

## **O AGIGANTAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO ATRAVÉS DO ATIVISMO JUDICIAL FRENTE AO DIREITO PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO\***

**JULIANA DE OLIVEIRA XAVIER RIBEIRO**

Mestre em Direito Previdenciário - PUC/SP

**HENRIQUE LOURENÇO DE AQUINO**

Aluno Especial do mestrado de Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL)

**RESUMO:** O presente trabalho visa trazer à tona questões atinentes à nova forma de aplicação e interpretação do poder Judiciário, bem como a efetividade das decisões dos tribunais que passam a utilizar do Ativismo Judicial para julgarem sobre direitos e garantias fundamentais que deveriam ser tutelados pelos poderes Legislativo e Executivo. Acerca do Ativismo Judicial, há riscos que envolvem esta prática contemporânea do Judiciário, contudo, é possível verificar além dos riscos trazidos com este fenômeno, benefícios, de modo a dar uma exacerbada concretude aos direitos fundamentais do homem. Desta forma, faz-se necessário a análise deste agigantamento do poder Judiciário em relação aos outros poderes, em especial nos julgamentos frente ao Direito Previdenciário.

**PALAVRAS-CHAVE:** os três poderes; ativismo judicial; judicialização; princípio da igualdade; princípio da liberdade; direito previdenciário; agigantamento do poder judiciário.

### **Introdução**

No Brasil, ainda que paulatinamente e engrandecido pelas crises econômica e política, se percebe a necessidade de o Poder Judiciário agir de forma mais incisiva em determinados assuntos, tomando decisões em questões que no mais das vezes estariam a cargo do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, motivo pelo qual se gera grande debate visto que, o Judiciário passa a tomar medidas que fogem da sua dimensão, através de decisões políticas, trazendo à tona o debate sobre o Ativismo Judicial.

Desta forma, o presente artigo tem por objetivo abordar a atuação atual do Judiciário, principalmente no tocante ao Direito Previdenciário, e para tal, será necessário explorar os motivos que levam a este agigantamento do poder Judiciário, através de decisões políticas, que se mostram necessárias visto que há a omissão nas atuações do Executivo e do Legislativo.

---

\* Artigo recebido em 15/9/2017 - Aprovado em 24/9/2017

Este agigantamento do poder Judiciário se refere à efetivação corriqueira de direitos fundamentais, através de decisões políticas dos tribunais, atitudes estas que não estariam na alçada do Judiciário, mas de outro poder, entretanto, o Judiciário com o objetivo de tutelar direitos sociais utiliza-se dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade para formular seus posicionamentos.

E para esta efetivação dos Direitos, surge uma atuação ativa do Poder Judiciário, denominada de Ativismo Judicial, determinando uma nova maneira agir, e com essa postura acaba por invadir outra esfera de poder Estatal, que por vezes são inertes, deste modo assume o Judiciário um papel atípico de legislar e atuar, surgindo um novo protagonismo judicial perante o Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, o presente trabalho visa ponderar esta atuação do Judiciário, bem como, examinar os benefícios e malefícios consequentes de tal postura.

Totalmente interligado, faz-se necessário esmiuçar as decisões no tocante ao Direito Previdenciário e seus reflexos na sociedade, isso porque, são estes julgados que possibilitam averiguar o quão importante passou a ser este instituto perante toda a coletividade.

## **1 Os Três Poderes, a Judicialização e o Ativismo Judicial**

A diferenciação entre o poder executivo, poder legislativo e poder judiciário não se manifesta inicialmente marcada pelo anseio de entender e relatar de forma estafante as funções do Estado, mas sim com a intenção de proteger e garantir os direitos do povo, mantendo a independência de cada um dos poderes e assim, os direitos da nação.

Sobre o entendimento e necessidade da separação dos poderes Nuno Piçarra (1989, p. 185) explica:

“A separação dos poderes é um pressuposto institucional para a garantia dos direitos fundamentais, sem a qual estes mais não são do que meras declarações de intenção. Só perante tribunais independentes o indivíduo pode ‘resistir’ às violações dos seus direitos por parte dos outros poderes do Estado. Pode, por isso, dizer-se que a decisão constitucional de garantia dos direitos fundamentais é, simultaneamente, uma decisão fundamental sobre a organização do poder político-estadual”

O princípio da separação dos poderes, é uma forma essencial de proteção dos Direitos Fundamentais e também de resguardar todo o respectivo Estado Democrático de Direito.

Ocorre que, ao passar dos tempos, aflorou-se a necessidade de o poder Judiciário passar a tomar medidas que abrangessem os outros poderes e isto fez com que se agigantasse a participação do judiciário na sociedade.

Este agigantamento do poder Judiciário se viu necessário uma vez que os outros dois poderes (Executivo e Legislativo) deixam a desejar em suas atividades, fazendo com que o Judiciário tenha que intervir e tomar medidas para que os direitos e garantias do cidadão sejam protegidos.

Diante destas reiteradas intervenções do Judiciário, acalorou-se o debate em relação à possibilidade deste poder tomar medidas que tivessem a cargo dos poderes Executivo e Legislativo, gerando decisões um tanto quanto políticas, que não estariam na alçada do poder Judiciário.

Hans Kelsen no livro “Jurisdição Constitucional” (2004, p. 252 e 253), demonstra que em dados momentos os tribunais constitucionais teriam de forma correta que dar decisões políticas, vejamos:

“[...] Pois bem, tudo que se pode dizer do ponto de vista de um exame de orientação teórica é que a função de um tribunal constitucional tem um caráter político de grau muito maior que a função de outros tribunais – e nunca os defensores da instituição de um tribunal constitucional desconhecaram ou negaram o significado eminentemente político das sentenças deste – mas não por causa disso ele não seja um tribunal, que sua função não seja jurisdicional; e menos ainda: que tal função não possa ser confiada a um órgão dotado de independência judiciária. Isso significaria deduzir justamente de um conceito qualquer, por exemplo o de jurisdição, elementos para a conformação da organização estatal”

Portanto, de certo modo Kelsen analisa epistemologicamente os tribunais constitucionais como a finalidade de prolatar decisões políticas, visando a organização estatal e chancelando os três poderes como harmônicos e necessários entre si, um assentindo as emergências do outro.

Contudo, infelizmente o que se nota no cotidiano, é uma necessidade maior dos poderes Legislativo e Executivo em terem apoio, em dados momentos se omitindo a realizar alguma função pública, para que o outro poder (Judiciário) venha a organizar e decidir sobre aquele determinado assunto. Diante disto, evidencia-se e desponta a atuação do Poder Judiciário nas questões estatais, no qual acabam por legislar e atuar nas prerrogativas da administração pública através de suas decisões jurisdicionais.

É notório que a dilatação dos direitos individuais acarretou em exigir do Poder Judiciário que se fosse ainda mais vigoroso, autônomo e equânime, uma vez que o povo luta ainda mais pela dignidade assegurada pelos direitos e garantias postos na carta magna do Estado. A partir do momento que não são assegurados pelos outros poderes é automaticamente necessário um engrandecimento do Judiciário e de suas decisões, nos quais surgem questões como a do Ativismo Judicial.

A sociedade evolui muito mais rápido do que o Direito, assim sendo, o Ativismo Judicial é uma mudança da visão que se tem do Direito e da forma de executá-lo, atribuindo ao julgador a oportunidade de utilizar as leis juntamente com a Constituição de forma satisfatória para as partes, consolidando a grande maioria dos direitos fundamentais previstos neste ordenamento jurídico.

Isto posto, versa o Ativismo Judicial de mais um dispositivo com o intento de ratificar os direitos concebidos na Constituição e Leis do Estado, para que legitimem o povo que são o seu constituinte originário.

Paralelamente, o Ativismo Judicial e as atitudes proativas dos tribunais constitucionais no escopo de edificar o que está descrito na Constituição e ainda efetivar os Direitos Fundamentais, acaba gerando controvérsia entre os doutrinadores e autoridades públicas, de modo que, se discute se estas interferências do Judiciário estão adentrando na competência designada aos outros poderes públicos.

Por conseguinte, o denominado Ativismo Judicial, aplicado de forma equilibrada não é e não deve ser visto como uma forma de se impor os direitos fundamentais ora omitidos ou indeferidos pelo Estado, uma vez que, a norma e o que está garantido na Constituição é negado pelos outros poderes, o Judiciário deve impor o cumprimento correto de suas funções, efetivando deste modo os direitos fundamentais do cidadão, no qual, lhe são conferidos constitucionalmente.

### **1.1 Diferenças Entre O Ativismo Judicial E A Judicialização**

No momento em que se discute sobre os três poderes e suas denominadas competências, vem à tona a jurisdição constitucional e o contemporâneo panorama democrático, sendo reiterado os diálogos sobre o Ativismo Judicial e a Judicialização. Mesmo que sejam expressões com sentidos aproximados, não devem se emaranhar, pois possuem diferenças.

Importante destacar que existe significativa diferença no âmbito de Judicialização e Ativismo Judicial, uma vez que, a primeira é uma ocorrência política e a segunda equivale a dificuldade de interpretação de modo direto à teoria da Constituição.

Portanto, a Judicialização se trata de uma questão política a depender das discussões da sociedade, avultando-se quando não é consumado as garantias e direitos fundamentais. Por sua vez, o

Ativismo Judicial tem sua legitimidade ligada ao respaldado da Constituição e ordenamento jurídico do Estado, não tendo ligação com questões políticas ou sociológicas. (MAZZUTTI, 2015, p. 644)

É evidente que não se deve falar de Ativismo Judicial sem falar de Judicialização visto que, no mais das vezes eles se confundem.

Mas, a Judicialização em sua maioria são as situações em que se transfere para o Judiciário o poder político, deixando muitas vezes para o Supremo Tribunal Federal julgar questões que deveriam ter sido sanadas pelo Legislativo ou Executivo, que, contudo, se omitem deixando nas mãos do judiciário, tendo que tomar grandes decisões que repercutem muito na política e na sociedade.

Em contrapartida, o Ativismo Judicial é a atitude direta que o Judiciário toma por conta do deficitário poder Legislativo e poder Executivo, fazendo com que o Judiciário deva utilizar de princípios e posicionamentos não previstos em lei para sanar a omissão deixada pelos outros poderes, fazendo com que, o Judiciário tenha uma participação mais ampla e intensa na edificação dos vetores constitucionais.

## **2 Princípio da Liberdade e Igualdade e a Legitimação da Inovação da Função Judiciária**

O princípio da igualdade atualmente é visto como parcela essencial do sistema constitucional dos Estados e está ligado diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana e o da liberdade.

Sem o livre arbítrio, o indivíduo não obtém a sua dignidade e por consequência não terá protegida a sua igualdade.

Sobre igualdade, pode-se dizer que existem três nuances, o formal no qual é sucinto em definir que ‘todos são iguais perante a lei’, mas que foi extremamente necessário para o fim das vantagens entre os indivíduos. A igualdade material condizente a ideia de distribuição e justiça social equitativa pelo viés socioeconômico. E por fim, a igualdade material, convergente a justiça na paridade em relação aos preceitos de cor da pele, gênero, identidade sexual, idade entre outros. (PIOVESAN, 2012, p. 35):

Na conexão entre a dignidade e a igualdade, esta indagação se trata do direito do indivíduo em ser credor de estima e importância ante a sociedade e o Estado, acarretando nesta acepção, um conjunto de direitos e deveres fundamentais para que o protejam de qualquer desumanidade que possa vir a acontecer, assim como, lhe traz possibilidade de se ter o livre arbítrio e também uma vida digna para se conviver entre seus pares. (SARLET, 2011, p. 73):

E por derradeiro, Norberto Bobbio (2004, p. 65) faz o elo entre liberdade e igualdade apontando que:

“ [...] Os direitos de liberdade evoluem paralelamente ao princípio do tratamento igual. Com relação aos direitos de liberdade, vale o princípio de que os homens não são iguais. No estado de natureza de Locke, que foi o grande inspirador das Declarações de Direitos do Homem, os homens são todos iguais, onde por “igualdade” se entende que são iguais no gozo da liberdade, no sentido de que nenhum indivíduo pode ter mais liberdade do que outro. Esse tipo de igualdade é o que aparece enunciado, por exemplo, no art. 1º da Declaração Universal, na afirmação de que “todos os homens nascem iguais em liberdade e direitos”, afirmação cujo significado é que todos os homens nascem iguais na liberdade, no duplo sentido da expressão: “os homens têm igual direito à liberdade”, “os homens têm direito a uma igual liberdade” [...] ”

Desta monta, é vinculativo analisar que o princípio da Igualdade e Liberdade, são ligados entre si, pois para a existência de um o outro há de coexistir.

Com o intento de sempre dar ao cidadão as garantidas e direitos fundamentais, o Judiciário não se omite, permitindo sempre o acesso à Justiça para que se consiga a concretização do que está descrito nas normas do ordenamento jurídico do Estado.

Portanto, a não omissão as vezes vista por alguns, como um excesso dos seus limites constitucionais, é na verdade a busca pela proteção do que está descrito e garantido na Constituição Federal, trazendo a liberdade em igualdade para os indivíduos daquela sociedade.

### **3. Inovações Judiciais frente ao Direito Previdenciário Brasileiro**

Atravessando pela maior crise econômica e política de sua história, o Estado Brasileiro se vê na necessidade de inovar no que pese ao Judiciário, criando decisões judiciais que aperfeiçoam determinados institutos, principalmente na seara do Direito Previdenciário.

Por conseguinte, surgem criações jurisprudenciais, legislativas e também executivas, gerando repercussão na sociedade, uma vez que, trata dos direitos de seguridade social da população e estas inovações muitas vezes são incansavelmente debatidas pelo Estado e o contribuinte, tento em vista o impacto que estas situações geram, afetando milhões de pessoas que dependem economicamente disto.

### **3.1 As Inovações da Função Judiciária No Direito Previdenciário Brasileiro e a sua Relação com o Poder Executivo e Legislativo**

O Direito Previdenciário Brasileiro, como um ramo ligado ao campo do Direito Social (artigo 7º da Constituição Federal Brasileira de 1988), tem papel de suma importância nas garantias e direitos individuais daquele que é inscrito e contribui para o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

O poder Judiciário brasileiro tem frequentemente excedido os seus limites quanto as questões processuais e procedimentais, trazendo à tona indagações ligadas ao ativismo Judicial em matéria previdenciária. Em particular, o Supremo Tribunal Federal (STF), corte máxima constitucional, por diversas vezes tem atuado de forma bastante categórica e efetiva ao preencher lacunas e sanar omissões que estariam a cargo dos poderes Executivo e Legislativo.

Nesta linha de raciocínio, e em busca pela efetividade de seu papel, a Corte Superior do Brasil que é o Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de preservar o princípio da liberdade e igualdade, tem por várias vezes inovado juridicamente ao extrapolar seus limites de atuação e substituir os atos dos demais poderes do Estado.

O agigantamento do Poder Judiciário em matéria de Seguridade Social, especialmente em Direito Previdenciário, tem trazido celeumas segundo as quais podemos debater o lado positivo e o lado negativo deste fenômeno social.

Pelo lado positivo, podemos defender o fato do Supremo Tribunal Federal e demais tribunais julgarem preenchendo omissões dos parlamentares, concretizando assim, direitos da seguridade social quanto à concessão de benefícios. E inúmeras das vezes, são situações de necessidade social garantidas pela Constituição, que ainda não encontram sua regra matriz de incidência baseada na lei, e desta forma, são concedidas pelas decisões dos tribunais.

Nesta perspectiva, serão melhores analisados a seguir, o caso da desaposentação e do auxílio-doença parental.

Com efeito, estas decisões do Poder Judiciário em matéria previdenciária visam guardar totalmente a necessária observância e coerência com os princípios e mandamentos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

Contrapondo-se, no lado negativo deste fenômeno, focaremos nos elementos marcantes quanto ao agigantamento do Poder Judiciário em matéria previdenciária.

Os tribunais brasileiros têm decidido regularmente com ênfase em matéria política ao invés de matérias jurídicas. Neste tema o Poder Judiciário extrapola seus limites ao decidir influenciados por demandas do Poder Executivo, baseados em premissas da presença de “déficit previdenciário” ou

“ausência de fonte de custeio” em detrimento do princípio da isonomia. Por esta razão que, os tribunais, principalmente o Supremo Tribunal Federal, decidem com fulcro econômico, diretamente relacionados ao interesse do Poder Executivo do Estado brasileiro.

Neste sentido, encontrasse o Recurso Extraordinário número 416.827 do Supremo Tribunal Federal que tratou da revisão da equiparação do percentual da pensão por morte em matéria de previdência social. O STF foi claro em admitir que não haveria isonomia entre aqueles que não ganhavam 100% do valor da pensão com os que ganhavam menos por não haver fonte de custeio, causando assim, o desequilíbrio atuarial financeiro. Notamos aqui, o lado negativo do ativismo judicial previdenciário quando o STF deixa de garantir os princípios constitucionais, se baseando em questões de necessidade do Executivo, principalmente quanto ao caráter econômico deste caso.

Vejamos abaixo os pontos mais relevantes do citado julgado:

“[...] 9. De igual modo, ao estender a aplicação dos novos critérios de cálculo a todos os beneficiários sob o regime das leis anteriores, o acórdão recorrido negligenciou a imposição constitucional de que lei que majora benefício previdenciário deve, necessariamente e de modo expresso, indicar a fonte de custeio total (CF, art. 195, § 5º). Precedente citado: RE nº 92.312/SP, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 11.4.1980.

10. Na espécie, o benefício da pensão por morte configura-se como direito previdenciário de perfil institucional cuja garantia corresponde à manutenção do valor real do benefício, conforme os critérios definidos em lei (CF, art. 201, §4º).

11. Ausência de violação ao princípio da isonomia (CF, art. 5º, caput) porque, na espécie, a exigência constitucional de prévia estipulação da fonte de custeio total consiste em exigência operacional do sistema previdenciário que, dada a realidade atuarial disponível, não pode ser simplesmente ignorada.

12. O cumprimento das políticas públicas previdenciárias, exatamente por estar calçado no princípio da solidariedade (CF, art. 3º, I), deve ter como fundamento o fato de que não é possível dissociar as bases contributivas de arrecadação da prévia indicação legislativa da dotação orçamentária exigida (CF, art. 195, §5º). Precedente citado: julgamento conjunto das ADI'S nº 3.105/DF e 3.128/DF, Rel. Min. Ellen



Gracie, Red. p/ o acórdão, Min. Cezar Peluso, Plenário, maioria, DJ 18.2.2005.

13. Considerada a atuação da autarquia recorrente, aplica-se também o princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial (CF, art. 201, caput), o qual se demonstra em consonância com os princípios norteadores da Administração Pública (CF, art. 37).

14. Salvo disposição legislativa expressa e que atenda à prévia indicação de fonte de custeio total, o benefício previdenciário deve ser calculado na forma prevista na legislação vigente à data da sua concessão. A Lei nº 9.032/1995 somente pode ser aplicada às concessões ocorridas a partir de sua entrada em vigor. [...]"

(<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491864>: [Consult. 12 de junho de 2017])

Não se trouxe à baila dos argumentos necessários, como se pode notar nesta decisão, o princípio norteador do Estado Democrático de Direito que é o da Igualdade, os fundamentos ficaram pautados apenas no que tange a forma de se custear essa diferença que se daria no erário do país, demonstrando que foi uma decisão inteiramente visando as necessidades econômicas do Poder Executivo.

Já no Recurso Extraordinário número 587.970, o Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal, em seu voto sobre a concessão de Benefício Assistencial para Pessoas Estrangeiras, ressaltou que:

“No confronto de visões, deve prevalecer aquela que melhor concretiza o princípio constitucional da dignidade humana – cuja observância surge prioritária no ordenamento jurídico. Pode-se dizer que, ao reconhecer o direito de estrangeiro residente no País de receber o benefício, o Judiciário confronta a dignidade da postulante com a dos cidadãos brasileiros, natos ou naturalizados, também carentes de prestações públicas. É o conhecido argumento da reserva do possível. (...)

Essas pessoas, obviamente, não podem ser colocadas em patamar de igualdade com os demais membros da sociedade. Gozam de prioridade na ação do Estado, determinada pelo próprio texto

constitucional. O artigo 203 da Carta Federal conferiu à coletividade a tarefa de amparar os idosos e portadores de necessidades especiais, assegurando-lhes a dignidade. (...) *O orçamento, embora peça essencial nas sociedades contemporâneas, não possui valor absoluto. A natureza multifária do orçamento abre espaço à atividade assistencial, que se mostra de importância superlativa no texto da Constituição de 1988. Não foram apresentadas provas técnicas da indisponibilidade financeira e do suposto impacto para os cofres públicos nem, tampouco, de prejuízo para 9 Cópia RE 587970 / SP os brasileiros natos e naturalizados, isso sem considerar, presumindo-se, que não são muitos os estrangeiros enquadráveis na norma constitucional.*”

(<http://s.conjur.com.br/dl/inss-estrangeiro.pdf>: [Consult. 12 junho de 2017])

Como se nota nesta decisão, o Ministro Marco Aurélio, assim como, o Supremo Tribunal Federal, se pautou nos princípios basilares do Estado, trazendo à tona o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Portanto, comparando as duas vertentes positiva ou negativa, este Ativismo Judicial se demonstra necessário, para que assim, os temas que já foram amplamente discutidos nos Tribunais, sejam parâmetro para suprir lacunas e omissões da atuação do órgão administrativo competente, ou seja, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), principalmente atuando quanto a concessão de benefícios previdenciários e atos normativos omissos.

### **3.2 A Função Judiciária E A Prevenção Do Princípio Da Igualdade E Liberdade No Direito Previdenciário**

O princípio da igualdade é de suma relevância na Constituição Brasileira de 1988, assumindo papel fundamental para o Direito Previdenciário. Discussões como a padronização da idade e tempo de contribuição entre homens e mulheres, principalmente ao que tange a atual Reforma da Previdência Social (Projeto de Emenda Constitucional nº 287 de 2016) e também a concessão da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) para a pessoa estrangeira, são exemplos da efetiva importância do princípio da igualdade em matéria previdenciária.

O agigantamento do Poder Judiciário em matéria de Seguridade Social (artigo 194 da Constituição Federal de 1988) é um fenômeno constantemente presente nas prateleiras dos tribunais brasileiros.

O Tribunal que decide sobre matéria previdenciária, pode dar alcance ao tão almejado benefício previdenciário de acordo com o princípio de cobertura, do atendimento e da equivalência entre benefícios da população que vive no setor urbano e no rural, consagrado no artigo 194, parágrafo I e II da Constituição Federativa do Brasil de 1988.

Estes vetores têm por finalidade concretizar aquilo que há de hipótese de incidência legal (cobertura legal) e que o órgão administrativo deixou de conceder (atendimento). Podemos aqui citar diversas negativas na forma administrativa de pedidos de aposentadoria rural do segurado especial no Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e aposentadorias especiais. Que, contudo, estão sendo concedidas posteriormente por decisão dos tribunais brasileiros, garantindo assim, o princípio da igualdade previdenciária.

O filósofo Max Weber acreditava que a liberdade e a igualdade se dão pelo parlamentarismo, onde as pessoas serão governadas por aquele eleito pela sociedade e efetivamente capaz. (WEBER, p. 7-91, 1974)

Nesta linha de raciocínio, se o legislativo elabora leis, o intuito maior é o de concretizar o princípio da liberdade e igualdade em matéria previdenciária, porém quando existe esta lacuna ou omissão legal, o Judiciário passa a ser o garantidor do acesso aos mencionados princípios.

#### **4 Decisões do Supremo Tribunal Federal e demais Tribunais que refletem a Inovação Judiciária Relativa ao Direito Previdenciário no Brasil**

Por inúmeras vezes o Supremo Tribunal Federal (STF) no Brasil tem decidido com ênfase na lacuna da lei e na omissão do legislador brasileiro, extrapolando assim o limite de sua função julgadora. Há vários indícios que a busca dos segurados do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) pelo Judiciário, com a finalidade de conquistar seus direitos previdenciários vem de encontro com a concretização dos princípios e garantias dos direitos individuais de cada beneficiário.

##### **4.1. Desaposentação e a Decisão do STF**

No Brasil, todo segurado aposentado que continua na ativa e efetua contribuições ao INSS não tem direito de usar este novo período contributivo para melhorar a sua aposentadoria. Por esta razão criou-se uma tese jurídica chamada desaposentação.

Pela desaposentação o segurado aposentado que continuava na ativa, poderia usar as contribuições vertidas para o INSS para anular a sua aposentadoria originária e recalculá-la com o novo período de cálculo e com um valor melhor do que o originário. Esta tinha como finalidade conceder ao segurado um melhor benefício, garantindo assim uma maior isonomia com os que estão na ativa.

Já houve na legislação brasileira o pecúlio que fora revogado em meados do ano 1994 (Lei nº 8.212/91, artigos 81 e 82, revogado pela Lei nº 8.870). Através desta legislação, o segurado aposentado poderia receber de volta o valor das contribuições previdenciárias vertidas após a aposentadoria.

Para o regime previdenciário do servidor público no Brasil, até os dias de hoje, temos este direito com o nome de abono de permanência em serviço.

Para corrigir esta distorção, os Ministros através do Recurso Extraordinário número 661265, trouxeram à tona no Supremo Tribunal Federal a discussão da possibilidade de o cidadão que assim quisesse, se desaposentar e voltando a contribuir poderia requerer um novo benefício após anos adicionais contribuindo para a Previdência Social, tratando conforme descrito acima, da chamada e debatida desaposentação.

Infelizmente não fez sentido algum a decisão do Supremo Tribunal Federal no citado julgado que indeferiu a possibilidade da desaposentação.

Apesar da lacuna normativa, o instituto da desaposentação tinha sido recepcionado por ampla parcela da jurisprudência e doutrina. Pois, entendia-se que a desaposentação seria como a abdicação de um direito desimpedido, para consumação de um interesse mais vantajoso.

A desaposentação teria sido um excelente avanço para o Estado Brasileiro, pois estimularia um indivíduo que estava aposentado e ocioso, a voltar a ser ativo perante a sociedade, trazendo benefício para a coletividade e com isto contribuiria para o Regime Geral da Previdência Social trazendo estímulos pecuniários e assim, mais dignidade.

O não reconhecimento da desaposentação diante do Supremo Tribunal Federal, acarretará em maior obscuridade das frentes do mercado de trabalho, uma vez que esta pessoa que quer voltar a trabalhar após a aposentadoria, irá escolher pelo vínculo de emprego não reconhecido, se esquivando assim, do pagamento dos tributos previdenciários que em nada lhe beneficiarão.

Interessante ressaltar como estudo de direito comparado a diferença da legislação em Portugal que possui um sistema muito prático e simples quanto ao recálculo de sua aposentadoria. Para os portugueses aposentados que retornem ao trabalho, ano a ano, pode-se levar as suas contribuições ao órgão de previdência portuguesa com a finalidade de recálculo de sua aposentadoria. Estes dados são

inseridos no sistema, facilitando assim, a vida do aposentado em Portugal, o qual não precisa se valer de processo judicial a fim de aumentar o valor de sua aposentadoria.

Por fim, fica demonstrado a não efetividade do agigantamento do Poder Judiciário no Brasil quanto ao mérito exposto, pois com a decisão negativa da desaposentação, volta-se à tona a discussão quanto ao retorno do pecúlio em nossa legislação.

Haverá a veemente necessidade do legislador brasileiro atuar em busca dos princípios básicos da Constituição Federal de 1988, principalmente no que tange a paridade dos ativos e inativos, elaborar uma legislação que retorne com o instituto do pecúlio no Brasil ou como modelo já existente em Portugal, adotar as medidas administrativas necessárias para o recálculo automático do benefício.

#### **4.2 Licença-Parental, Auxílio-Doença Parental e os Tribunais Brasileiros**

A Licença-Parental tem a sua fundamentação principal na Convenção nº 183 da Organização Internacional do Trabalho, em seu artigo 5º.

Diz o texto legal que a licença será concedida em caso de doença ou de complicações decorrentes do parto. Notemos que trata diretamente da incapacidade da gestante em decorrência do parto.

Na legislação brasileira temos exatamente este tipo de proteção na Lei 8.213 de 1991 e seu regulamento no Decreto 3048 de 1991, quando uma mãe poderá ter mais quatorze dias de licença-maternidade em caso de enfermidade grave de seu filho recém-nascido ou mesmo quando um pai poderá substituir a mãe durante a licença-maternidade em caso de grave enfermidade sua ou de seu filho ou a morte desta.

Vejamos que o mérito é conceder a proteção social somente quando a incapacidade é decorrente do parto. Podemos também citar e refletir que também existe a incapacidade para que os pais possam cuidar de seus filhos enfermos e vice-versa, dando assim, dignidade e igualdade a aqueles que possuem tamanha necessidade social. A este instituto damos o nome de auxílio-doença-parental.

No Brasil, encontramos uma dicotomia entre os dois sistemas de previdência social. No Regime Especial de Previdência Social que é ligado aos servidores públicos, há a previsão de filhos poderem se ausentar de seu trabalho para cuidar de seus pais enfermos ou até mesmo ao contrário. Já no Regime Geral que abrange os demais trabalhadores, não há tal previsão legal, mas sim uma lacuna deixada pelo Poder Legislativo Brasileiro.

Nesta linha de raciocínio, para que haja tal concessão, os segurados deverão buscar os tribunais brasileiros. Exemplificando, para uma mãe ou pai que busquem a licença de seu trabalho por período

determinado, sem prejuízo de seu salário, com a finalidade de acompanhar o tratamento de um filho gravemente enfermo, deverá solicitar perícia no Instituto Nacional do Seguro Social. Como há grande probabilidade de a perícia ser negativa, se busca no Poder Judiciário tal garantia e proteção social.

Na decisão proferida no Processo 2006.72090007861/SC, a turma Recursal do estado de Santa Catarina, por unanimidade, reafirmou a decisão monocrática, garantindo a uma mãe o direito de se licenciar do trabalho e acompanhar sua filha, acometida por uma doença grave que logo iria a óbito. No mérito citado, o Tribunal garantiu a mãe que acompanhasse a sua filha não só por sua incapacidade, mas também pela incapacidade social gerada, isto é, a dignidade de um pai ou mãe poder estar ao lado de seu filho em momentos como o relatado acima, bem como a incapacidade destes de estarem presentes no cotidiano laboral.

Neste escopo devemos elucidar que o Judiciário passa a exercer a função do Poder Legislativo quando supre a lacuna legal e concede o benefício do auxílio-doença parental.

### **Conclusão**

Diante de todo o exposto, restou-se claro que o agigantamento do poder Judiciário adquire constantemente, poderosa relevância na atual conjectura do país, uma vez que, é notória a necessidade das condutas ativas dos tribunais, para que se resguarde os Direitos dos cidadãos.

O Ativismo Judicial, é bastante debatido, contudo, trata-se de uma consequência das lacunas deixadas pelo Executivo e Legislativo, conferindo indiretamente ao Judiciário, um papel de destaque nos problemas sociais. E em resposta ao anseio da população em ter seus direitos fundamentais concretizados, a disponibilidade Judiciária em dar efetividade aos preceitos constitucionais e com a constante omissão dos demais poderes, tornaram o fenômeno do Ativismo Judicial ainda mais corriqueiro e necessário.

Restou evidenciado que este crescimento dos limites do Judiciário, só foi possível por conta da falta de atitude dos outros poderes, fazendo com que os tribunais passassem a “legislar” e tomar medidas a cargo da administração pública, devido a não atitude do poder competente.

Notou-se ainda, que nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao Direito Previdenciário, nem sempre os julgadores utilizaram dos princípios garantidores da Constituição, tomando medidas políticas que acabam por ser atentatórias a dignidade do povo.

Em essência, este agigantamento do poder Judiciário através do Ativismo Judicial, aplicado no Estado Democrático de Direito, traz consigo a premissa de que o Judiciário é o guardião do ordenamento jurídico brasileiro, e, portanto, deve fazer valer os direitos e garantias fundamentais

previstos na Constituição, para que assim, conceda ao povo a possibilidade de viver com dignidade, igualdade e liberdade.

## **BIBLIOGRAFIA**

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro; Garth, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie NorthFleet. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores, 2002.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Manual de Direito Previdenciário**. /João Batista Lazzari. – 16. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 8ª ed. – São Paulo: Quartier Latin, 2010.

JÚNIOR, Luis Carlos Mucci. **Democracia, liberdade e justiça social: fundamentos para uma teoria jurídica do reconhecimento** / Dirceu Pereira Siqueira, Sérgio Tibiriça Amaral, organizadores. – Birigui, SP: Boreal Editora, 2015.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução: Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. **O Que é Justiça**. Tradução: Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução: Luis Carlos Borges. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 2 ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

MAZZUTTI, Vanessa de Biassio. **A Multifacetariedade dos direitos fundamentais no neoconstitucionalismo**/ organizadores Jurandir José dos Santos, Ermenegildo Nava. – 1. ed. – Bandeirantes, PR : Redige Produção Editorial, 2015.

PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional: Um contributo para o estudo das suas origens e evolução.** Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: Inovações, alcance e impacto, In FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência.** São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009

SOUZA NETO, C. P., & SARMENTO, D. **Controle de Constitucionalidade e Democracia: Algumas Teorias e Parâmetros de Ativismo.** In: D. Sarmento, Jurisdição Constitucional e Política. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SUPREMO Tribunal Federal – Acórdão com o número **661.256**, de 17 de novembro de 2011. Relator Ministro Ayres Britto. [consult. 12 Jun. 2017]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1942587>

WEBER, Max. **Parlamentarismo e governo numa Alemanha reconstruída.** Tradução Mauricio Tragtenberg. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, v.XXXVII, 1974.