judicial ganha mais força por meio do discurso do Governo sobre o déficit previdenciário.

Segundo dados de agosto de 2012, a arrecadação alcançou a cifra recorde de R\$22,5 bilhões. Para o Poder Executivo, não se trata de grande feito, mas se deu à formalização de empreendimentos e de trabalhadores. Em ano anterior, com a inclusão de aproximadamente quatro milhões de novos segurados ao sistema, o Anuário Estatístico da Previdência Social (AEPS) divulgou que a Previdência contava com 64,3 milhões de contribuintes. Entretanto, nem assim, afastou o discurso do déficit previdenciário (ANFIP, 2013a, p. 19).

E mais, um rombo de R\$ 36 bilhões nos cofres previdenciários foi o que foi dito em 2012 pelo Ministério de Previdência e Assistência Social (MAPS). Em linhas gerais, se fala na diferença entre o que é arrecadado e o que é pago em aposentadorias e em pensões, e em benefícios como auxílios acidente, doença e reclusão e os salários família e maternidade. Já em setembro de 2013, sobre os índices de 2012, o Ministério informou que a arrecadação foi de R\$ 21,1 bilhões, e as despesas, de R\$ 26,1. Um saldo negativo de R\$ 5 bilhões (ANFIP, 2013b, p 19).

É neste ponto de descontinuidade de discursos que se concentra a polêmica em torno das contas da Previdência. Muitos são os setores que tentam rechaçar tal discurso: acadêmicos, entidades de classe que municiam a sociedade e os legisladores com estudos sobre o tema sustentam que o déficit não existe. As mensagens lançadas pelos meios de comunicação, e mais, cada balanço anunciado pelo governo, deixam intranquilos os milhões de contribuintes,

beneficiários do sistema (ANFIP, 2013b, p. 19) e os que almejam a desaposentação não estão de fora.

Segundo a ANFIP (2014), a Seguridade registrou em 2013 uma arrecadação de R\$ 651 bilhões, o que representa 57% de toda a arrecadação da Receita Federal do Brasil, e efetuou despesas de R\$ 575 bilhões. Dos R\$ 76 bilhões de superávit, R\$ 51 bilhões foram desvinculados por meio da DRU (Desvinculação das Receitas da União).

Apesar do referido superávit, o INSS calcula impacto financeiro de R\$ 70 bilhões caso a decisão já pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça permaneça. Para a autarquia, existem mais de 123 mil processos judiciais em todo o país sobre esse tema (BRASIL, 2014a).

Assim sendo, existe todo um emaranhado de jogo de dados econômicos para se apaziguarem os ânimos daqueles que almejam mais uma dívida aos cofres públicos. Há os que dizem que aos cofres públicos dinheiro não falta. Tudo indica que a desaposentação está dentro destes discursos. Contudo, deve haver uma cautela sobre a disponibilidade jurídica de dispor desses recursos e direcioná-los aos milhares de futuros desaposentados.

No Poder Legislativo, com as pressões populares, desenvolvem-se diversos projetos de lei sobre a temática que pretendem alterar a Lei n. 8.213/91. No Senado Federal ocorre o PL n.º. 91/2010<sup>57</sup> do senador Paulo Paim, do Rio Grande do Sul. Nota-se na justificativa do projeto de Lei, a necessidade da aprovação em virtude de seu deferimento por outros agentes, por exemplo, o TCU, e, principalmente, o Poder Judiciário:

[...] É sabido por todos de que o Egrégio Tribunal de Contas da União tem, reiteradamente, proclamado o direito de o funcionário público renunciar à aposentadoria já concedida para obter outra mais proveitosa em cargo público diverso. Igualmente, o Poder Judiciário tem reconhecido esse direito em relação à aposentadoria previdenciária, contudo, o Instituto Nacional de Seguridade Social insiste em indeferir essa pretensão, compelindo os interessados a recorrerem à Justiça para obter o reconhecimento do direito [...]. (BRASIL, 2014c).

Em contrapartida, na Câmara dos Deputados ocorrem sete projetos autorizando a desaposentação<sup>58</sup>. A Comissão de Seguridade Social da Câmara aprovou projeto de lei (PL n.º.

<sup>57</sup> O PL n.º. 91/2010 encontra-se desde janeiro de 2014 na Subseção Coordenação Legislativa do Senado. Conjuntamente com ele, tramitam nove outros Projetos de Lei do Senado e um da Câmara dos Deputados acrescentando assuntos ao tema desaposentação. A íntegra de todo o PL n.º. 91/2010 encontra-se no site do Senado Federal (BRASIL, 2010).

<sup>58</sup> De acordo com o site da Câmara dos Deputados, cada projeto tem suas peculiaridades, mas todos autorizam a desaposentação e já incluem, até mesmo a dispensação. Dentre eles, está PL n.º. 7.154/2002 do deputado Inaldo Leitão (BRASIL, 2013a).

3.884/08) do deputado Cleber Verde, contudo, na justificativa do projeto, a aprovação pelo Judiciário ainda marca a principal premissa para a criação de tal direito<sup>59</sup>:

Igualmente, o Poder Judiciário tem reconhecido esse direito em relação à aposentadoria previdenciária, contudo, o Instituto Nacional do Seguro Social, insiste em rejeitar essa pretensão, compelindo os interessados a recorrerem à Justiça para obter o reconhecimento desse direito. Entendimento recente manifestado pela egrégia QUINTA TURMA do Colendo Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, onde a condutora do acórdão foi a Exma. Sra. Ministra Dra. LAURITA VA publicado no DJ EM 26-SET-2005, P. 433, citando outros acórdãos no voto proferido pelo Exmo. Sr. Ministro dr. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, também da SEXTA TURMA e o voto prolatado pelo Exmo. Sr. Ministro Dr. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, da Egrégia QUINTA TURMA, do C. STJ, favoravelmente a ao que propomos [...]. (BRASIL, 2013a).

Contudo, naquela própria casa existem dissidentes sobre o assunto. Votou contra o projeto o deputado Amauri Teixeira, do PT da Bahia, fundamentando-se no equilíbrio atuarial do sistema:

O sistema de desaposentação perturba o sistema, tira a base atuarial. O sistema de desaposentação também pode levar contribuintes para outros regimes sem haver compensação entre eles, desfalcando o equilíbrio atuarial (BRASIL, 2013a).

Em oposição, o deputado do André Zacharow (PMDB-PR) é relator de PL n°. 2567/11 sustenta que,

A desaposentação é uma “questão de bom senso”. “Quem já trabalhou durante a vida toda e depois continuou na ativa, mesmo aposentado, é obrigado a contribuir com a Previdência. Se ele fosse isento de pagamento, tudo bem, mas como é obrigado a recolher, então essa parcela deve ser acrescida ao cálculo da sua aposentadoria posterior” (BRASIL, 2014b).

Percebe-se pelo próprio jogo de palavras e frases escolhido pelos deputados apresentam propriedades singulares e papeis preestabelecidos. As palavras “perturba” e “desfalcando” escolhidas pelo deputado Amauri Teixeira conferem um sentido pejorativo ao instituto enquanto a frase “questão de bom senso” sugere o acolhimento da ideia por todos em geral.

Diante de tal empasse, constata-se que foi dada uma licença pelos referidos Poderes (Legislativo<sup>60</sup> e Executivo) ao Judiciário para concretizar o direito à desaposentação.<sup>61</sup> E isto foi

<sup>59</sup> Atualmente, o PL n°. 3.884/08 encontra-se apensado ao PL n°. 2682/2007, também do mesmo autor, aguardando apreciação conclusiva pelas Comissões (BRASIL, 2008).

<sup>60</sup> Em última atualização sobre a produção legislativa do tema, no dia 07.10.2015, o senado federal aprovou a MP que disciplina as aposentadorias do Regime Geral da Previdência Social pela regra alternativa 85/95, que permite aos trabalhadores se aposentarem sem a redução aplicada pelo fator previdenciário sobre os proventos. Em tal MP, houve emenda, proposta pelo deputado Rubens Bueno (PPS/PR), como uma espécie de desaposentação: prevê uma carência de 60 novas contribuições a ser cumprida pelos aposentados que voltaram a trabalhar. Ou seja, o benefício somente valerá para aqueles de volta há, pelo menos, cinco anos. Outro ponto importante é que,

ratificado pelo parecer da comissão de assuntos sociais em 2013, após análise do PL n.º 91/2010.<sup>62</sup>

Tanto é realidade que o Poder Judiciário, após avalanche de pedidos de desaposentação a jurisprudência, de modo geral, acolheu o instituto e seus fundamentos em todos os tribunais regionais federais (AC 200561040082099, Juiz Sergio Nascimento, TRF 3- Décima Turma, 27.01.2010 e AC 200971000172414, Eduardo Vandré Oliveira Lema Garcia, TRF 4- Sexta Turma, 05.02.2010), sendo que a matéria esta pacificada no Superior Tribunal de Justiça. O Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral sobre o tema, através do RE 381.367, o qual está pendente de julgamento.

Contudo, a disseminação do discurso da desaposentação deu-se no tribunal de cúpula federal: o Superior Tribunal de Justiça. Isso porque pacificou o assunto ao afirmar que não houve declaração de inconstitucionalidade do art. 18 da Lei n.º 8.213/91, ao contrário, deu-se ao dispositivo interpretação diversa da pretendida pelo INSS. Agora, o segurado poderá reaproveitar o tempo de contribuição para fins de concessão de novo benefício no mesmo regime ou em outro previdenciário. Concluiu que não precisava haver a devolução dos proventos já recebidos, devido à natureza alimentar da aposentadoria (BRASIL, 2013c).

---

em nenhuma hipótese, o benefício poderá ultrapassar o teto do INSS (de R\$ 4.663,75 em 2015). A MP ainda irá para sanção presidencial.

<sup>61</sup> Para a doutrina a regulamentação deve partir do legislativo (SARAU JR., 2014; MARTINEZ, 2010; IBRAHIM, 2010). Para Martinez (2010) chegou o momento de o Ministério da Previdência Social propor uma solução à casa Civil e optar pela extinção dessa providencia, “que dê outro destino à contribuição dos aposentados que voltarem ao trabalho, na forma de uma revisão automática da mensalidade ou do retorno do pecúlio.” Pondera Sarau Jr. (2014, p. 147) que “mais do que alongar a divergência jurisprudencial a respeito da desaposentação, impõe-se a rápida incorporação desse instituto à legislação previdenciária, dando-lhe os devidos contornos e buscando resolver os problemas até agora vivenciados (outros certamente virão com o tempo)”. Não somente a doutrina almeja a regulamentação, mas também, o próprio presidente do Instituto de Estudos Previdenciários (Ieprev), Roberto de Carvalho Santos, ressalta que “o papel de regulamentar é do Legislativo, não do Judiciário. ‘O ministro do STF Luís Roberto Barroso criou uma fórmula de cálculo da desaposentação que não é função dele criar. Isso acontece porque o Legislativo não cumpriu seu papel, então o Judiciário acaba assumindo. É bom, do ponto de vista da harmonia dos poderes e da democracia, que o Legislativo tenha protagonismo maior. Os membros do Supremo não são eleitos pelo povo. Eles têm a função de controle, não de criar regras’” (TONDO, 2015).

<sup>62</sup> Naquela comissão, ficou clara a importância da efetivação pelo STJ da desaposentação para que fosse tratada como direito: “[...] milhares de ações neste sentido tramitam nos estados e muitos já chegaram ao Superior Tribunal de Justiça-STJ, cujo entendimento tem sido favorável aos aposentados. [...] É grande no STJ, a convicção de que, sendo a aposentadoria um direito patrimonial disponível, é possível a renúncia desse benefício, não havendo, ainda, impedimento para que o segurado que continue a contribuir para o sistema formule requerimento de nova aposentadoria, que lhe seja mais vantajosa. No mérito, não temos reparos a fazer à proposta. A aposentadoria é um direito patrimonial, de caráter disponível e, portanto, passível de renúncia. Ademais, não nos parece justo obrigar o aposentado que continua a trabalhar a seguir contribuindo para a previdência sem a devida contrapartida” (BRASIL, 2014a).

Ademais, com todos os argumentos expostos ao longo deste trabalho, emerge a necessária conclusão que se tratará em próximo capítulo, conjugando a desaposentação como um ativismo judicial brasileiro possibilitada pela decisão do Superior Tribunal de Justiça que em nada destoia da Constituição.

#### **4 A DESAPOSENTAÇÃO COMO ATIVISMO JUDICIAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA: uma realidade brasileira sob o viés constitucional**

O Brasil tem atravessado um momento de crescimento do Judiciário. Neste momento, 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 o direito social à desaposentação (BAHIA; CASTRO, 2014).

Em pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) sobre o autorretrato dos magistrados brasileiros, Sadek, Collaço, Benditi e Falcão (2006) revelaram que se deve deixar para trás mitos e estereótipos arraigados sobre a magistratura no Brasil. 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.

A pesquisa revelou que os pensamentos dos juízes estão em sintonia com o da população brasileira. A alienação e um possível alheamento da realidade nacional “[...] são absolutamente falsos. O grau de preocupação com o cidadão brasileiro e a consciência do papel que exercem em benefício da sociedade atingem níveis certamente inimagináveis” (COLLAÇO, 2006, p. 7).

Tal diagnóstico revela pela primeira vez uma realidade diferente: 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” (COLLAÇO, 2006, p. 7).

Sendo assim, quando os magistrados são chamados para decidir sobre temas afetos a direitos como reflexos econômicos e desenvolvimento social do país adotam decisões conscientes. A pesquisa revelou que ao julgarem, mesmo se baseando preponderantemente na lei (86,5%), não ignoram as consequências econômicas (36,5%) e sociais de suas sentenças (78,5%) (SADECK, 2006).

Os dados afirmam que há uma consciência dos juízes brasileiros ao lidarem com temas que transcendem a mera confirmação de direitos sociais. Sua importância está diante das acusações de que o Judiciário compromete o avanço econômico do Brasil ao favorecer devedores e um possível desequilíbrio atuarial e financeiro do sistema, como no caso da desaposentação. “A



pesquisa destrói essa hipótese, fruto de construções ideológicas forjadas para enfraquecer a imagem da magistratura diante da sociedade” (COLLAÇO, 2006, p. 9)

O perfil desenhado demonstra que houve mudanças significativas nos magistrados brasileiros. Como afirma Sadeck (2006, p. 11) “[...] sua presença transpôs as portas dos fóruns”. 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, “marcando posições e desempenhando papéis que extrapolam a clássica imagem de descrição ou de extrema impessoalidade”. (SADECK, 2006, p. 11).

Com estas explicações iniciais, se abre o último capítulo deste estudo. O mesmo se focará na possibilidade da desaposentação no contexto brasileiro. Sobretudo, o estudo demonstrará as decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, o qual será entendido segundo os ditames constitucionais. Por derradeiro, se verá que as decisões do órgão de cúpula federal está em acordo com o ativismo judicial (conforme já foi analisado no primeiro capítulo) sendo uma postura útil a realizar mudanças significativas em políticas públicas (aqui, se entende a desaposentação como ausência de legislação) não estabelecidas por outras instituições.

#### **4. 1 Procedimentos analíticos**

Como ponto de partida, se estudará de que maneira o Superior Tribunal de Justiça desenvolveu o tema desaposentação e seus principais fundamentos. Após, o estudo analisará o acórdão pacificado como hipótese de ativismo judicial (REsp nº. 1334488/SC). Para isso, primeiramente se fez uma busca jurisprudencial, visando a observar se os membros da Corte Federal fazem menção ao termo ativismo judicial em suas decisões (sobre qualquer tema) e como isto ocorre.

A análise dos precedentes do STJ em relação à desaposentação teve como base pesquisa de acórdãos realizados no banco de dados do website do STJ, no dia 21 de setembro de 2015. Como indexadores foram usados os termos “previdenciário renúncia à aposentadoria”, tendo sido obtidos 20 acórdãos. Também se realizou busca com a própria expressão “desaposentação” e “renúncia à aposentadoria” sendo alcançado, para ambos, 202 acórdãos e 02 acórdãos repetitivos. Contudo, como o fito do estudo é analisar os acórdãos como decisões judiciais ativistas, se extraíram os principais argumentos do Tribunal para justificar a

desaposentação e se esses argumentos estão de acordo com o Constitucionalismo Contemporâneo.

Inicialmente, percebe que os julgados se repetem e todos obtiveram como resultado final a tese a favor da desaposentação. Assim, embora sejam citados mais acórdãos se focou em quatro: AgRg no REsp nº. 497.683/PE (Quinta Turma), REsp nº.692.628/DF (Sexta Turma), REsp nº.1334488/SC (Primeira Seção), AgRg no REsp nº. 1329715/ SC (Primeira Turma), REsp nº. 1522102/RJ (Segunda Turma).

O primeiro acórdão foi o pioneiro. O segundo agregou novos argumentos à tese dando-a contextos políticos. O terceiro tornou o tema pacificado, sendo substrato para a hipótese desenvolvida na dissertação. O quarto foi selecionado porque indicou o índice de correção a ser aplicado na desaposentação. O último julgado foi escolhido porque girou em torno do conceito jurídico de proveito econômico da desaposentação, além da delimitação da competência para a propositura da ação.

Para o emprego da expressão “ativismo judicial” no âmbito do Superior Tribunal de Justiça foi realizado uma pesquisa jurisprudencial na qual empregou os seguintes critérios de busca: “ativismo judicial” e “ativismo”, também na website daquele Tribunal, no dia 22.09.2015.

Lançadas tais premissas importa esclarecer o substrato teórico usado neste momento. Para a proposta de análise da decisão pacífica sobre a desaposentação como hipótese de ativismo judicial, o conceito de “ativismo judicial” na investigação será o fornecido por Baum (1987), o qual utiliza a expressão para os casos em que a Suprema Corte, por meio do Controle de Constitucionalidade ou de simples interpretação de Lei Federal acaba por substituir políticas públicas erigidas por outro Poder. No que se refere à ambientação de tal decisão no contexto constitucional brasileiro serviu-se da ideia de direito como integridade elaborada por Dworkin (2011)<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> Acentua-se de antemão que ambos estudiosos, autores norte-americanos, adentraram em reflexões acerca do papel desempenhado pelo Poder Judiciário no contexto de um constitucionalismo democrático americano. Em outros termos, suas propostas teóricas, foram construídas diante de uma atividade jurisprudencial estadunidense a qual tem um ambiente próprio com referência a um sistema jurídico determinado. Contudo, há um contributo de tais doutrinas para o cenário que se desenha no Brasil. Tanto é assim, que outros autores como Streck (2011), Tassinari (2013) e Ramos e Oliveira Junior (2014) tiveram como substrato os referidos autores e brilhantemente contextualizaram de acordo com a realidade brasileira. Outro que defende o paralelo entre a realidade brasileira e a interpretação constitucional na América do Norte é o professor Ney Bello (2003, p. 281). Para o autor, a experiência americana é importante para o processo de conhecer e criar a constituição: “O debate vivido pela doutrina americana termina por se tornar relevante para o modelo interpretativista brasileiro, uma vez que desnuda o dogma fundamental sobre qual se arrima a hermenêutica clássica: a neutralidade”.

## 4.2 A desaposentação sob o ponto de vista do Superior Tribunal de Justiça

Analisando Mandado de Segurança (Ministro Paulo Gallotti, MS-7.711), já em 08/05/2002, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça desenhava o instituto da desaposentação. Naqueles idos, o Tribunal se posicionou positivamente e assegurou a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, permitindo o cancelamento da aposentadoria do impetrante dando a ele, o direito de ver computado para o fim pretendido o tempo de contribuição na atividade privada.

Contudo, a tese começou a ganhar folego e ser desenvolvida pelos desembargadores como renúncia à aposentadoria com decisão de 17.06.2003 (AgRg no REsp nº. 497.683/PE), o qual acabou por redundar anos mais tarde nos informativos de jurisprudência n.º 338 (de 29 de outubro a 09 de novembro de 2007) e n.º 520 (de 13 de junho de 2013), respectivamente:

### RENÚNCIA. APOSENTADORIA. APROVEITAMENTO. TEMPO.

É cabível a renúncia à aposentadoria sob o regime geral com o intuito de ingresso em outro, estatutário, visto tratar-se de direito disponível. Esse ato tem efeito *ex nunc* e não gera o dever de devolver os valores recebidos. Enquanto perdurou a primeira aposentadoria, os pagamentos realizados, de natureza alimentar, eram indiscutivelmente devidos. Precedentes citados: REsp 310.884-RS, DJ 26/9/2005; REsp 692.628-DF, DJ 5/9/2005, e AgRg no REsp 497.683-PE, DJ 4/8/2003. REsp 663.336-MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 6/11/2007. (BRASIL, 2007b).

### DIREITO PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO E DESNECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS EM RAZÃO DA APOSENTADORIA ANTERIOR. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ).

É possível a renúncia à aposentadoria por tempo de serviço (desaposentação) objetivando a concessão de novo benefício mais vantajoso da mesma natureza (reaposentação), com o cômputo dos salários de contribuição posteriores à aposentadoria anterior, não sendo exigível, nesse caso, a devolução dos valores recebidos em razão da aposentadoria anterior. Precedentes citados: AgRg no REsp 1.270.606-RS, Sexta Turma, DJe 12/4/2013; AgRg no REsp 1.321.325-RS, Segunda Turma, DJe 20/8/2012, e AgRg no REsp 1.255.835-PR, Quinta Turma, DJe 12/9/2012. REsp 1.334.488-SC, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 8/5/2013. (BRASIL, 2013d).

Atualmente, o instituto tem ganhado novos desmembramentos e para o Superior Tribunal de Justiça, a desaposentação apresenta caráter personalíssimo. Agora, apenas o segurado é o legítimo detentor deste direito (informativo de jurisprudência n.º 557 de 05 a 18 de março de 2015):

### DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CARÁTER PERSONALÍSSIMO DO DIREITO À DESAPOSENTAÇÃO.

Os sucessores do segurado falecido não têm legitimidade para pleitear a revisão do valor da pensão a que fazem jus se a alteração pretendida depender de um pedido de desaposentação não efetivado quando em vida pelo instituidor da pensão. De fato, é pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que, por se tratar de direito patrimonial

disponível, o segurado pode renunciar à sua aposentadoria, com o propósito de obter benefício mais vantajoso, no Regime Geral de Previdência Social ou em regime próprio de Previdência, mediante a utilização de seu tempo de contribuição, sendo certo, ainda, que essa renúncia não implica a devolução de valores percebidos (REsp 1.334.488-SC, Primeira Seção, DJe 14/5/2013, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC). Contudo, faz-se necessário destacar que o aludido direito é personalíssimo do segurado aposentado, pois não se trata de mera revisão do benefício de aposentadoria, mas sim, de renúncia, para que novo e posterior benefício, mais vantajoso, seja-lhe concedido. Dessa forma, os sucessores não têm legitimidade para pleitear direito personalíssimo não exercido pelo instituidor da pensão (renúncia e concessão de outro benefício), o que difere da possibilidade de os herdeiros pleitearem diferenças pecuniárias de benefício já concedido em vida ao instituidor da pensão (art. 112 da Lei 8.213/1991). Precedentes citados: REsp 1.222.232-PR, Sexta Turma, DJe 20/11/2013; AgRg no REsp 1.270.481-RS, Quinta Turma, DJe 26/8/2013; AgRg no REsp 1.241.724-PR, Quinta Turma, DJe 22/8/2013; e AgRg no REsp 1.107.690-SC, Sexta Turma, DJe 13/6/2013. AgRg no AREsp 436.056-RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 3/3/2015, DJe 10/3/2015. (BRASIL, 2015d).

O primeiro acórdão a utilizar o termo “desaposentação” foi de 15. 02.2011 (AgRg no REsp nº. 1217131/SC, Quinta Turma, Ministro Adilson Vieira Macabu (desembargador convocado do TJ/RJ.). Nele, o Tribunal não adentrou na tese, apenas afirmou que as decisões proferidas em sede de recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal não vinculariam aquela Corte. E mais, ressaltou que o Superior Tribunal de Justiça não é competente para se manifestar sobre suposta violação de dispositivo constitucional, nem sequer a título de prequestionamento. (BRASIL, 2011b).

Contudo, a tese da desaposentação, tratando a aposentadoria como um direito disponível, por isso, sujeito à renúncia, não havendo que se falar em devolução dos valores por parte do segurado, nem sempre foi assim. Decisão de 29. 11.2005, no AgRg no REsp nº. 600419/RS, da Sexta Turma, era deferida mediante a devida devolução dos valores já recebidos. Contudo, a jurisprudência do Tribunal começou a seguir o posicionamento do REsp nº. 692628/DF, julgado em 17.05.2005, também da Sexta Turma, no qual redundou em informativo de jurisprudência n.º 247 (de 05 a 20 de maio de 2005):

**APOSENTADORIA PREVIDENCIÁRIA. RENÚNCIA. TEMPO. APOSENTADORIA ESTATUTÁRIA.**

A aposentadoria previdenciária, na qualidade de direito disponível, pode sujeitar-se à renúncia, o que possibilita a contagem do respectivo tempo de serviço para fins de aposentadoria estatutária. Note-se não haver justificativa plausível que demande devolverem-se os valores já percebidos àquele título e, também, não se tratar de cumulação de benefícios, pois uma se iniciará quando finda a outra. Precedentes citados: REsp 497.683-PE, DJ 4/8/2003; RMS 17.874-MG, DJ 21/2/2005, e MS 7.711-DF, DJ 9/9/2002. REsp 692.628-DF, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 17/5/2005. (BRASIL, 2005a).

O Superior Tribunal de Justiça, com tal postura, é talvez, bem importante na criação de condições para que outros Poderes realizem ações. Suas decisões sobre a desaposentação colocou tal questão na agenda nacional de modo que outros elaboradores de políticas e o público em geral a considerem.

De um modo geral, o Superior Tribunal de Justiça não é taxativamente bem sucedido na imposição do direito à desaposentação, mesmo porque, a efetividade de tal direito dependerá da ratificação do Supremo Tribunal Federal. Apesar disso, frequentemente acabou por legitimar esforços para sua conquista e, assim, fornece impulso para a ação jurídica e política.

O legado político do Superior Tribunal de Justiça já causava frisson no Poder Legislativo. Na justificativa do Projeto de Lei nº. 7.154/2002, a qual além de demonstrar necessidade de correção de uma interpretação distorcida dos órgãos de assessoramento jurídico da Previdência Social que vem obstaculizando o direito de renúncia de aposentadoria já concedida por tempo de contribuição e aposentadoria especial, chama a importância para a postura adotada pelo Judiciário na condução do tema. Para o Legislativo, o órgão gestor da previdência social deveria seguir a postura política adotada pelo judiciário:

Igualmente o Poder Judiciário tem reconhecido esse direito em relação à aposentadoria previdenciária, contudo, o Instituto Social de Seguridade Social insiste em indeferir essa pretensão, compelindo os interessados a recorrerem a justiça para obter o reconhecimento do direito. (BRASIL, 2002a).

Em verdade, as decisões do Superior Tribunal de Justiça afetaram as posições dos grupos de interesses e movimentos sociais, fortalecendo alguns e enfraquecendo outros. Tanto é assim, que as decisões são louváveis para o Instituto de Estudos Previdenciários (IEP), Sindicato Nacional dos Trabalhadores, Aposentados, Pensionistas e Idosos (SINTAPI) e encarecedor para a União (encabeçado pelo ministro da previdência social).

O Superior Tribunal de Justiça com as decisões sobre a desaposentação não se tonou nem todo poderoso, nem insignificante. Analisando-se os Tribunais inferiores e suas decisões sobre a desaposentação, nem todos se alinham ao decidido pelo STJ.

A Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, vez que se afirmam como verdadeiro órgão de cúpula do microssistema processual dos Juizados Especiais Federais queda-se pela possibilidade da desaposentação. Entretanto, depende da devolução dos valores percebidos a título de primeiro benefício. Para a TNU, a tese enseja desequilíbrio atuarial

para os cofres do INSS, tanto quanto, possível locupletamento ilícito dos segurados, uma espécie de privilégio.

O posicionamento do TRF da 4ª Região<sup>64</sup> e do TRF da 3ª Região também é predominante no TRF da 5ª Região<sup>65</sup>. Em tais, admite-se a desaposentação (embora haja decisões contrárias que não admitem), condicionada, porém, à restituição integral dos proventos da aposentadoria desconstituída. Apenas o TRF da 1ª Região<sup>66</sup> e o TRF da 2ª Região<sup>67</sup> sempre

<sup>64</sup> Apesar da postura deste tribunal, sua sexta turma, tem agido com prudência esperando posicionamento do Supremo tribunal Federal para poder definir jurisprudência. Como exemplo, cita-se a Apelação n. 5085882-51.2014.404.7000, desembargador Hermes Siedler da Conceição Júnior, D.E. 25/09/2015:

“Assim, com o intuito de prevenir a promoção de atos judiciais eventualmente passíveis de retratação nesta instância, e levando em conta o considerável volume de demandas semelhantes, entendo prudente aguardar a definição constitucional da matéria, razão pela qual, com fundamento no art. 1º, § 1º, da Resolução nº 98, de 23-11-2010, desta Corte, que regula os procedimentos relativos à tramitação dos recursos cuja matéria foi submetida ao regime de repercussão geral (art. 543 - B, do CPC), determino o sobrestamento do presente feito até o julgamento final da controvérsia pelo STF” (BRASIL, 2015).

<sup>65</sup> Interessante os acordos recentes sobre a desaposentação neste Tribunal. Agora, os relatores seguem o voto no Recurso Extraordinário nº 661.256, o qual tramita sob a sistemática de repercussão geral de relatoria do Ministro Roberto Barroso. Mesmo o referido recurso ainda não julgado, os desembargadores seguem o voto do ministro com as ressalvas propostas pelo membro da Corte:

“Em decisões anteriores, manifestei-me pela rejeição de pedidos idênticos. Entretanto, diante do luminar voto do Exmº Ministro Roberto Barroso no julgamento do Recurso Extraordinário nº 661.256, o qual tramita sob a sistemática de repercussão geral, revejo posicionamento anterior e acolho parcialmente o pedido formulado pelo autor. (...)Superado o obstáculo quanto à possibilidade de desaposentação, passa-se a análise da necessidade de devolução ou não dos valores recebidos a título de proventos referentes ao primeiro vínculo. Como já mencionado alhures, ante a ausência de legislação específica da matéria sub judice, é necessário examinar a questão a luz do sistema constitucional, sobretudo tendo em vista a harmonia entre os princípios da isonomia e do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema. Para tanto recorre-se, mais uma vez, ao douto voto do Ministro Roberto Barroso: (...)” (Recurso n. 05043680520154058500, desembargador Edmilson Da Silva Pimenta, Creta - Data:21/08/2015).

<sup>66</sup> Neste Tribunal, a maior parte das decisões sobre a desaposentação já são decididas por via monocrática, conforme o artigo 557 do Código e processo Civil. Assim, segue-se o STJ admitindo a desaposentação sem a necessidade de repetição da primeira aposentadoria. Como exemplo, o seguinte precedente:

“administrativo. Previdenciário. Mandado de segurança. Desaposentação. Utilização do tempo de contribuição em outro benefício. Possibilidade 1. A aposentadoria é direito patrimonial e disponível, sendo, portanto, passível de renúncia, podendo o titular contar o tempo de contribuição efetuada à Previdência após a primeira aposentadoria para fins de obtenção de novo benefício da mesma espécie, sem que tenha que devolver o que auferiu a esse título. Precedentes desta Corte e do colendo STJ. (...)” (TRF 1, Apelação em Mandado De Segurança – 00648450520124013800, Desembargador Federal Cândido Moraes, Segunda Turma, e-DJF1 DATA:18/09/2015 página:3255).

<sup>67</sup> Cabe mencionar julgado dissidente também neste Tribunal Regional. Segundo posicionamento do desembargador Messod Azulay Neto, (Embargos Infringentes na Apelação Cível – 591907, Primeira Seção Especializada, E-Djf2r - Data:12/12/2014), recursos constitucionais como o princípio da segurança jurídica, consistente no respeito ao ato jurídico perfeito (artigo 5º, XXXVI, da CRFB) e ao princípio da legalidade (artigo 37, caput, da CRFB c/c artigo 18, §3º, da Lei nº. 8.213/91). Além do princípio constitucional da isonomia (artigo 5º, caput, da CRFB) não permitem a desaposentação. Afirmar que a natureza alimentar da aposentadoria é comparável à pensão alimentícia, logo, o seu caráter irrenunciável. Para ele, a aposentadoria não é um direito patrimonial, mas institucional, isto é, os direitos e obrigações não decorrem de ato de vontade, porém da lei. Conclui que a desaposentação não é livre e desembaraçada, gerando ônus a pessoa jurídica de direito público diretamente envolvida na constituição do ato, no caso, ao INSS, repercute em ônus no sistema previdenciário:

acataram a tese da possibilidade da desaposentação independentemente da restituição dos valores recebidos como primeira aposentadoria consentânea com a jurisprudência de direitos fundamentais adotado pelo STJ.<sup>68</sup>

Sendo assim, há os que assumiram uma postura mais conservadora, semelhante àquela adotada pelo TNU, outros, possuem entendimento mais alinhado aos direitos sociais. Em resumo, o STJ acaba por construir postura sólida sobre o tema, dispensando a devolução dos valores recebidos por primeira aposentadoria, o que não ocorre na maior parte dos Tribunais Regionais Federais e na TNU, para os quais se exige restituição.

Recentemente, o STJ admitiu incidente de uniformização em relação à decisão nesse sentido proferida pelo TNU, na Pet. 9.231/2012. Com isto, suspendeu-se o andamento de todos os processos que tratem de desaposentação no âmbito dos Juizados Especiais Federais, em todo o território nacional, diante da divergência interpretativa entre os posicionamentos adotados na

---

“Reanalizando os posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários e melhor refletindo a respeito do instituto da desaposentação, passo a alinhar-me ao entendimento de que é cristalino o caráter irrenunciável e irreversível do ato de concessão do benefício de aposentadoria no âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, evidenciando seus efeitos ofensivos à ordem constitucional vigente. - À luz dos artigos 11, §3º e 18, §2º, da Lei 8.213/91 e 3, I, 40, 194 e 195 da CRFB, verifica-se que o instituto da desaposentação possui vedação legal expressa que se compatibiliza com o caráter solidário do sistema previdenciário, não sendo, portanto, permitida a utilização das contribuições dos trabalhadores em gozo de aposentadoria para a obtenção de nova aposentadoria ou elevação da já auferida, sob pena de subversão para um sistema individualista/patrimonialista que não se compatibiliza com os fundamentos da Seguridade Social.”

<sup>68</sup> Vale ressaltar que o TRF da 3ª Região, sobretudo, a décima Turma, vem adotando o posicionamento de desnecessidade de restituição dos valores da aposentadoria (APELAÇÃO CÍVEL – 2056647, Décima Turma, desembargador Sergio Nascimento, e-DJF3 02/09/2015):

“Previdenciário. Processo civil. Embargos de declaração. Desaposentação. Decadência. Inaplicabilidade. Renúncia a benefício de aposentadoria objetivando a concessão de outro mais vantajoso. Possibilidade. Devolução de valores. Desnecessidade. I - Os embargos servem apenas para esclarecer o obscuro, corrigir a contradição ou integrar o julgado. De regra, não se prestam para modificar o mérito do julgamento em favor da parte. II - A extensão do disposto no art. 103 da LBPS aos casos de desaposentação é indevida, uma vez que a parte autora pretende o desfazimento do ato de concessão e não a sua revisão. III - O direito ao benefício de aposentadoria possui nítida natureza patrimonial, podendo ser objeto de renúncia. Tendo em vista que somente a lei pode criar, modificar ou restringir direitos, (art. 5º, II, da Constituição da República), o artigo 181-B do Dec. nº 3.048/99, acrescentado pelo Decreto nº 3.265/99, que previu a irrenunciabilidade e a irreversibilidade das aposentadorias por idade, tempo de contribuição/serviço e especial, como norma regulamentadora que é, acabou por extrapolar os limites a que está sujeita. IV - As contribuições posteriores à aquisição do primeiro benefício são atuarialmente imprevisas e não foram levadas em conta quando da verificação dos requisitos de elegibilidade para a concessão da primeira aposentadoria. Assim, continuando a contribuir para a Previdência Social após a jubilação, não subsiste vedação atuarial ou financeira à revisão do valor do benefício. V - Ainda que os embargos de declaração tenham a finalidade de prequestionamento, devem observar os limites traçados no art. 535 do CPC (STJ-1ª Turma, Resp 11.465-0-SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 23.11.92, rejeitaram os embs., v.u., DJU 15.2.93, p. 1.665). VI - Está 10ª Turma consolidou entendimento no sentido de que o ato de renunciar ao benefício não envolve a obrigação de devolução de parcelas, pois, enquanto perdurou a aposentadoria, o segurado fez jus aos proventos, sendo a verba alimentar indiscutivelmente devida. VII - Embargos de declaração do INSS rejeitados” (BRASIL, 2015h).

TNU em relação àquele consolidado pelo STJ<sup>69</sup>. Entretanto, mais uma vez o Tribunal adotou postura já consolidada, seguindo parecer do Ministério Público Federal, a primeira seção, no voto do ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Dje 20.03.2014), seguiu o entendido no julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia 1.334.488/SC:

Assim, tem-se como assentado ser inegavelmente jurídica a renúncia à aposentadoria, sem a obrigação de devolução dos valores percebidos, na hipótese em que o segurado pretende o aproveitamento do tempo de contribuição posterior, para a obtenção de novo benefício (reaposentação), em bases mais favoráveis, independente do regime previdenciário em que se encontra, porque, além de ser um direito patrimonial disponível, enquanto o segurado esteve aposentado, fez jus aos seus proventos, decorrentes das contribuições anteriormente suportadas. (BRASIL, 2014f)

Percebe-se que o STJ acabou por apreciar tema de cunho eminentemente político. Isto porque sua decisão adentra em questões não meramente jurídicas, além de ser constituída por conflitos entre o Governo e a sociedade (os aposentados). Com isso, configura-se um quadro em que o Judiciário, por um lado é convocado para resolver questões políticas, mas por outro, possui o dever de utilizar um critério jurídico para tanto (Constituição, legislação e jurisprudência). No meio disto, a situação merece mais estudo pelos operadores do direito, pois a jurisprudência aponta para a impossibilidade de calcular as consequências desta tomada de decisão.

O Superior Tribunal de Justiça é uma instituição do sistema de justiça que molda de maneira significativa a sociedade brasileira no quesito desaposentação. Em noticiários e jornais impressos ou virtuais o STJ é de imediato citado quando se fala do tema. Assim, o papel desempenhado é extraordinário para uma instituição que apenas analisa o controle de legalidade. Enfim, uma instituição que detém pouco poder concreto, talvez mais do que qualquer outra, é um Tribunal notável.

---

<sup>69</sup> Tamanha era a divergência a ser resolvida pelo STJ que no voto do Ministro Napoleão Nunes Maia, naquela Pet. 9.231/2012 detalha em relatório de voto: “O Presidente da Turma Nacional de Uniformização e os Presidentes de algumas Turmas Recursais prestaram as seguintes informações: (a) o Presidente da 1a. Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul informou que aplica o entendimento de que há necessidade de devolução de valores na hipótese de renúncia à aposentadoria, para fins de concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso; (b) os Presidentes das Turmas Recursais das Seções Judiciárias do Tocantins e do Mato Grosso informaram que lá não tramitam feitos sobre a matéria; (c) a Presidente da Turma Recursal da Seção Judiciária do Acre informou que está decidindo na linha de entendimento do STJ segundo a qual é possível a renúncia a benefício anterior sem que seja necessária a recomposição ao erário dos valores recebidos; (d) o Presidente da Turma Recursal da Seção Judiciária do Acre relata que o entendimento aplicável lá é o de que não há plausibilidade jurídica em pleito de segurado que pretende renunciar à aposentadoria por tempo de contribuição com o intento de obter a concessão de outra, aproveitando o cômputo do período trabalhado após a primeira, ainda que restitua integralmente os valores recebidos da Autarquia previdenciária; e (e) o Presidente da Turma Nacional de Uniformização entende que o incidente deve ser sobrestado por força da repercussão geral reconhecida pelo egrégio STF” (BRASIL, 2014).



#### 4.2.1 As decisões do Superior Tribunal de Justiça e seus fundamentos

Foi na Quinta Turma no AgRG no REsp nº. 497.683/PE, relatado pelo Ministro Gilson Dipp, julgado em 17.06.2003 e publicado no DJ de 04.08.2003 o acórdão pioneiro. Em tal, se fitou no argumento de que os benefícios previdenciários são plenamente disponíveis, razão pela qual o autor poderia renunciar a este direito a fim de comprovar tempo de serviço em outro regime. Naquele momento, o Tribunal consolidou a tese de que os direitos relacionados aos benefícios previdenciários são individuais e disponíveis. O acórdão rechaçou a ideia de nulidade, visto que o objetivo daquela ação era obter certidão de tempo de serviço e não conceder ou não benefício previdenciário:

Primeiramente, rejeito a preliminar levantada. Não há que se falar em nulidade do feito, tendo em vista os autos não tratarem de concessão ou não de benefício previdenciário mas, tão somente, da possibilidade de renúncia do benefício, para eventual obtenção de certidão de tempo de serviço envolvendo, assim, apenas o interesse da Autarquia Previdenciária. (BRASIL, 2003).

No referido acórdão o STJ não enfrentou a concessão do benefício da desaposentação, mas indiretamente abriu caminhos para a tese. O objetivo era naquele momento, a possibilidade de renúncia do benefício, para eventual obtenção de certidão de tempo de serviço envolvendo, assim, apenas o interesse da Autarquia Previdenciária.

O julgado acima foi suscitado pelo REsp nº. 497.683, também de relatoria do Ministro Gilson Dipp, publicado no DJ 26/03/2003. Em decisão monocrática o ministro denegou seguimento ao recurso especial e como fundamento, o direito à aposentadoria foi tratado como patrimonial e, com este atributo, passível de renúncia. Para sustentar o posicionamento, o referido relator citou precedente no REsp. nº. 370.957-SC, de relatoria do Ministro Jorge Scartezini, D.J. de 15.04.2002, cujo fundamento pautou-se:

A concessão ou não de benefício previdenciário, fundamentado em documentos expedidos por pai ou cônjuge do segurado objetivando a comprovação de exercício de atividade rural, em regime de economia familiar, não é direito indisponível, mas, ao contrário, disponível, porquanto requer a provocação da parte interessada, uma vez que, sem este ato, a máquina estatal sequer será instada a se manifestar acerca do interesse do particular. Outrossim, os beneficiários da Previdência Social que pleiteiam o benefício da aposentadoria, não estão enquadrados na definição de consumidor, de que trata o art. 2º, e seu parágrafo único, da Lei 8.078/90, tornando-se inaplicável, à espécie, os arts. 81 e 82, do citado diploma legal, bem como os arts. 21 da Lei 7.347/95 e 6º, VII, "d", da Lei Complementar nº 75/93. Violação configurada. Ilegitimidade do Ministério Público Federal para o caso em exame reconhecida, por tratar-se de direitos individuais disponíveis. (BRASIL, 2002d).

Ainda, no REsp nº. 497.683/PE tornou-se real pedido almejando a abdicação com o claro objetivo de obter a expedição de certidão de tempo de serviço com vistas à obtenção de nova aposentadoria, mais benéfica ao segurado. Aqui, o STJ adentrou nitidamente ao ponto específico da desaposentação: “alcançar novo benefício mais vantajoso ao segurado”:

Por fim, há de se explicitar que o pedido inicial do Autor, ora recorrido, objetiva simples renúncia, para posterior permuta do regime previdenciário ao qual estava vinculado. Não há pretensão de acumulação de benefícios. Neste contexto, pode o interessado escolher qual o sistema que melhor o assiste, sendo irrelevante o interesse da Autarquia, justamente por ser o "bem da vida" disponível. (BRASIL, 2003).

No REsp nº.497.683/PE, o STJ oportunizou-se na elaboração de política pública, atuando no “bem da vida”. O autor da ação, engenheiro, era beneficiário de aposentadoria especial, após ter contribuído para o sistema por vinte e cinco anos para o sistema. Mesmo aposentado, ingressou em carreira pública (magistratura trabalhista) em 1995. Logo, por ser mais benéfica a sua família a aposentadoria como Magistrado Federal do Trabalho, protocolou pedido de renúncia à antiga aposentadoria especial junto ao órgão gestor (INSS) e foi negado. Desta maneira, ajuizou ação em 1999 com a vontade de renunciar à primeira aposentadoria e, com isso, expedir-se certidão de tempo de serviço.

Analisando-se o caso levado ao STJ, este acabou atuando em políticas não adotadas pelo Governo em matéria previdenciária. Atuou diante de omissão estatal e com isso encabeçou um grande papel em processo de mudança na sociedade. A posição adotada pelo STJ, não demonstra a concretude do direito a desaposentação, mas está levando a uma postura governamental a estudar o tema, nem que seja para negá-lo diante de um possível desequilíbrio atuarial e financeiro do sistema.

O STJ não fundamentou a possível renúncia à aposentadoria, no fato de não existir lei que vede tal possibilidade. Tão menos, pautou num possível prejuízo à autarquia previdenciária pelo fato de indenizar sistema diverso em razão de contagem recíproca, vez que recebera contribuições do segurado por vinte e cinco anos e ainda ficara dispensado de continuar pagando proventos de aposentadoria. Apesar disso, não diminui o impacto deste julgado, pois criou condições para que outros debatesses sobre o instituto da desaposentação (Câmara dos Deputados, Senado Federal, Associações, Sindicatos).

É certo que nos fundamentos do STJ se perdeu a oportunidade de firmar os direitos previdenciários como verdadeiros direitos fundamentais e como instituto relacionado à dignidade

da pessoa humana, a qual é uma tônica adequada para este seguimento dos direitos fundamentais. O ponto patrimonial/pecuniário poderia ser visto como mero reflexo, não sua essência. A configuração dos proventos de aposentadoria como mero direito patrimonial, além de permitir a renúncia à primeira aposentadoria seguida de nova aposentação, igualmente permite o desenvolvimento de raciocínios tendentes à repetição dos valores já recebidos como primeira aposentadoria, pois seriam valores tão somente pecuniários.

Outro julgado que trouxe fundamentos para o instituto da desaposentação foi no REsp nº. 692.628/DF, Ministro Nilson Naves, da Sexta Turma, julgado em 17.05.2005, DJ 05.09.2005. Percebe-se em tal julgado, uma postura política do tribunal em gerar uma jurisprudência a favor do tema. Assim, novos argumentos foram agregados para deferir a desaposentação: a) aquele que abdica de sua aposentadoria não terá perdido o tempo de contribuição que já verteu ao sistema; b) não haverá acumulação de benefício, mas uma aposentadoria seguida da outra; c) a renúncia tem efeitos *ex nunc*, não gerando o dever de devolver valores, pois, enquanto perdurou a aposentadoria no regime geral, os alimentos de caráter alimentar eram indiscutivelmente devidos:

Diante de tal quadro, quero crer incensuráveis as colocações majoritárias de origem, entre as quais, (I) "cancelada a aposentadoria, em razão da renúncia, esse tempo de serviço não estará sendo utilizado para concessão de aposentadoria previdenciária"; (II) "a inexistência de dispositivo legal prevendo a renúncia de benefício previdenciário não serve de fundamentação para o seu indeferimento"; (III) "ele vai renunciar àquele benefício e vai pegar aquele tempo para fazer uma contagem específica e exclusiva no Regime Jurídico Único. Estou entendendo a questão assim, parece também que é a conclusão não só do Relator como do Superior Tribunal de Justiça".

De mais a mais, como não se cogita de cumular benefícios – não se trata de reunir uma aposentadoria à outra, visto que, findada uma pela renúncia, outra se iniciará –, não há, também a meu juízo, justificativa plausível para que se imponha ao autor, como pretende o recorrente, "a obrigação de devolver os valores já percebidos a este título". (BRASIL, 2005c).

Para chegar a tal conclusão, o relator do voto, sustentou-se no já citado AgRg no REsp nº. 497.683/PE, dentre outros julgados:

Ora, quanto à natureza do direito em questão, há pronunciamentos do Superior Tribunal no sentido de que se trata de direito disponível, renunciável, portanto.

Escreveram os Ministros Gilson Dipp e José Arnaldo, respectivamente: "a aposentadoria é direito patrimonial disponível. Portanto, passível de renúncia Precedentes" (AgRg no REsp-497.683, DJ de 4.8.03); "a aposentadoria é direito patrimonial disponível, sujeita à renúncia, possibilitando à recorrente a contagem do respectivo tempo de serviço e o exercício em outro cargo público para o qual prestou concurso público"(RMS-17.874, DJ de 21.2.05).

No voto acima, não houve uma verdadeira minúcia sobre a desnecessidade de devolução dos valores já percebidos. Muito menos, adentrou em fundamentos que em outras decisões foram enfrentadas (EDcl nos EDcl no AgRg no REsp nº. 1.271.891/RS, Rel. Ministro Newton Trisotto (desembargador convocado do TJ/SC), Quinta Turma, julgado em 03/03/2015, Dje 10/03/2015, AgRg no AgRg no REsp nº. 1.383.440/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 18/11/2014, Dje 05/12/2014; AgRg no REsp nº. 1391680/SC, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe 18/09/2015), como os princípios que asseguram a Seguridade Social (equilíbrio atuarial do sistema, princípio da solidariedade).

O Tribunal decidiu por meio da Primeira Seção, no REsp nº. 1348301/SC, Dje 24/03/2014 que o prazo de dez anos previsto na Lei de Benefícios da Previdência Social (Artigo 103 da Lei 8.213/91) não se aplica aos casos de desaposentação.

No caso, um segurado, em Santa Catarina, exigiu a declaração do direito de renúncia e, com isso, queria desfazer a própria aposentadoria por tempo de contribuição, com a averbação do tempo de serviço prestado após a inativação, para obter aposentadoria mais vantajosa no mesmo regime de previdência. O INSS alegou a decadência do direito de agir, argumentando que a ação foi movida 12 anos depois da concessão da aposentadoria.

O relator, ministro Arnaldo Esteves Lima, observou que a jurisprudência do STJ além de reforçar os julgados já citados (os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, por isso, suscetíveis de desistência pelos próprios titulares), acrescentou que a interpretação a ser dada ao instituto da decadência previsto na lei que trata do tema (Artigo 103 da Lei 8.213/91) deve ser restritiva. Concluiu que a desaposentação não consiste na revisão desse ato, mas no seu desfazimento, tendo em vista tratar-se de direito patrimonial personalíssimo disponível. Assim, não há prazo decadencial para a desaposentação.

Por derradeiro, apresentam-se mais dois julgados que com suas fundamentações delimitam o instituto da desaposentação e mostram a disposição do Tribunal em realizar políticas públicas (direito social à aposentação mais vinculado as novas necessidades sociais), particularmente em políticas que deveriam ser traçadas por outras instituições. No primeiro, o STJ decide qual índice de correção deve ser aplicado ao instituto, no segundo analisa qual o valor da causa da desaposentação, como elemento necessário para fins de fixação de competência (Vara Comum ou Juizado Especial).

No AgRg no REsp n.º 1329715/SC, Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, julgado em 27.05.2014, DJ 06.06.2014 na qual, asseverou-se que assim como nos demais benefícios previdenciários, a correção monetária deve ser calculada segundo a variação do INPC. Assim, segundo o STJ, do pagamento da desaposentação, o índice a ser usado será o INPC. Percebe-se que aqui, o Tribunal apenas aplicou índice por força do que dispõe o art. 41-A da Lei n.º 8.213, 1991, solução que resultou da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei n.º 11.960, de 2009 (ADI n.º 4.357, DF, e ADI n.º 4.425, DF).

Já no REsp n.º. 1522102/RJ, segunda Turma, DJe 25/09/2015, relator Ministro Mauro Campbell Marques, a questão recursal girou em torno do conceito jurídico de proveito econômico para fins de valor da causa relativa à ação previdenciária de desaposentação, e, por conseguinte, delimitação da competência, se do juizado especial federal ou do juízo da vara federal, de acordo com o artigo 260 do CPC.

O Ministro defendeu a ideia de que a desaposentação é uma “técnica protetiva previdenciária” e sobre o ângulo da instrumentalidade do processo, deve ser aferida com exatidão sob o cálculo aritmético-contábil para fins de interesse de agir e consequente fixação do valor da causa. Ressaltou que o valor da nova aposentadoria demandará, certamente, cálculos contábeis periciais prévios, pois o segurado somente deverá pleitear a desaposentação se a nova aposentadoria lhe for mais vantajosa, o que nem sempre ocorrerá. Concluiu que o proveito econômico, no caso concreto, corresponde ao acréscimo patrimonial obtido pelo segurado, resultante da renúncia da primeira aposentadoria e o deferimento da nova aposentadoria. Logo, nos casos de desaposentação, o proveito econômico da causa é a diferença entre a aposentadoria objeto de renúncia e a nova pleiteada.

Sendo assim, após essa breve análise dos fundamentos do Superior Tribunal de Justiça sobre a desaposentação se nota que este Tribunal por simples interpretação de Lei Federal tomou decisões conflitantes com as políticas do Congresso e Poder Executivo.

Também, se pode observar que mesmo diante de argumentos que tentaram frear o instituto, o Tribunal manteve sua criatividade judicial, visto como necessário e recomendável diante das mudanças (sociais) pelas quais o país navega.

Dentre alguns argumentos impeditivos à desaposentação debatidos nos votos, citam-se: i) o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da questão relativa à possibilidade de renúncia de benefício para obter outro mais vantajoso, motivo por que o presente

feito deve ficar sobrestado até o julgamento do RE 661.256/SC; ii) o direito assegurado pela decisão agravada pressupõe a declaração de inconstitucionalidade do art. 18, § 2º, da Lei nº. 8.213/1991, sob pena de violação do art. 97 da Constituição Federal e da Súmula Vinculante n. 10 do STF; iii) a nova aposentação fere o art. 195, *caput* e § 5º, e 201 da Constituição Federal e prejudica o equilíbrio econômico-financeiro da Previdência Social; iv) a vedação à nova aposentadoria está respaldada nos princípios da solidariedade e da universalidade; v) a renúncia para fins de novo benefício ofende os princípios da segurança jurídica, do ato jurídico perfeito e da legalidade estrita dos atos administrativos; vi) a desaposentação tem por motivação a burla ao fator previdenciário; vii) faz-se necessária a devolução dos valores até então recebidos em razão da aposentadoria renunciada, para o fim de manter o equilíbrio atuarial e financeiro do sistema previdenciário; e viii) a desaposentação pode provocar significativo impacto na política previdenciária do País, com o incremento de pedidos de aposentadoria precoce, permanência de aposentados no mercado de trabalho e "maximização dos retornos a serem obtidos com novas contribuições, com os beneficiários explorando ilicitamente regras do sistema para obtenção de maiores ganhos.

Mesmo assim, o Superior Tribunal de Justiça, há quase doze anos vem deferindo o instituto, mesmo sem legislação federal que o defina, preconizando substituição de políticas públicas pelo Judiciário. O que faz entender que o referido Tribunal, ao adentar em vários aspectos para deferir a desaposentação, exerceu de forma arrojada a jurisdição, um tanto quanto fora do usual no que se refere à questões políticas.

Destarte, pode-se sedimentar a análise do tema para o Tribunal da seguinte forma:

a) desaposentação é a renúncia a uma modalidade de aposentadoria, já implementada, para aproveitamento do respectivo tempo de serviço ou de contribuição, com cômputo do tempo posterior à jubilação, para obtenção de nova e melhor aposentadoria;

b) pode ser efetivada no mesmo regime ou em regimes diversos de previdência, além do que a nova aposentadoria pode ter a mesma modalidade da aposentadoria renunciada como pode alcançar a forma de uma nova modalidade de aposentadoria, aplicando-se a lei de vigência do momento da concessão da segunda aposentadoria;

c) no novo cálculo serão incluídos o aproveitamento do tempo de contribuição posterior à primeira aposentadoria, a idade do segurado, a carência do novo benefício mais vantajoso, eventuais regras de transição, vedada a dupla aposentadoria no mesmo regime;

d) não há necessidade de devolução de valores obtidos em decorrência da primeira aposentadoria;

e) os efeitos da renúncia são *ex nunc*, o tempo de contribuição utilizado na aposentadoria que se está renunciando será somado aos demais períodos de trabalho posteriores à aposentação;

f) o proveito econômico da causa é a diferença obtida entre a primeira e a segunda aposentadorias;

g) o direito ao instituto é personalíssimo, sendo permitido seu pedido apenas pelo segurado em vida.

#### **4. 3. O ativismo judicial no Superior Tribunal de Justiça**

Para entender a desaposeção como hipótese de ativismo judicial, importa saber como o Superior Tribunal da Justiça tem prestigiado a expressão “ativismo judicial”. Sendo assim, utilizando os critérios metodológicos já citados, o dito Tribunal apresentou 4 acórdãos, 1 informativo de jurisprudência e 39 decisões monocráticas para a expressão “ativismo judicial”. Sobre o termo “ativismo” apareceram 6 acórdãos, 1 informativo de jurisprudência e 71 decisões monocráticas.

No AREsp nº. 746.746, Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (desembargador convocado do TJ/PE, Dje 01.10.2015, a expressão foi utilizada pelo tribunal na área penal). No caso, o relator não desejava a confusão entre crime continuado e contumácia delitiva. O ativismo judicial é compreendido como a possibilidade do juiz agir subjetivamente:

(...) Distingue-se, contudo, crime continuado e contumácia delitiva, que ocorre quando o réu se profissionaliza no crime e faz dele um meio de vida. Assim, para diferenciar essas duas modalidades, o meio mais seguro consiste em analisar a folha penal do réu, para não adentrar o terreno pantanoso da subjetividade e do ativismo judicial. (BRASIL, 2015b).

Na perspectiva do AREsp nº. 702.187, Ministro Humberto Martins, Dje 01/10/2015, o ativismo judicial é compreendido como medida necessária diante da inercia de órgãos estatais. O tribunal não vê o ativismo judicial na acepção negativa, mas um protagonismo necessário:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário, a atribuição de formular e implementar políticas públicas. Nesse domínio o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. No entanto, quando os órgãos estatais competentes descumprem seus encargos político-jurídicos, ao ponto de comprometer a eficácia e a integridade dos direitos individuais de índole

constitucional, o Poder Judiciário não pode deixar de intervir. E nem se diga que isto representa ativismo judicial, na acepção negativa dessa expressão. Na verdade, o caso é de protagonismo do Judiciário, compelido a intervir por provocação do interessado. (BRASIL, 2015c).

Já no REsp nº. 1546128, Ministro Sérgio Kukina, DJ 25/09/2015, o STJ é chamado a atender a promoção de políticas públicas. No voto, o relator define o ativismo é necessário em face da efetivação de direitos fundamentais individuais e sociais:

(...) Nesse contexto, cabe ao Poder Judiciário viabilizar a promoção do mínimo existencial, em face do qual não se admite qualquer alegação de irresponsabilidade por impossibilidade (reserva do possível). Não há, portanto, infundado ativismo judicial no caso em apreço (ou intervenção do Poder Judiciário em tema de apreciação restrita do Poder Executivo), mas respeito ao formalismo processual e aos direitos fundamentais individuais e sociais. (BRASIL, 2015g).

Nos REsp nº. 614469, Ministro Gilson Dipp, Dje 12.05.2004, assim como no EREsp nº. 506719, Ministro João Otávio de Noronha, Dje 03/10/2005; Ag nº. 792804, Ministro Aldir Passarinho Junior, Dje 27/09/2006, REsp nº. 540179 / SP, Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, Dje 14/06/2004 p. 17; REsp nº. 506719 / PR, Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 09/12/2003 p. 224, o ativismo judicial está vinculado apenas aos poderes instrutórios do juiz:

(...) O Código de Processo Civil, atento aos reclamos da modernidade quanto ao ativismo judicial, dispôs no seu art. 130, ‘caber ao juiz de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis e protelatórias’. Dessume-se, do dispositivo citado, que esse poder de iniciativa conspira em favor da busca da verdade, habilitando o juiz a proferir uma sentença restauradora do status quo ante à violação, carreando notável prestígio para o monopólio da jurisdição que, ao limitar a autotutela, promete ao jurisdicionado colocá-lo em situação igual à que se encontrava antes do inadimplemento. E, para isso, é preciso aproximar a decisão da realidade da qual o juiz, evidentemente, não participou, e a ela é conduzido através da atividade probatória. (...). (BRASIL, 2004).

No AgRg na SLS nº. 1427/CE, Corte Especial, Ministro Ari Pargendler, Dje 29/02/2012, a expressão foi traduzida como legítima quando ausente for norma escrita:

Ao Judiciário cabe o controle da legalidade dos atos da Administração. O ativismo judicial pode legitimar-se para integrar a legislação onde não exista norma escrita, recorrendo-se, então, à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito (CPC, art.126). Mas a atividade administrativa, propriamente tal, não pode ser pautada pelo Judiciário. Na espécie, em última análise, o MM. Juiz Federal fez mais do que a Administração poderia fazer, porque impôs o que esta só pode autorizar, isto é, que alguém assumia a responsabilidade pela prestação de serviço público. (BRASIL, 2012b).

No REsp nº. 650728/SC, Ministro Herman Benjamin, Segunda turma, Dje 02/12/2009, a expressão foi compreendida como desnecessária para a concretização de direitos:



No Brasil, ao contrário de outros países, o juiz não cria obrigações de proteção do meio ambiente. Elas jorram da lei, após terem passado pelo crivo do Poder Legislativo. Daí não precisarmos de juízes ativistas, pois o ativismo é da lei e do texto constitucional. Felizmente nosso Judiciário não é assombrado por um oceano de lacunas ou um festival de meias-palavras legislativas. Se lacuna existe, não é por falta de lei, nem mesmo por defeito na lei; é por ausência ou deficiência de implementação administrativa e judicial dos inequívocos deveres ambientais estabelecidos pelo legislador. (BRASIL, 2009b).

Agora no informativo de jurisprudência nº. 0411 de 12 A 16 de outubro de 2009 nº 0411, Segunda Turma, referindo-se ao REsp nº. 1.132.476/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Dje 13/10/2009, ao tratar de autonomia universitária sobre cotas para o vestibular, o Tribunal versou sobre surgimento das ações afirmativas atrelando-as ao ativismo judicial norte-americano. O relator, discorrendo sobre as ações afirmativas, observou que seu conceito surgiu no início do século XX com o ativismo judicial da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (EUA). A par das raízes do ativismo judicial norte-americano, o qual o judiciário tem um perfil de contenção dos demais Poderes, o STJ conclui que o Judiciário só mitigaria a autonomia das universidades somente em casos extremos.

No que tange a expressão “ativismo” além das já citadas decisões, cabe mencionar o REsp nº. 666419/SC, Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, Dje 27/06/2005 p. 247. Aqui, ativismo parece com maior atuação do Judiciário:

(...) Todavia, o sistema BACEN JUD agiliza a consecução dos fins da execução fiscal, porquanto permite ao juiz ter acesso à existência de dados do devedor, viabilizando a constrição patrimonial do art.11, da Lei nº 6.830/80. Deveras é uma forma de diligenciar acerca dos bens do devedor, sendo certo que, atividade empreendida pelo juízo, e que, por si só, torna despidendo imaginar-se um prévio pedido de quebra de sigilo, não só porque a medida é limitada, mas também porque é o próprio juízo que, em ativismo desejável, colabora para a rápida prestação da justiça. (BRASIL, 2005b).

No REsp nº. 629312/DF, Quarta Turma, Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ 23/04/2007 p. 271, a mesma expressão acima é analisada como algo sadio diante de iniciativa probatória do juiz:

(...) A experiência mostra que a imparcialidade não resulta comprometida quando, com serenidade e consciência da necessidade de instruir-se para melhor julgar, o juiz supre com iniciativas próprias as deficiências probatórias das partes. ‘Os males de possíveis e excepcionais comportamentos passionais de algum juiz não devem impressionar o sentido de fechar a todos os juízes, de modo absoluto, as portas de um sadio ativismo’. (BRASIL, 2007c).

Sobre decisão monocrática (AREsp nº. 709871, Ministro Humberto Martins, Dje 01/06/2015), tem-se o ativismo judicial do STJ atuando em políticas públicas, ou seja, o judiciário atuando diante da omissão de outros entes. É o que se vê em demanda de fornecimento de medicamentos:

(...) Todos sabemos que aqueles residentes nas regiões interioranas do país são obrigados a se locomover para as metrópoles, inclusive quando os casos são de extrema urgência, verbigratia, nas hipóteses de infarto ou de acidentes automobilísticos gravíssimos nas perigosas rodovias do Brasil. Nesse panorama, finda-se por concluir que o respeito puro e simples à teoria da reserva do possível, sem os devidos temperamentos e à margem da realidade brasileira, pode nos levar ao pleno desamparo de uma ampla faixa da sociedade que, por falta de recursos econômicos próprios, necessita da intervenção efetiva e célere do Estado, ainda que por força da atuação regular do Poder Judiciário, quando provocado na forma da lei. Com efeito, se não cabe a esta esfera da tripartição constitucional dos poderes alterar a realidade como um todo, insinuando um tangenciamento delicado no ativismo judiciário, por outro lado a salvaguarda jurisdicional de um ou um grupo particular de cidadãos, cujo impacto socioeconômico não se mostraria exorbitante, não há de ser negada, sob pena de negativa do múnus que a Carta da República se nos impõe. (BRASIL, 2015a).

Ainda, o Superior Tribunal de Justiça correlacionou “ativismo judicial” em temática previdenciária, no caso abaixo (REsp nº. 1367229, Ministra Regina Helena Costa, Dje 24/04/2015). Nele, o Tribunal possibilitou a atividade intercalada de rural e urbana como hipótese de regime de economia familiar, sendo possível devido a postura positiva do juiz ao ponderar o princípio da imparcialidade:

A decisão judicial deve contemplar as características e a realidade social, cultural e econômica para aproximar a Justiça da sociedade na busca de efetivação dos direitos fundamentais, de modo que o ativismo judicial pautado na ponderação dos princípios, na proporcionalidade e na razoabilidade na aplicação da lei, resulta no equilíbrio processual das partes e melhor garantia do acesso à justiça. (BRASIL, 2015e).

Pois bem, para os termos “ativismo judicial” e “ativismo”, as decisões atuais (2012 a 2015) demonstram um ativismo mais desenhado nos debates atuais, ou seja, ativismo elaborador de políticas públicas, particularmente estabelecidas por outras instituições, através de suas interpretações de leis federais. (BAUM, 1987, p. 17, 18, 260) O STJ aproxima-se da significação do termo nos estudos da ciência política norte-americana, com uma visão mais aberta do mundo jurídico, cujo julgador não separa Direito de Política orientando seus julgados por resultados.

No que se refere aos julgados anteriores (2003 a 2005), a expressão tomou um enfoque mais instrumental. Apenas significava maiores poderes instrutórios do juiz. A visão nesse momento à expressão alinha-se as ideias socializadoras dadas ao estudo do processo civil possibilitando o emprego do termo para designar aquele magistrado que, na condução do

processo, possibilita a diminuição ou eliminação das desigualdades fáticas entre as partes decorrentes do modelo liberalista. Parece que neste momento, o Tribunal buscou as bases do termo na análise dogmática processual da doutrina alemã, ou seja, ativismo judicial como possibilidade do magistrado tem de conduzir a prova dos fatos alegados no processo. (NUNES, 2009)

Apesar dessas mudanças de postura sobre o termo, se observou que para o Tribunal o assunto não é novidade, tão pouco significa que passou despercebido pela instituição. Depreendeu-se dos votos acima que o STJ não enxergou o ativismo judicial como um viés negativo, nem chegou a afirmar que expandiu seu poder a ponto de obter do Legislativo a transferência de poder de criação normativa.

Também, importa ressaltar que o STJ, nos casos acima, mesmo sendo ativista, não criou métodos e técnicas decisórias fora daquilo que habitualmente tenha sido utilizado. Contudo, é notório que a pressão dos diversos processos de globalização culminaram na complexização das relações sociais e na necessidade de se recorrer ao Judiciário para a resolução de conflitos que outrora eram resolvidos nas demais esferas da sociedade.

#### **4.4 A desaposentação como hipótese de ativismo judicial no Superior Tribunal de Justiça**

Para se tratar da desaposentação como hipótese de ativismo judicial no Superior Tribunal de Justiça, além das fundamentações sobre o instituto já citadas, 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 (tido como um dos mais eruditos e sensíveis magistrados da Corte), que ficou-se pelo o direito à renúncia à aposentadoria, para fins de aproveitamento do tempo de contribuição e concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não cabendo a devolução de valores percebidos, pois enquanto perdurou a aposentadoria pelo regime

geral, os pagamentos, de natureza alimentar, eram indiscutivelmente devidos (o já comentado REsp. nº. 692.628/DF, Dje 5.9.2005).

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 Representativo da Controvérsia 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.

Desta forma, no REsp nº. 1334488/SC, relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 08.05.2013 e DJ de 14.05.2013, a Corte pacificou a desaposentação. Agora, o acórdão por ter seguido o rito dos recursos repetitivos (Artigo 543-C do Código de Processo Civil e Resolução STJ 8/2008) servirá de base para orientar os demais tribunais do país nos quase 123 mil casos idênticos.

Em breve síntese do litígio, a ação previdenciária foi ajuizada em 01.10.2010. O autor pretendia a cessação do benefício atualmente percebido desde 07. 04. 1997 (aposentadoria por tempo de serviço) e a obtenção nova aposentadoria por tempo de contribuição, a contar de 01.04.2010, ao argumento de que o direito ao benefício previdenciário é direito patrimonial disponível. Contudo, o magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido. Em apelação, o TRF 4ª Região julgou pela possibilidade da desaposentação, entretanto, quedou-se pela necessidade de devolução do montante recebido na vigência do benefício anterior com a compensação com os proventos do novo benefício. Ambas as partes interpuseram Recurso Especial. O Tribunal de origem admitiu o Recurso Especial do segurado e não admitiu o do INSS. A autarquia agravou dessa decisão. Os presentes foram admitidos sob o regime dos recursos repetitivos.

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, 2013c).

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, 2013c).

c) Aplicação de precedentes da própria Corte. O Ministro relator para consubstanciar a possibilidade de renúncia da aposentadoria e a própria desaposestação 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, 2013c).

Um ponto importante é que no REsp nº. 1334488/SC o relator, mesmo em decisão unânime de seu voto, ressaltou o seu entendimento pessoal quanto à necessidade de devolução

dos valores para a reaposentação, conforme votos vencidos proferidos no REsp nº. 1.298.391/RS; nos Agravos Regimentais nos REsp nº. 1.321.667/PR, 1.305.351/RS, 1.321.667/PR, 1.323.464/RS, 1.324.193/PR, 1.324.603/RS, 1.325.300/SC, 1.305.738/RS; e no AgRg no AREsp nº. 103.509/PE.

Na ressalva pessoal, o ministro, num primeiro momento defende a devolução como requisito técnico, necessário ao desfazimento de primeira aposentadoria:

Primeiramente porque, se o aposentado que volta a trabalhar renuncia a tal benefício e não devolve os valores que recebeu, não ocorre o desfazimento completo do ato e, por conseguinte, caracteriza-se a utilização das contribuições para conceder prestação previdenciária não prevista (a nova aposentadoria) no já mencionado art. 18, § 2º. (BRASIL, 2013c).

Após, afirma que deferir a desaposentação pode não observar equilíbrio atuarial entre o que é arrecadado e o contexto legal das prestações previdenciárias. Neste momento, o debate esta no campo principiológico previdenciário, mesmo assim, não deixou de elaborar política pública através de interpretação de disposições constitucionais e legal (art. 195, § 5º, da CF e art. 125 da Lei 8.213/1991):

Além disso, ressalto relevante aspecto no sentido de que o retorno ao estado inicial das partes envolve também a preservação da harmonia entre o custeio e as coberturas do seguro social.

É princípio básico de manutenção do RGPS o equilíbrio atuarial entre o que é arrecadado e o contexto legal das prestações previdenciárias. Não é diferente para o benefício de aposentadoria, pois, sob a visão do segurado, ele contribui por um determinado tempo para custear um salário de benefício proporcional ao valor da base de cálculo do período contributivo.

Evidentemente que o RGPS é solidário e é provido por diversas fontes de custeio, mas a análise apartada da parte que cabe ao segurado pode caracterizar, por si só, desequilíbrio atuarial. Basta que ele deixe de contribuir conforme a legislação de custeio ou lhe seja concedido benefício que a base contributiva não preveja. (BRASIL, 2013c).

Mostra que a não devolução dos valores da aposentadoria que se pretende renunciar quebra a lógica atuarial do sistema, ademais seu voto não deixa de ser uma postura ativista. O certo é que acabou por adentrar no campo da elaboração de políticas fundamentais para o sistema previdenciário:

Dentro desse contexto interpretativo, a não devolução de valores do benefício renunciado acarreta utilização de parte do mesmo período contributivo para pagamento de dois benefícios da mesma espécie, o que resulta em violação do princípio da precedência da fonte de custeio, segundo o qual "nenhum benefício pode ser criado, majorado ou estendido, sem a devida fonte de custeio" (art. 195, § 5º, da CF e art. 125 da Lei 8.213/1991).

Os cálculos atuariais que embasam o regime de custeio tomam como base uma previsão determinada de contribuições para pagar aposentadoria em período estimado pela expectativa de vida média dos segurados. A parte que incumbe ao segurado é recolher os aportes por determinado tempo para cobrir o pagamento da aposentação a contar da concessão. Como já exaustivamente demonstrado, a não devolução dos valores da aposentadoria a que se pretende renunciar, com o intuito de utilização do período contributivo para novo jubramento, quebra a lógica atuarial do sistema. Isso porque a primeira aposentadoria é concedida em valor menor do que se fosse requerida posteriormente, mas é paga por mais tempo (expectativa de vida). Já se o segurado optar por se aposentar mais tarde, o "fundo de contribuições" maior financiará uma aposentadoria de valor maior, mas por período menor de tempo.

A renúncia à aposentadoria sem devolução de valores mescla essas duas possibilidades, impondo aos segurados uma aposentadoria o mais prematura possível, para que mensal ou anualmente (fator previdenciário e coeficiente de cálculo) seja majorada.

Tais argumentos já seriam suficientes, por si sós, para estabelecer a devolução dos valores da aposentadoria como condição para a renúncia desta, mas adentro ainda em projeções de aplicação do entendimento contrário que culminariam, data vênua, em total insegurança jurídica, pois desestabilizariam e desvirtuariam o sistema previdenciário. Isso porque todos os segurados passariam a se aposentar com os requisitos mínimos e, a cada mês de trabalho e nova contribuição previdenciária, poderiam pedir nova revisão, de forma que a aposentadoria fosse recalculada para considerar a nova contribuição. (BRASIL, 2013c).

Nota-se que na ressalva pessoal do ministro relator, embora concorde com a devolução dos valores, suas justificativas perpassam pela teórica da “projeção do cenário jurídico” e da “construção jurídica”. Demonstrando análise de legalidade, o voto acaba por desenhar a insuficiência do Estado em atender os anseios da sua população, bem como em buscar a realização de objetivos que lhe foram postos, regulamentar a desaposentação:

A projeção do cenário jurídico é necessária, portanto, para ressaltar que autorizar o segurado a renunciar à aposentadoria e desobrigá-lo de devolver o benefício recebido resultaria em transversa revisão mensal de cálculo da aposentadoria já concedida.

Considerando ainda que essa construção jurídica, desaposentação sem devolução de valores, consiste obliquamente em verdadeira revisão de cálculo da aposentadoria para considerar os salários de contribuição posteriores à concessão, novamente está caracterizada violação do art. 11, § 3º, e 18, § 2º, da Lei 8.213/1991, pois este expressamente prevê que as contribuições previdenciárias de aposentado que permanece trabalhando são destinadas ao custeio da Seguridade Social e somente geram direito às prestações salário-família e reabilitação profissional.

Indispensável, portanto, o retorno ao status quo ante para que a aposentadoria efetivamente deixe de existir e não incidam as vedações legais citadas. (BRASIL, 2013c).

Apesar desta ressalva pessoal do ministro discordando da desnecessidade de devolução dos valores, mesmo assim, a Corte adotou uma postura criadora de política pública, qual seja, a desaposentação. Mesmo vencido em votos anteriores, o ministro, elencou seu entendimento no recurso repetitivo analisado, simbolizando que a política pública produzida reflete tanto nas preferências dos ministros quanto na influência do ambiente da própria Corte.

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 jubramento. No EDcl no REsp 1334488 / SC do mesmo relator, também julgado pela Primeira Seção, em 14.08.2013, DJ de 30.11.2013, se firmou que a nova aposentadoria, a ser concedida a contar do ajuizamento da ação, há de computar os salários de contribuição subsequentes à aposentadoria a que se renunciou.

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.

O certo é que conforme o acórdão analisado, a Corte não enfrentou uma questão jurídica em abstrato. Em vez disso, lida com a matéria no processo de solução de controvérsia entre as partes. Sendo assim, foi levado à ela uma situação de mudança social: um novo perfil de aposentados. Agora, aposentados voltam ao mercado de trabalho com o fim de obter maiores rendimentos e, com isso, logo aparecem consequências, pois estes voltam a contribuir para o sistema, mas não veem retorno de tais vertidas ao sistema em sua antiga aposentadoria.

Em certo sentido, a decisão da Corte sobre a desaposentação apresenta-se em três níveis:

a) um julgamento a respeito da disputa específica que lhe foi levada: nesse ponto, a Corte foi pacífica em assegurar a desaposentação;

b) uma interpretação das questões jurídicas envolvidas naquela disputa: aqui, a Corte debateu sobre a possibilidade de renúncia da aposentadoria e a desnecessidade de devolução dos valores da primeira aposentadoria já recebida.

c) uma posição a respeito das questões de política ligadas às questões jurídicas: mesmo fazendo uma interpretação da matéria jurídica contida no caso, por exemplo, "nenhum benefício pode ser criado, majorado ou estendido, sem a devida fonte de custeio" e "aposentadoria como direito fundamental", a Corte expressou matéria política explicitamente, pois atuou na omissão do Legislativo e Executivo e interviu na proposta de sedimentação de direitos fundamentais.



Sendo assim, a origem da decisão em recurso repetitivo<sup>70</sup> 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 esta 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.

Com isso, houve uma impulsão desta Corte, inevitavelmente para uma atuação mais presente na sociedade e, em consequência com maior repercussão midiática. Assim, que surgiram os milhares de casos em que se faz necessário assegurarem direitos fundamentais que não encontram previsão legal em condições de lhe dar regulamentação.

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.

O cenário jurídico brasileiro é tomado por posicionamentos teóricos a favor do protagonismo judicial e por posturas jurisprudenciais que materializam o uso da expressão ativismo judicial, que passam a descrever a atuação jurisdicional do país. Assim como, há os que defendem a necessidade do que se poderia chamar de contramovimento, não chamar o judiciário a atuar, mas segurá-lo (TASSINARI, 2013; STRECK, 2011, 2012; RAMOS, 2010).

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

---

<sup>70</sup> 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, 2014g).

determinados direitos perseguidos na Constituição (direito social à aposentadoria digna), assim como, uma resposta aos reclames sociais por melhor aposentadoria.

Com efeito, mais do que nunca, diante desta realidade, é preciso pensar na importância que o Judiciário trouxe para desaposestação. O quadro que se apresenta é de complementariedade ou cooperação do Poder Judiciário diante da omissão dos demais Poderes, assim como de uma elevada atuação.

Sendo assim, é que se chama atenção para o fato de que no Brasil, bem ou mal, o ativismo judicial como inação de outros Poderes, pressupõe no mínimo uma sociedade democrática. Isto porque o tema ativismo judicial ganhou destaque após superar o regime ditatorial com a implantação da Constituição Cidadã. Um dos elementos do ativismo é que ocorre em estados de regime não autoritário (CAPPELLETTI, 1999).

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 desaposestação, como criada pelo Judiciário, conciliou o direito com a ética, pois milhares de brasileiros voltaram ao mercado de trabalho e viram na decisão da Corte uma forma de verem novas contribuições a serem vertidas em nova aposentadoria.

Como afirmou Dworkin (2011), direito como integridade é sobremaneira diferente, é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto uma espécie de fonte de inspiração. É um programa não apenas contingente, mas interpretativa que apresenta aos juízes ao decidirem casos difíceis. O direito como integridade pede aos magistrados que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso.

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. Há uma integridade que não se confunde com a vontade da maioria e que deve ser resgatada.” (BELLO FILHO, p. 148, 2003).

A concepção de interpretação a partir da compreensão de que há uma fusão entre aquele que interpreta a norma e o ser que criou a lei, encontra espelho na maneira de interpretar um texto literário. “DWORKIN demonstra que a literatura, ciência do espírito tal qual o direito, pode fornecer analogias bastante férteis para a compreensão da interpretação do direito”. (BELLO FILHO, p. 148-149, 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. “O que faz ver se melhor uma obra de arte é melhor do que a outra é sua melhor adaptação à ideia de correção artística [...]”. 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, p. 149, 2003).

Em verdade, o interprete literário busca encontrar na obra de arte aquilo que ela tem de melhor, sem retirar em absoluto seu caráter essencial. “Interpretar um texto jurídico significa ‘espremê-lo ao máximo, em busca da melhor interpretação para a realização da moral coletiva e de todo sistema político.” (BELLO FILHO, p. 149, 2003).

Uma interpretação constrói-se com a melhor uma vez que é politicamente correta. “[...] Isso não significa, por óbvio, transformar o texto escrito em outro, como também não significa transformar uma poesia em outra diversa daquela que o autor escreveu.” (BELLO FILHO, p. 149, 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.

De acordo como o direito como integridade a legislação e os precedentes judiciais como capítulos que pertencem ao romance em cadeia, devem ser levados em consideração pelo intérprete quando do desenvolvimento da melhor interpretação possível a respeito dos princípios da comunidade personificada. E isto foi levando em consideração pela Corte.

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.

Isso implica que o romancista em questão toma para si a análise de que a sociedade evoluiu, tornando-se cada vez mais complexa e técnica. Agora, as prestações sociais passam a ser exigidas pelos cidadãos na complexidade social que os cercam. Sabe que existe uma nova forma de pensar, pautada numa pluralidade social fazendo com que os cidadãos queiram, cada vez mais, tanto do processo político quanto democrático.

Nesse enlaço, importa frisar que a atividade exegética, proposta pelo Ministro seguiu o modelo do “romance em cadeia”. A narrativa adotou capítulos resultantes de criação de material que já havia sido começado a ser produzido e, por isso, devendo ser respeitado. Lembrou que a narrativa pode ter rumos modificados a cada novo capítulo escrito.

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.<sup>71</sup> 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.

Quando julga um caso, o juiz, no caso o ministro, com interprete privilegiado da norma, tem o dever de aplicar o direito existente, desembaraçando-o da sociedade e não criando a seu talante. O papel desempenhado pelos juízes é de buscar o direito, interpretando a norma e encontrando a resposta encontrada a partir de uma grande interação entre os juízes e a sociedade para captar a chamada moral política. Tal sistemática não significa dizer que o magistrado deve criar a norma.

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

---

<sup>71</sup> Um defensor de tal ideia é Michael Perry (1994). Perry parte da premissa da teoria substantiva dos valores para encontrar na atividade do intérprete a mesma atividade capaz de definir quais são os valores substantivos plasmados no texto constitucional.

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).

A noção de princípio não se vincula ao elemento discricionário. Passar a ser concebida à luz do Direito como integridade, é mais um dos caminhos pelo qual se torna possível, como no caso em comento, a não existência de um protagonismo judicial ou um ativismo judicial nocivo, mas uma ativismo que representa a carência estatal em atender os anseios de sua população, bem como em buscar a realização dos objetivos que lhes foram postos.

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.

Conforme indicou o observador francês Alexis de Tocqueville há mais de um século, “[...] raramente surge nos Estados Unidos uma questão política que não seja resolvida, mais cedo ou mais tarde, como uma questão judicial” (BAUM, 1987, p. 17). Fazendo-se um paralelo, a realidade brasileira não é diferente. As disputas sobre políticas costumam chegar aos Tribunais, em grande parte, por força de existência de uma constituição escrita ou de leis federais, as quais oferecem disposições a uma base para a impugnação da legalidade de ações governamentais.

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.

Uma vez provocado, o Tribunal analisou o caso, conforme determina o princípio da inafastabilidade do Judiciário, o que culmina no direito fundamental de acesso à Justiça, nos moldes do artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88.<sup>72</sup>

Contudo, é evidente que o debate sobre o ativismo judicial é mais do que uma disputa a respeito de política da Corte. O envolvimento desta na elaboração de importante política suscita questões fundamentais sobre o papel apropriado de um Tribunal, questões estas que transcendem a substância das decisões da Corte em determinada época (BAUM, 1987).

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.

---

<sup>72</sup> Artigo 5º, inciso XXXV da CF/88: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

Por estas razões aqueles que veem o Superior Tribunal de Justiça atuando em esfera não delegada pela Constituição Cidadã, mesmo assim, atua construindo uma circunstância política extremamente positiva. A Corte desempenha, de fato, um papel muito importante no processo de elaboração de políticas. Certamente a extensão de seu papel neste processo é extraordinária para um Tribunal, ou seja, significa que atua numa sociedade democrática.



## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

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.

De qualquer maneira, os vários marcos teóricos ou visões de mundo jurídico incidentes sobre a análise de determinada expressão impedem que sejam demarcados precisamente de forma satisfatória todos os teóricos.

A função da teoria é criar a base de análise a partir da observação da realidade concreta. Sendo assim, não será possível teorizar de qualquer temática abstraída das condições concretas de análise, mormente no campo jurídico de aplicação de normas. Bem cientes dessas limitações epistemológicas, devemos enxergar o ativismo dentro de um contexto no qual é instrumentalizado. Nesse caso, a análise da atuação do Superior Tribunal de Justiça no julgamento da desaposentação pode definir seu conceito.

É possível ressaltar, todavia, que a atuação do Poder Judiciário assume forma diferente na vigência de ordenamentos distintos diferentes. Em certa medida, a orientação do tema no direito brasileiro é contribuinte da noção advinda dos Estados Unidos da América. Contudo, o ativismo judicial aqui realizado envolve um contexto peculiar.

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.

Isto é possível a partir de um atual constitucionalismo ou neoconstitucionalismo, ideias que intensificam cada vez mais a atuação do Judiciário. Tudo só foi possível porque há uma mudança de paradigma na qual a Constituição passa a ser reconhecida como força normativa, ou seja, exige o seu cumprimento em todos os poderes e campos do Estado.

Esse novo atuar constitucional dá ao Poder Judiciário um papel de destaque no desenho institucional do Estado. Nesse momento, a Constituição está no centro do ordenamento jurídico, ocorrendo um processo de constitucionalização do direito e das leis infraconstitucionais.

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.

É notória a insatisfação dos aposentados com o valor do seu benefício mensal, sobretudo, com os reajustes mensais, questão que tem motivado o retorno ao trabalho de grande quantidade deles para programar sua renda. Ao se lançarem novamente ao mercado de trabalho se tornam obrigatoriamente segurados do regime geral ou próprio e sujeitos passivos do tributo contribuição previdenciária.

A ampliação dos benefícios previdenciários para satisfazer a dignidade da pessoa humana e a proteção social não é uma ideia do senso comum, mas diretriz constitucional abraçada pela República Federativa do Brasil em 1988. Neste contexto, é justo receber uma contraprestação pelo pagamento mensal do tributo previdenciário, razão pela qual a jurisprudência a favor da desaposentação se baseia na melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica da comunidade brasileira.

A par disso, a interpretação dada ao instituto pelo Superior Tribunal de Justiça não é resultado de um individualismo liberal, tão pouco resquícios de assistencialismo notório do Estado Social, mas fruto de princípios acolhidos pela sociedade brasileira a partir do Estado Democrático de Direito que se insere. Deste modo, os principais argumentos de direitos favoráveis à tese adotadas pela Corte foram interpretados segundo os princípios norteadores da previdência social brasileira.

A desaposentação não visa simplesmente contrariar as normas que almejam evitar a concessão de aposentadorias precoces, tal como o fator previdenciário. Muito menos se trata de um desejo do segurado fazer uma simbiose entre os diversos regimes ou entre as diferentes modalidades de aposentadoria e retirar o que há de melhor entre elas. Também não se resume na mera alegação do segurado que deveria optar por receber maior renda por menor tempo ou menor renda por mais tempo passa a ter a possibilidade de escolher receber o benefício por mais tempo e com maior renda. Muito menos uma espécie de revisão periódica do benefício a partir da alteração fática das variáveis que compõem o fator previdenciário.

Todas as premissas acima não atentam para a ideia de que a Previdência Social, assim como a Seguridade Social, tal qual todos os institutos que lhes são inerentes, são direitos fundamentais. A par disso, os valores e as compreensões derivadas da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais se aplicam, também, às questões previdenciárias.

Considerando o núcleo essencial dos direitos fundamentais em matéria previdenciária está a concepção de proteção social que indica dar respostas às demandas ou contingências sociais. É o que se propõe a desaposentação. A possibilidade de renúncia de aposentadoria é possível mesmo sendo um direito fundamental. O que se almeja não é ser desamparado de toda e qualquer prestação previdenciária, mas melhorar os meios de subsistência, com alimentabilidade otimizada. O objetivo do interessado na abdicação é nitidamente melhorar as condições de vida.

A desaposentação tem como principal pilar a melhoria econômica do segurado. Por isso, não restringe direitos, mas amplia-os. Tem por meta a primazia do bem-estar dos indivíduos, algo apreciado por toda sociedade.

A vedação da desaposentação através de lei ou ato administrativo está afeto a estrutura normativa dos direitos fundamentais (direitos sociais). Com esta visão, quer na sua restrição ou limitação cabe ao legislador infraconstitucional não descuidar do conteúdo nuclear, ou melhor, núcleo essencial dos direitos fundamentais.

O arranjo constitucional aponta para a previsão mais expressa tão só dos valores, princípios e dos diversos procedimentos disponíveis e liberados ao Estado. Assim, com o processo de escolha democrática e conseqüente atividade normativa ordinária, cabe ao legislador ordinário definir, em concreto, as modalidades de serviços e políticas públicas.

Com isso, qual seja o arranjo constitucional adotado, com maior ou menor abertura ao legislador ordinário, verdade é que deve ser respeitada a perspectiva material da Constituição.

Está determina tarefas para o Estado e não somente limitações. Dentre as diretrizes está a garantia de atendimento a necessidades básicas das pessoas.

A normatização constitucional preconiza assegurar que direitos não sejam violados. Não propõe como diretriz a limitar a fruição dos mesmos, por exemplo, o direito social à desaposentação. A ideia contrária acaba por violar o que se deseja da Lei Maior. A segurança jurídica, por exemplo, está longe de ser a pura necessidade de imutabilidade das relações que incidem normas jurídicas. Ao contrário, é a garantia de preservação de direitos, que no caso da desaposentação, nada mais é do que a possibilidade de renúncia de titular de benefício em busca de situação mais benéfica.

Embora não expressamente o Superior Tribunal de Justiça tenha adotado as referidas proposições no voto analisado, atuou dentro de uma proposta de direito como integridade. A atividade exegética desenvolvida pela Corte seguiu o modelo do romance em cadeia, segundo a qual cada capítulo do enredo resulta da criação de quem o escreve, mas que já havia sido exercida sobre um material que começado, devendo, por isso ser respeitado. Ressalvando que o enredo passado possa ter seus rumos um tanto quanto alterados a partir de cada novo capítulo que se escreve.

O princípio judiciário de integridade propõe aos juízes a identificação de direitos e deveres legais até onde é possível. Entretanto, apresenta como pressuposto a ideia de que todos foram criados por um único autor, ou seja, a comunidade personificada cuja concepção expressa justiça e equidade. O STJ atuou diante dentro dos princípios e ordem de valores de tal comunidade. Buscou em sua decisão a interpretação que se afigurou a mais indicada no conjunto coerente de direito e deveres das pessoas.

Por certo, diante dos inúmeros argumentos apresentados, de ordem constitucionais suficientes a fundamentar a desaposentação, sob diversos pontos de vista, é inviável admitir a conduta administrativa de simples rejeição de sua possibilidade. Argumentos simples tais como a ausência de previsão legal ou impossibilidade de renúncia da aposentadoria não se sustentam mais.

O INSS e a Administração Pública devem mudar sua conduta aceitando a revisão das aposentadorias de seus servidores públicos em regime próprio. Já seria uma evolução tais órgãos gestores se ao menos exigisse a restituição de parcelas já recebidos a título de primeira aposentadoria, ou que o valor do novo benefício seja apenas parcialmente majorado.

Mesmo que não venha a futura normatização desse conceito previdenciário, a desaposentação é uma realidade e está sendo encarada como tal pelo STJ, visto que pela sistemática dos recursos repetitivos possui eficácia vinculante para os demais Tribunais Federais. Ressalta-se que os elementos da desaposentação já se encontram presentes no ordenamento jurídico, embora seja preferível a solução legislativa.

O Poder Legislativo é o órgão constitucionalmente destinado à regulação pública dos temas socialmente relevantes. Ao Poder Judiciário é reservado o caráter subsidiário cujo objetivo é o resguardo e concretização de direitos fundamentais acaso violados pela administração previdenciária.

O Superior Tribunal de Justiça na construção da desaposentação não atuou de forma ampla e incondicionada. Muito menos atuou 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.

Contudo, o ativismo judicial é um dos sintomas de que nossa sociedade de massa, passando pela era de globalização. Não se satisfazem mais com as prestações de serviços públicos e tutela de direitos individuais ainda nos moldes de um Estado arcaico em relação a uma sociedade que muda. Há um intercâmbio entre o local e o global revelando um Estado incapaz de lidar com as necessidades e demandas que aumentam num ritmo frenético no meio de sua população.

A política se mostra comprometida com a burocracia e progressiva burocratização do Estado, pelo descompasso diante da realidade social, pela insuficiência regulatória e pela carência de legitimidade que as democracias ocidentais apresentam quando analisadas com as expectativas populares pelas quais projetam as respectivas sociedades. Mais do que uma gama de discussões que propõe o ativismo judicial, o fato é que pressupõe ao menos um arcabouço político extremamente positivo.

A partir de tal cenário, o magistrado, no caso os ministros do STJ, são chamados para atender demanda cujo elevado e crescente grau de complexização social o adverte que será improvável manter-se adstrito aos moldes de interpretação jurídica dos séculos XIX e início do XX. Agora, as tradicionais técnicas hermenêuticas e decisórias foram alteradas nas suas

concepções fundamentais, outros se agregam e se consolidam, mas o resultado desse processo social de mudança de perfis deveria ser consolidado pelo simples ato de vontade do legislador.

Destarte, o interesse em não legislar pode advir de vários fatores, entre eles, déficit de representatividade e desinteresse de criar leis em relação a determinados temas. O certo é que sobre a desaposentação se constrói uma capa de custos de direitos, déficit orçamentário. Não é que o tema seja uma medida impopular, visto que milhares de brasileiros concordam com o instituto.

A longa demora em aprovar projetos de lei cuja matéria seja exclusivamente a desaposentação reafirma a concepção de indiferença do legislativo a certos reclamos sociais. Criou-se um sentimento de orfandade social. Assim, tentando não se desvencilhar de seu sentimento paternalístico, implicitamente, o Poder Legislativo acabou criando um Intimidadea estratégia em delegar ao Judiciário questões políticas. Agora, o Judiciário nada mais é do que o local mais indicado para a implementação de direitos sociais.

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.

É de conhecimento, conforme exposto no presente estudo, que a caracterização do ativismo judicial como experiência que não lhe é própria-originária- do contexto brasileiro, não impede o estudo da jurisprudência da Corte dos Estados Unidos. Não se trata de transposição equivocada de conceito, mesmo porque em nenhum dos casos demonstrados sem suas “Eras” mostra uma espécie de desaposentação.

O contributo está em demonstrar que aquela Corte Suprema, atuava como elaboradora de políticas públicas. Não são casos, épocas e tradições iguais, mas posturas judiciais que influenciam em políticas governamentais, assim como moldam a sociedade em geral.

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. Mesmo transformado em esfera pública de decisão como questão de índole

fundamental para a sociedade, o Superior Tribunal de Justiça, atuou na vertente positiva do ativismo judicial para a proteção do segurado contra a omissão do Estado.

O fato de o Estado nas suas práticas citarem o Poder Judiciário como uma espécie de fiador de suas atividades (por exemplo, as justificativas dos projetos de lei elencarem as decisões judiciais favoráveis à desaposentação) demonstra que não é hábil na solução de conflitos sociais de modo extrajudicial. Ele mesmo se vale do Judiciário como forma de se fazer presente na realidade social e de reafirmar a sua legitimidade como agente responsável pela promoção da população.

Hipoteticamente, há um cidadão que obteve benefício previdenciário, em 25.11.1982, sob o título de Aposentadoria por Tempo de Serviço, após 41 anos 04 meses e 16 dias de trabalho, no valor atual de R\$ 1.252,20 (mil duzentos e cinquenta e dois e vinte centavos). Contudo, desde 26.03.1986 ele voltou a trabalhar e contribuir para o INSS sob o teto. São quase trinta anos versando contribuições para o sistema. Sabendo da possibilidade da desaposentação e o único meio de vê-la concretizada, bate as portas do Judiciário.

Caso se adotasse uma postura a partir de um critério de negação da desaposentação, o que ocorreria se também o STJ decidisse abandonar uma postura ativista e passasse a se omitir diante desta ofensa a direito fundamental que não foi perpetrado pelo Estado? A quem restaria recorrer?

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, tanto no regime próprio dos servidores públicos ou no regime geral, independentemente da restituição de valores obtidos em primeira aposentadoria.

## REFERÊNCIAS

- ALEXYY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2 ed., trad. y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ALVES, Andréa Moraes. **A dama e o cavaleiro**. Um estudo antropológico sobre envelhecimento, gênero e sociabilidade. Rio de Janeiro: editora FGV, 2004.
- APPIO, Eduardo. **Discricionariedade política do Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2008.
- \_\_\_\_\_. **O controle judicial de políticas públicas no Brasil**. 5a reimp. Curitiba: Juruá, 2012.
- ARAÚJO, Isabella Borges de. A desapontação no direito brasileiro. **Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária**: Doutrina, Jurisprudência e Legislação, Caxias do Sul, ano 4, n. 18, p. 47-61, jun.2008.
- ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DO BRASIL-ANFIP. **Seguridade Social e Tributação**. Brasília, ano XXII, nº 114, janeiro/maio, 2013a.
- \_\_\_\_\_. **Seguridade e Tributação**. Brasília, ano XXIII, n. 114, abril/junho, 2013b.
- \_\_\_\_\_. **Seguridade e Tributação**. Brasília, ano XXIII, n. 118, abril/junho, 2014.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CASTRO, Júnior Ananias. O Estado Democrático de Direito e a efetivação dos direitos sociais. O fenômeno da judicialização da saúde. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 51, n. 203. Jul./set. 2014. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2014, p. 128-142.
- 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.
- \_\_\_\_\_. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. RDE. **Revista de Direito do Estado**, v. 21, p. 82-122, 2011.
- \_\_\_\_\_. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **(Syn)Thesis** (Rio de Janeiro), v. 5, p. 23-32, 2012.
- BAUM, Laurence. **A Suprema Corte Americana**: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- BEARD, Charles. **A Suprema Corte e a Constituição**. Tradução de Paulo Moreira da Silva. Rio de Janeiro: Forense, 1965.



BELLET, A.; TUNC, André; TOUFFAIT et al., **La Cour Judiciaire Suprême**. Une enquête Comparative. Paris: Economica, 1978.

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 fungido: 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. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº. 7.154/02a. Altera o art. 96 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, para prever renúncia à aposentadoria concedida pelo Regime Geral de Previdência Social. Deputado Inaldo Leitão PSDB/PB. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/resultadoPesquisa?tipoproposicao=PL+-+Projeto+de+Lei&data=20%2F10%2F2015&page=false&numero=7154&ano=2002&btnPesquisar.x=20&btnPesquisar.y=12>. Acesso em 04 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº. 2.682/07a. Acrescenta Parágrafo Único ao art. 54, modifica o inciso III do art. 96, acrescenta o Parágrafo Único ao art. 96 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Autoria Deputado Cleber Verde PRB/MA. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=381947&st=1](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=381947&st=1). Acesso em 04 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº. 3.884/08. Acrescenta Parágrafo Único ao art. 54, modifica o inciso III do art. 96, acrescenta o Parágrafo Único ao art. 96 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Autoria Deputado Cleber Verde PRB/MA. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/resultadoPesquisa?tipoproposicao=PL+-+Projeto+de+Lei&data=20%2F10%2F2015&page=false&numero=3884&ano=2008&btnPesquisar.x=14&btnPesquisar.y=10>. Acesso em 03 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº. 2.567/11a. Altera o § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, para ampliar os benefícios previdenciários devidos ao aposentado que retomar ao trabalho. Senador Rodrigo Rollemberg - PSB/DF. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/resultadoPesquisa?tipoproposicao=PL+-+Projeto+de+Lei&data=20%2F10%2F2015&page=false&numero=2567&ano=2011&btnPesquisar.x=13&btnPesquisar.y=7>. Acesso em 04 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Câmara Notícias. Para governo, "desaposentação" pode gerar impacto fiscal de R\$ 49 bi. Publicada em 04 maio 2012a. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/ultimas-noticias/404579--comissao-de-seguridade-aprova-projeto-que-permite-desaposentacao-\(0153\).html](http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/ultimas-noticias/404579--comissao-de-seguridade-aprova-projeto-que-permite-desaposentacao-(0153).html). Acesso em: 12 jul. 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Trabalho e previdência. STF decidirá validade de desaposentação; deputado defende medida. Publicado em 20 out. 2014a. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camارانoticias/noticias/trabalho-e-previdencia/476153-stf-decidira-validade-de-desaposentacao-deputado-defende-medida.html>. Acesso em 12 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Discursos e notas taquigráficas. Publicado em 24 mar 2013a. Disponível em:

<http://www.camara.leg.br/internet/SitaqWeb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=081.3.54.O&nuQuarto=94&nuOrador=2&nuInsercao=77&dtHorarioQuarto=16:06&sgFaseSessao=OD&Data=23/04/2013&txApelido=ANDR%C3%89%20ZACHAROW,%20PMDB-PR>. Acesso em: 12 dez 2014.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 191-A de 05 de outubro de 1988, página 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 14 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 3.048 de 06 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, Seção 1 de 7 de maio de 1999a, Página 50. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm). Acesso em 10 jul. 15.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional nº 91. Altera a Constituição Federal para estabelecer a possibilidade, excepcional e em período determinado, de desfiliação partidária, sem prejuízo do mandato. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, Seção 1 de 19 de fevereiro de 2016, Página 1. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2016/emendaconstitucional-91-18-fevereiro-2016-782395-norma-pl.html>>. Acesso em 14 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 3.0807, de 26 de agosto de 1960. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, de 05 de set. 1960. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L3807.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3807.htm). Acesso em 27 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.890, de 08 de junho de 1973. Altera a legislação de previdência social e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, Seção 1 de 11 jun. de 1973, Página 5586. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L5890.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L5890.htm). Acesso em 28 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.903, de 30 de abril de 1981. Dispõe sobre a aposentadoria dos Juízes temporários da União de que trata a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, Seção 1 de 30 mar. de 1981, Página 7773 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6903.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6903.htm)>. Acesso em 28 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do**

**Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, Seção 1 de 25 de jul. de 1991, Página 14809. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 29 ago. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.870, de 15 de Abri de 1994. Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, Seção 1 de 16 de mar. de 1994, Página 5597. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8870.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8870.htm). Acesso em: 29 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997. Altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, Seção 1 de 11 de dez. 1997, Página 29426. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9528.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9528.htm). Acesso em 29 ago. 2015.

\_\_\_\_\_.Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999. Dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual, o cálculo do benefício, altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências . **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, Seção 1 da Edição Extra –de 29 de nov. 1999b, Página 1 Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L9876.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9876.htm)>. Acesso em 28 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção Defesa dos Direitos Humanos. **Dados sobre o envelhecimento no Brasil**. Brasília, DF, 2013b. Disponível em:< <http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-idosa/dados-estatisticos/dados-sobre-o-envelhecimento-no-brasil>>. Acesso em 02 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº. 91/2010. Acrescenta § 9º e § 10º ao art. 57, da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 (permite a renúncia do benefício da aposentadoria; prevê a possibilidade de solicitação de aposentadoria com fundamento em nova contagem de tempo de contribuição). Senador Paulo Paim. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=75589&tp=1>. Acesso em 03 set. 2015.

\_\_\_\_\_.Senado Federal. Agência Senado. Para especialistas, fim do fator previdenciário poderia elevar deficit do INSS. Publicado em 20 out. 2014b. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/10/16/para-especialistas-fim-do-fator-previdenciario-pode-elevar-deficit-do-inss>. Acesso em 12 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 497.683/PE, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma. Julgado em 17.06.2003. **Diário de Justiça** de 04.08.2003 p. 398. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=497683&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=14>. Acesso em 15 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 600419 / RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido. Sexta Turma. Julgado em 29.11.2005. **Diário de Justiça** de 06/02/2006 p. 372. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=600419&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=600419&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true). Acesso em 15 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n°. 1217131/SC, Rel. Min. Ministro Adilson Vieira Macabu (desembargador convocado do TJ/RJ). Quinta Turma. Julgado em 15/02/2011. **Diário de Justiça Eletrônico** de 04/04/2011b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1217131&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>. Acesso em 15 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar de Segurança n°. 1427 / CE, Rel. Min. Ministro Ari Pargendler. Corte Especial. Julgado em 05.12.2011. **Diário de Justiça Eletrônico** de 29/02/2012b. RSTJ vol. 226 p. 36. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22ativismo+judicial%22&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em 15 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n°. 1329715 / SC, Rel. Min. Ari Pargendler. Primeira Turma. Julgado em 27/05/2014. **Diário de Justiça Eletrônico** de 06/06/2014c. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1329715&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>. Acesso em 15 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n°. 709871 , Rel. Min Humberto Martins. Decisão Monocrática. **Diário de Justiça Eletrônico** de 01/06/2015a. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?livre=AREsp+709871&&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em 02 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n°. 746746, Rel. Min Leopoldo de Arruda Raposo (desembargador convocado do TJ/PE). Decisão Monocrática. **Diário de Justiça Eletrônico** de 01/10/2015b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?livre=%22ativismo+judicial%22&&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>. Acesso em 02 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n°. 702187, Rel. Min Humberto Martins. Decisão Monocrática. **Diário de Justiça Eletrônico** de 01/10/2015c. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?livre=AREsp+702187&&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em 02 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial n°. 1334488/SC, Rel. Min. Herman Benjamin. Primeira Seção. Julgado 14/08/2013. **Diário de Justiça Eletrônico** de 30/09/2013c. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1334488&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>. Acesso em 20 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Informativo de jurisprudência n.º 247. **Secretaria de Jurisprudência do STJ**. Período de 05 a 20 de maio de 2005a. Sexta Turma. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo>. Acesso em 01 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo de jurisprudência n.º 338. **Secretaria de Jurisprudência do STJ**. Período de 29 de outubro a 09 de novembro de 2007b. Quinta Turma. Disponível em:  
<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=renuncia+aposentadoria&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 01 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Informativo de Jurisprudência n.º. 0411. **Secretaria de Jurisprudência do STJ**. Período de 12 a 16 de outubro de 2009a. Segunda Turma. Disponível em:  
<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%22ativismo+judicial%22&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 01 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Informativo de Jurisprudência n.º. 0520. **Secretaria de Jurisprudência do STJ**. Período de 13 de junho de 2013d. Primeira Seção. Disponível em:  
<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%22desaposentacao%22&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 01 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Informativo de Jurisprudência n.º. 0535. **Secretaria de Jurisprudência do STJ**. Período de 12 março de 2014d. Primeira Seção. Disponível em:  
<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%22desaposentacao%22&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 01. out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Informativo de Jurisprudência n.º. 0557. **Secretaria de Jurisprudência do STJ**. Período de 05 a 18 de março de 2015d. Segunda Turma. Disponível em:  
<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%22desaposentacao%22&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 01 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n.º. 7711/ SC, Rel. Min. Paulo Gallotti. Terceira Seção. Julgado em 08.05.2002. **Diário de Justiça Eletrônico** de 09/09/2002b p. 159. Disponível em:  
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=7711&processo=7711&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>. Acesso em 01 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Petição n.º. 9231/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira Seção. Julgado em 12.03.2014. **Diário de Justiça Eletrônico** de 20/03/2014f. Disponível em:  
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=PET+9231&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>. Acesso em 01 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º. 600419/RS, Rel. Min. Ministro Jorge Scartezzini. Quinta Turma. Julgado em 21.02.202. **Diário de Justiça** de 15/04/2002d p. 253. Disponível em:  
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=370957&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=27>. Acesso em 15 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º. 370957 / SC, Rel. Min. Jorge Scartezzini. Quinta Turma. Julgado em 21/02/2002. **Diário de Justiça** de 15/04/2002c p. 253.

Disponível em:

[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=370957&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=370957&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true). Acesso em: 01 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n°.614469, Rel. Min. Gilson Dipp.

Decisão Monocrática. **Diário de Justiça Eletrônico** de 12/05/2004. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?livre=REsp+614469&&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 02 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n°.666419 / SC, Rel. Min. Luiz Fux

.Primeira Turma. Julgado em 14.06.2005. **Diário de Justiça** de 27/06/2005b p. 247. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=REsp+666419&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=6>. Acesso em: 02 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n°692.628-DF, Rel. Min. Nilson Naves,

julgado em 17/5/2005. **Diário de Justiça** 05/09/2005c, p. 515. Disponível em:

[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=692628&processo=692628&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=692628&processo=692628&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true). Acesso em: 15 set.2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n°.629312 / DF, Rel. Min. Hélio Quaglia

Barbosa. Quarta Turma. Julgado em 27.03.2007. **Diário de Justiça** 23/04/2007c p. 271.

Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=REsp+629312&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=6>. Acesso em: 02 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n°. 650728/SC, Rel. Min Herman

Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 23.10.2007. **Diário de Justiça Eletrônico** 02/12/2009b.

Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22ativismo+judicial%22&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>. Acesso em: 01 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n°. 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.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n°.1348301, Rel. Min Arnaldo Esteves

Lima. Decisão Monocrática. **Diário de Justiça Eletrônico** 07/05/2013e. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?livre=REsp+1348301&&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em 02 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n°. 1367229, Rel. Min Regina Helena

Costa. Decisão Monocrática. **Diário de Justiça Eletrônico** 24/04/2015e. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?livre=AREsp+1367229&&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em 02 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n°. 1522102 / RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgado em 15.09.2015. **Diário de Justiça Eletrônico** de 25/09/2015f. Disponível em:  
[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1522102&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1522102&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true). Acesso em 01 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n°. 1546128, Rel. Min Sérgio Kukina. Decisão Monocrática. **Diário de Justiça Eletrônico** de 25/09/2015g. Disponível em:  
<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?livre=%22ativismo+judicial%22&&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>. Acesso em 27 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível n. 2056647, Décima Turma, desembargador Sergio Nascimento, e-DJF3 02/09/2015. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>. Acesso em 27 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Sala de Notícias. Mídias. **STJ 25 anos: Desaposentação**. Disponível em:  
[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/noticias/noticias/%C3%9Altimas/STJ-25-anos:-Desaposenta%C3%A7%C3%A3o](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/%C3%9Altimas/STJ-25-anos:-Desaposenta%C3%A7%C3%A3o). Acesso em 10 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. Para a Corte Suprema de Justiça da Argentina espionar o Facebook de outra pessoa é um crime federal. Disponível em:  
<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortaInternacionalJurisprudencia&idConteudo=271349>. Acesso em: 23.07.2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n°. 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** n° 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/mqmece>. 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.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O Judiciário e a democracia no Brasil. **Revista USP**. n. 21, 1994. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26940/28718>. Acesso em: 05.08.2015.

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

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Editora RT, 2009.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 16. ed., ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes, v. 2-3. n. 2-3. p. 135-144.

COELHO, Hamilton Antônio. Desaposentação: um novo instituto? In: **Revista de Previdência Social**, São Paulo, v. 228, p. 1130-1134, nov. 1999.

COLAÇO, Rodrigo. Auto-retrato dos magistrados brasileiros. In: SADEK, Maria Tereza (coord). **Magistrados**. Uma imagem em movimento. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Despensão. Mais que um neologismo, uma realidade. **Revista de Direito Previdenciário**, n. 347, ano XXXIII. São Paulo: LTr, outubro de 2009.

\_\_\_\_\_; CORREIA, Erica Paula Barcha. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COUTINHO, Filipe. A ação da polícia contra os políticos foi arbitrária? Não. **Época**. São Paulo. n. 893, p. 38-43, 20 jul. 2015.

CUNHA FILHO, Roseval Rodrigues da. Desaposentação e nova aposentadoria. **Revista de Previdência Social**, São Paulo, n. 273, p. 780-795, set. 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DEBERT, Guita Grin. Família, classe social e etnicidade: um balanço bibliográfico sobre a experiência do envelhecimento. **Boletim Informativo e Bibliográfico de Ciências Sociais**, Anpocs, n.33.p 33-50, 1992.

\_\_\_\_\_. A invenção da terceira idade e a articulação das formas de consumo e demandas políticas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 12, n. 34, p. 39-56, jun, 1997.

\_\_\_\_\_. **A reinvenção da velhice**. 1 ed. 2 reimp. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Fapesp, 2012.

DEMO, Roberto Luis Luchi. Aposentadoria. Direito disponível: desaposentação: indenização ao sistema previdenciário. **Revista de Direito Previdenciário**, São Paulo, n. 263, p. 887-890, out. 2002.

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 direito da liberdade**. A Leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandao Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.



\_\_\_\_\_. **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.

FRANCO, Tiago Bana. Ativismo judicial: a desarrazoada busca do razoável. **Revista do Instituto dos Advogados**, São Paulo, v. 16, n. 32, jul/dez,2013.

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.

GIDDENS, Anthony. **Modernity and self-identity**. California: Stanford University Press, 1991.

\_\_\_\_\_. **Sociologia**. Tradução de Sandra Regina. 4 ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, Jonh. **O federalista**. Traduzido de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HART, Hebert L. A. **O Conceito de Direito**. 3. Ed. São Paulo: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HAREVEN, Tamara K. Novas imagens do envelhecimento e a construção social do curso da vida. **Cadernos Pangu**, n. 13, p. 111. 1999.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação**: o caminho para uma melhor aposentadoria. 4 ed. , ver. E atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Previdenciário**. 12 ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2011.

KETCHAM, Ralph. **Escritos federalistas** (y debates de La convención constitucional de EE. UU.). Barcelona: Hacer, 1996.

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

KUCHEMANN, Berlindes Astrid. **Envelhecimento populacional, cuidado e cidadania: velhos dilemas e novos desafios**. *Soc. estado*. [online]. 2012, vol.27, n.1, pp. 165-180.

- LADENTHIM, Adriane Bramante de Castro. Desaposentação. Aspectos jurídicos, econômicos e sociais. In: STRAPPAZON, Carlos Luiz; FOLMANN, Melissa; e DI BENEDETTO, Roberto (orgs.). **Previdência Social**. Aspectos controversos. Curitiba: Juruá, 2009.
- LEVY, Leonard W. Marbury v. Madson. In: KaRST, Kenneth L.; MAHONEY, Dennis J. (Orgs). **Judicial Power and Consititucion**: selections from the Encyclopedia of the American Constitution. New York: Macmillian, 1990. p. 15-20.
- MARCELO, Fernando Vieira. **Desaposentação**. Manual Teórico e prático para o encorajamento em enfrentar a matéria. 3 ed. Leme: J. H. Mizuno, 2014.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. Pressupostos lógicos da desaposentação. **Revista de Previdência Social**, São Paulo, n. 296, p. 434, jul. 2005.
- \_\_\_\_\_. Elementos atuais da desaposentação. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo/SP, n. 218, p. 7-24, ago.2007.
- \_\_\_\_\_. **Desaposentação**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2010.
- MARRYMAN, John Henry; PERÉZ-PERDOMO, Rogério. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009
- MARSHALL, John. **Decisões Constitucionais**. Traduzida por Américo Lobo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1908.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Lei n. 8.112/1990**. Interpretada e comentada. Regime jurídico único do servidor público federal. 5 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MORAES, Andrea. Juizado Especial Federal de Campinas concede salário paternidade. 17 ago 2012. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/noticias/Noticias/Noticia/Exibir/277089>>. Acesso em: 28 ago 2015.
- MOSES, Michele. Affirmative Action and The Creation of More Favorable Contexts of Choice. **American Educational Research journal**, v. 38, n. 1, 2001, p. 3-36.
- NASCIMENTO, Sérgio. **Interpretação do Direito Previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. Ativismo Judicial como Conceito Natimorto para Consolidação do Estado Democrático de Direito: As razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém. In: DIDIER, Fredie Jr. et al. (Coord.), **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013. p. 525-546.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Judicial democrático**: uma análise críticas das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2009.

ORGANIZACIÓN IBEROAMERICANA DE SEGURIDAD SOCIAL-OISS. **Estudios sobre Seguridad Social**. 60 años de la Organización Iberoamericana de la Seguridad Social.1954-2014. Disponível em: < <http://www.oiss.org/>>. Acesso em 14 fev 2016.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana**: do surgimento à estabilização da ordem constitucional. Brasília: Finatec, 2011.

PEREIRA, Eduardo Ferreira. Desapontação: análise a partir de princípios constitucionais. **Revista da Advocacia Geral da União**. Ano X, n. 30, Brasília- DF, out/dez. 2011, p. 129-157.

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.

PERRY, Michael J. **The Constitution in the courts**. Law or politics. New York: Oxford University Press, Inc. 1994.

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

PETIAN, Angélica. **Regime jurídico dos processos administrativos ampliativos e restritivos de direito**. São Paulo: Malheiros, 2011.

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

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil. Um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte brasileira. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 51, n. 204. Out./dez. 2014. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2014.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. Judicialização e desjudicialização. Entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 50, n. 199. Jul./set. 2013. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2013, p. 26-35.

RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JR., José Paulo. **Comentários à lei de Benefícios da Previdência Social**. 10 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

RODRIGUES, Lêda Boechat, **A corte suprema e o direito Constitucional americano**. 2 ed. Rio de Janeiro: Cultura Brasileira, 1992.

SÁ, Fernando Martinic. Aspectos da desaposentação no Direito Previdenciário brasileiro. In: STRAPAZZON, Carlos Luiz; FOLMANN, Melissa; e DI BENEDETTO, Roberto (orgs.). **Previdência Social**. Aspectos controversos. Curitiba: Juruá, 2009.

SADEK, Maria Tereza (cood). **Magistrados**: uma imagem em movimento. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SAMPAIO JR., José Herval. Ativismo judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais? In: De PAULA, Daniel Giotti; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Bahia: Juspodivm, 2011. p. 393-401.

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.

SANTOS, André Leonardo Copetti. **Elementos de filosofia constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Desaposentação**. Novas perspectivas teóricas e práticas. 5 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. Desaposentação. Inaplicabilidade do prazo decadencial de dez anos (artigo 103 da Lei nº. 8.213/1991). **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**. Ano XXV. n. 304. Out. 2014.p. 41-54.

SILVA, Diogo Bacha e. Os contornos do ativismo judicial no Brasil. O fetiche do Judiciário brasileiro pelo controle dos demais poderes. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 50, n. 199. Jul./set. 2013. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2013.

SIQUEIRA, Renata Lopes de; BOTELHO, Maria Izabel Vieira and COELHO, France Maria Gontijo. **A velhice: algumas considerações teóricas e conceituais**. *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2002, vol.7, n.4, pp. 899-906.

SOUZA, Peterson de. **Desaposentação**: possibilidades e limites. São Paulo: Imperium Editora, 2015.

STRECK, Lenio Luis. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **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.

SUNSTEIN, Cass R. **A cosa servono le Costituzioni.** Dissenso político e democracia deliberativa. Trad. Valeria Ottonelli. Bologna: Mulino, 2009.

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

TEIXEIRA, Anderson V.; OLIVEIRA, Elton S. (Orgs.) **Correntes contemporâneas do pensamento jurídico.** Barueri, Manole, 2009.

TRIBE, Laurence. **God save this honorable court.** New York: New American Library, 1986.  
\_\_\_\_\_. **The invisible constitution.** Oxford: Oxford University Press, 2008.

TONDO, Stephanie. Direito à desapontação será votado no Congresso. Emenda sobre troca de benefício será incluída em MP que trata da Fórmula 85/65 progressiva. **O DIA.** Economia. 14 jul. 2015. Disponível em: < <http://odia.ig.com.br/noticia/economia/2015-07-14/direito-a-desapontacao-sera-votado-no-congresso.html> >. Acesso em: 03 set. 2015.

TOURAINÉ, Alan. Prefácio. In: Guillermet, A. M. **Le déclin du social: formation et crise de politiques de la vieillesse.** Paris, PUF, 1986.

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

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice R. de; MELO, Manuel P. Cunha; BARGOS, Marcelo B. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

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

\_\_\_\_\_. **Vida em fragmentos: sobre a ética pós-moderna.** Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação.** Trad. De Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WINKLER, Marize Cecília. Disponibilidade do bem jurídico previdenciário: desapontação. **Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária: Doutrina, Jurisprudência e Legislação,** Caxias do Sul, ano 6, n. 28, p. 86, fev. 2008.

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

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil.** 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.